

東海大學法律學研究所

碩士論文

指導教授：高金桂 博士

違法搜索罪之探討

A Study of the Laws

Concerning Illegal Searches

研究生：黃品騰

中華民國 106 年 12 月

碩士學位考試委員會審定書

東海大學法律學研究所

碩士班研究生 黃品騰 君所提之論文：

違法搜索罪之探討

經本委員會審查並舉行口試，認為符合
碩士學位標準。

考試委員簽名處

柯耀程

伍開遠

高金桂

106 年 11 月 28 日

摘要

本文梳理違法搜索罪立法脈絡與整理學說見解，違法搜索罪之保護法益包含人身自由、居住安寧自由與隱私權。探究違法搜索罪涉及之實體法與程序法相關議題。實體法面向，包含實務、學說對於違法搜索罪行為主體範圍之論爭、搜索之意涵、不依法令之解釋與其定位、違法搜索罪之刑法錯誤，並討論違法搜索罪與其他犯罪（剝奪他人行動自由罪、強制罪、侵入住居罪、強制猥褻罪、妨害秘密罪、普通竊盜罪）之論罪關係與競合互動關係。程序法角度，聚焦於刑事訴訟法有關搜索法制之相關規定，就其現況與相關課題進行說明與檢討，並探討現今科技社會下線上搜索之概念。嘗試重建搜索概念，提出違法搜索罪之修法建議。

關鍵詞：不依法令、搜索、令狀搜索、無令狀搜索

謝辭

七年又三個月，於東海大學法律學院的 2,645 個日子。

2010 年 9 月 14 日，99 學年第 1 學期刑法總則課堂上，與高金桂老師相遇。老師在黑板上講解說明犯罪三階段體系的記憶還很清楚，轉眼間，七年過去了。大一下學期刑法總則期中考，獲得老師的肯定，也點燃了自己對於刑法的熱情。

從大一刑法總則、大三刑事制裁制度的修課學生，大四至碩二刑法總則、分則課程的教學助理、行政助理，到碩一獲得老師指導碩士論文的首肯。七年在東海法律的日子裡，老師親切可親阿莎力的個性，深厚的法學底蘊，一直都是自己最敬愛與崇拜的老師（沒有之一）。尤其在老師將要退休前夕，能入老師門下，成為關門弟子，是自己求學生涯中最幸運、幸福之事。

論文题目的明快選定、論文架構的用心安排、論文內容的辛勞指導，國、臺語交融的論文 meeting，常常出現自己困擾多時，但老師三言兩語令己茅塞頓開「談笑間，檣櫓灰飛煙滅」，真正感受到何謂「仰之彌高，鑽之彌堅」。七年的師生情誼，除了專業嚴謹的法律探討，更多有生活大小事的閒聊。討論紅林佳佳與男餐自助餐的菜色（detail 到麵粉裹粉的厚薄 XD）、在系辦對食安風暴同仇敵愾怒罵「鱷魚的眼淚」、讚賞楓康超市良好的蔬果品質、抱怨東別下班壅擠的車潮等等。監考大學部期末考，傍晚至晚上接連的考程伴隨東海凜冽的寒風，老師非常貼心地送與熱騰騰的便當。研究所期間，更常被老師餵食許多吃的喝的：橘子、棗子、李子、桃子、蘋果、芭樂、餅乾、冰棒、八寶粥、紅豆湯等等。每次都是被強制執行 XD，實在是非常窩心。在一個寒流到來的冬夜裡，老師體貼叮囑天冷不必再特地走下來法學院。還有那一點開手機信箱 app，就讓人無法自己潸然淚下的肯定與鼓勵。七年來的各種師生互動，處處展現老師對自己的疼愛與照顧，師生情誼 0 距離。

系辦助教學姐說向老師表達賀喜在退休前收到我這位愛徒，愛徒二字太過崇高，連忙回應實在擔待不起。但或許可以謝謝自己，謝謝自己在東海法律這七年的待人處事，不至於讓老師在其他人的面前感到困窘。從老師的身上學習到太多太多，感恩緣分讓自己成為老師的學生。

多年之後，我可能會想不起論文某一節的內容，

但老師這七年來對自己的疼愛與照顧，早已常駐己心。

謝謝二位口試委員柯耀程老師、伍開遠老師的辛勤用心讓自己的論文得以更加完備。

謝謝柯耀程老師深厚底蘊但親切滿分的各種教導。「品騰你吃過了嗎？」在口試當天中午非常親切的問候，以及包容自己論文的缺失，帶著和藹笑容的各種教導。謝謝耀程老師！

謝謝伍開遠老師鉅細靡遺地用心審閱與各種建議。「不會緊張吧？」雖然大三即修習老師的刑訴，但口試當天還是很緊張啊 XD。謝謝老師不辭辛勞地將論文需要修改的地方皆用便利貼標記，實在是非常謝謝老師的用心。謝謝開遠老師！

謝謝范姜真嫩老師，從老師來到東海法律系任教起，無論是對於學術研究自我要求的態度，或是為人處世的價值觀，都讓自己學習到很多。猶記得老師擔任碩士班導師時，導生聚和同學們晚餐相談甚歡，還有更多時候在強制執行法、個人資料保護法（專題研究）課堂上對於大家的諄諄教誨。自開始撰寫論文起，在法學院遇到老師時，老師總會很親切地和自己聊聊論文進度與生活近況，感受到非常溫暖的鼓勵與關心。一聲「加油」搭配一個爽朗燦爛的笑容^____<，一位「真的打從心裡希望你好的」好媽媽形象的老師。謝謝范姜老師！

謝謝石佳立老師與師丈，修正自己論文英文題目之翻譯，才不至於貽笑大方。老師對於課程的用心、對於學生的關心，讓每一位修習過老師課程的學生們都能深深感受到，考試成績倘若不理想，首先產生的情緒不會是怨懟，反而會是對老師的滿滿虧欠感 QQ。謝謝老師總是非常和藹可親地對待學生，印象最深刻的便是大三上剛學民訴，下課時間請教老師如何區分「裁定駁回」和「判決駁回」時，老師竟然立刻蹲低到學生課桌椅的高度仔細回答。民訴、債各與民訴大會考、研究所法學英文，皆能發現老師對於課程的萬般用心。謝謝佳立老師！

謝謝安安大大群組裡的三位大大，謝謝凱傑、子淵、鼎正。69403 的三人，到鼎正強制執行床墊與小電風事件 XD 凱傑的加入。69403 到 70305（還好我有抽到冷氣寢室），很多時候都是我去馥蔓買早餐「四份今日特餐，其中一份紅茶加大」、明明寒流來襲時卻「欸走啦全家吃冰」、紅林的 20 顆水餃與大綜合乾麵、大禾的大魯加滷蛋和貢丸湯、每隔一段時間就會更換寢歌「非要等到愛遠走~分兩頭~才知道多不捨你走」、「想你三暝三日~從頭到尾將你想一遍」…。大學以後，許許多多的喜、怒、哀、樂都和你們一起度過，感恩緣分讓我們成為室友，論文順利完成的喜悅必定要和你們分享。安安大大四字，看似宅化用語，但我認為這四字展現多年友誼的精髓(什麼邏輯 XD)——「安安大大！日久天長！」

謝謝嘉憶，大學完全不熟、可能四年講不到 10 句話的兩個人，竟然可以在研究所如此有話聊 XD。如果回憶起研究所讓我得到了什麼，我想除了深入法律專業的學習以外，就是結交了一個一輩子的好朋友。雖然妳不知道「左右對齊」這件事，令我相當、非常、無比震驚 XD 謝謝嘉憶明白理解我的許多無謂糾結，一起抱怨一起翻白眼，尤其是親身見證妳的「超幽默之旅」（超幽默的~超幽默的~）。關於論文的瓶頸、煩躁、哀愁、突破、欣喜、成就感，正如郭靜所唱「有些情緒，是該說給懂的人聽」。謝謝各種用心貼心細心一起翻白眼翻到後腦勺的心 XD 無疑是論文能夠繼續推進、順利完成的重要推手！謝謝嘉憶！

謝謝慧如學姐，口試的行政作業勞煩學姐辛勞才得以順利完成，以及仔細地教導論文後續送交國圖等等程序。謝謝美惠學姐，在自己撰寫論文時的鼓勵與關心。謝謝美蘭學姐和耀州學長，自己從大一開始進出系辦到學姐學長退休，謝謝學姐學長一路以來的照顧與疼愛。

謝謝郁婷，口試當天有妳幫忙奔走張羅餐點，讓自己安心許多。謝謝妳和梓豪一路以來的認真上進有禮貼心，僅此一對，別無分號的概念(拇指)。無論你們未來到哪裡，都是優秀人才。

謝謝直屬學弟冠穎，登入國軍 on line 前的貼心小禮與祝福，是很珍貴的心意。謝謝直屬學妹小麥（毅婷）（竟然是括號本名不是括號綽號 XD），謝謝妳對於自己論文的鼓勵打氣。

謝謝予柔、佳汶、馨培，在妳們大學畢業前穿學士服和自己合影留念，那張合影對我來說意義非凡，總結並肯定了從小在講台上劈哩啪啦講話的夢想。謝謝妳們！

謝謝研究所的大家，謝謝鐘柏，尤其那晚寒冷冬夜裡的情義相助。謝謝凱文（Kevin），提醒我口試前與口試當天需要注意的大小細節。謝謝甲霖（甲肥）、世揚、冠邑。

謝謝東海大學法律學院的老師、教官、學長姐、學弟妹，這 2,645 個日子裡，謝謝大家！

謝謝曾經對自己撰寫論文給予加油打氣的長輩、朋友，謝謝大家！

謝辭最後，我要將這本碩士論文献給我最愛的家人。從出生到現在，家人對自己的疼愛與照顧，不曾改變。謝謝家人全心的支持，才能讓自己進入東海法律學習，終能完成碩士論文！

黃品騰 于東海大學圖書館

2017 年 12 月 7 日

簡目

第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機與問題意識.....	1
第二節 研究範圍與方法.....	2
第三節 論文撰寫架構.....	3
第二章 違法搜索罪之立法沿革與保護法益.....	5
第一節 立法沿革.....	5
第二節 法益與基本權利.....	6
第三節 學說立場.....	11
第四節 結語.....	14
第三章 違法搜索罪之構成要件與錯誤.....	17
第一節 客觀不法構成要件.....	17
第二節 主觀不法構成要件.....	28
第三節 錯誤.....	32
第四節 結語.....	35
第四章 違法搜索罪與他罪之關聯性.....	39
第一節 與剝奪他人行動自由罪之關係.....	39

第二節 與強制罪之關係.....	43
第三節 與侵入住居罪之關係.....	47
第四節 與強制猥褻罪之關係.....	54
第五節 與妨害秘密罪之關係.....	65
第六節 與普通竊盜罪之關係.....	68
第七節 結語.....	69
第五章 搜索法制之現況與檢討.....	71
第一節 強制處分法定原則與令狀主義.....	71
第二節 令狀搜索與無令狀搜索.....	79
第三節 科技社會下的搜索課題—線上搜索.....	98
第四節 搜索概念之重建.....	105
第五節 結語.....	108
第六章 結論與建議.....	111
第一節 結論.....	111
第二節 建議.....	117
參考文獻.....	121

細目

第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機與問題意識.....	1
第二節 研究範圍與方法.....	2
第三節 論文撰寫架構.....	3
第二章 違法搜索罪之立法沿革與保護法益.....	5
第一節 立法沿革.....	5
第二節 法益與基本權利.....	6
第一項 法益之意涵.....	6
第二項 法益與基本權之關係.....	9
第三節 學說立場.....	11
第四節 結語.....	14
第三章 違法搜索罪之構成要件與錯誤.....	17
第一節 客觀不法構成要件.....	17
第一項 行為主體範圍之論爭.....	17
第一款 實務看法.....	17
第二款 學說立場.....	18

第三款 本文見解.....	18
第二項 構成要件行爲.....	20
第一款 搜索之意涵.....	20
第二款 不依法令之解釋與定位.....	21
第二節 主觀不法構成要件.....	28
第三節 錯誤.....	32
第一項 錯誤概說.....	32
第二項 違法搜索罪之錯誤.....	33
第四節 結語.....	35
第四章 違法搜索罪與他罪之關聯性.....	39
第一節 與剝奪他人行動自由罪之關係.....	39
第二節 與強制罪之關係.....	43
第三節 與侵入住居罪之關係.....	47
第四節 與強制猥褻罪之關係.....	54
第一項 概說.....	54
第二項 強制猥褻罪.....	55
第三項 乘人不及抗拒觸摸罪.....	62

第四項 小結.....	64
第五節 與妨害秘密罪之關係.....	65
第六節 與普通竊盜罪之關係.....	68
第七節 結語.....	69
第五章 搜索法制之現況與檢討	71
第一節 強制處分法定原則與令狀主義.....	71
第一項 強制處分之意義.....	71
第二項 強制處分法定原則之內涵.....	72
第三項 令狀主義之內涵.....	73
第四項 小結.....	78
第二節 令狀搜索與無令狀搜索.....	79
第一項 令狀搜索「必要時」、「相當理由」之審查基準.....	79
第二項 無令狀搜索.....	81
第一款 附帶搜索.....	81
第一目 基礎與目的.....	81
第二目 發動要件.....	82
第三目 行動電話內資訊的搜索與附帶搜索之關係.....	85

第二款 逕行搜索.....	88
第一目 基礎與目的.....	88
第二目 發動要件.....	88
第三款 緊急搜索.....	91
第一目 基礎與目的.....	91
第二目 發動要件.....	91
第四款 同意搜索.....	92
第一目 基礎與目的.....	92
第二目 發動要件.....	93
第三項 搜索之程序與限制.....	94
第四項 搜索救濟途徑.....	96
第一款 令狀搜索之救濟.....	96
第二款 無令狀搜索之救濟.....	97
第三節 科技社會下的搜索課題—線上搜索.....	98
第一項 意義.....	98
第二項 與其他概念之區別.....	100
第一款 線上檢閱.....	100
第二款 遠距搜索.....	101

第三款 網路電信監察.....	101
第四款 源頭電信監察.....	101
第三項 於我國法律制度下之探討.....	102
第一款 刑事訴訟法第 122 條.....	103
第二款 通訊保障及監察法.....	104
第三款 警察職權行使法第 28 條第 1 項.....	104
第四款 小結.....	105
第四節 搜索概念之重建——連結合理隱私期待理論.....	105
第五節 結語.....	108
第六章 結論與建議.....	111
第一節 結論.....	111
第二節 建議.....	117
參考文獻.....	121



第一章 緒論

第一節 研究動機與問題意識

2016年2月19日，臺北憲兵隊發生搜索民宅扣押民眾所持戒嚴時期文獻的事件，該案憲兵涉嫌違法調查、違法搜索、違法蒐證與押人取供，引發社會輿論嘩然，產生白色恐怖再現的爭議。

此案之告訴意旨與行政調查、司法偵查結果如下：因魏姓告訴人於網路上拍賣「白色恐怖國防部檢舉機密文件」遭不詳姓名年籍之人以佯稱購買普洱茶名義，邀約告訴人至新北市蘆洲捷運站進行交易，告訴人到場後旋遭表明為憲兵隊身分之數人圍住，詢問上開文件來源及要求告訴人交出文件，並以要讓告訴人「很難看」等語脅迫，致告訴人心生畏懼，遂同意返回住處拿取文件交付被告等人。嗣告訴人返回住處後由2名憲兵隊人員陪同進入家中，告訴人除自行取出上開文件交予憲兵隊人員外，並應要求將網路上之拍賣網頁下架，之後被帶往臺北憲兵隊接受詢問。事後，又有2名不詳姓名年籍之人攜帶新台幣1萬5000元之獎勵金及切結書與告訴人相約至八里觀海大道某便利商店見面，要求告訴人簽立切結書後欲給付獎勵金，惟告訴人認自己既係犯罪嫌疑人為何會有獎勵金，遂認定係是國防部欲給予之封口費而拒絕收受。嗣因內心恐懼不安，轉向立法委員投訴本案經過，經媒體報導後，全案始曝光。因認12名被告均涉有刑法第307條違法搜索罪、第304條強制罪、第134條公務員利用職務上機會犯罪等罪嫌¹。2016年3月11日，國防部公布行政調查結果及懲處名單，共14名軍官遭到記過、申誡等處分²。2016年5月2日，臺北地檢署將12名被告予以不起訴處分。

目前實務上關於違法搜索罪的有罪判決並不多見。蓋實務上長年遵循最高法院32年非字第265號判例見解：「刑法第三百零七條所定不依法令搜索他人身體、住宅、建築物、舟、車、航空機之罪，係以有搜索權之人違法搜索為成立要件。若無搜索職權之普通人民，侵入他人住宅擅行搜索，祇應成立刑法第三百零六條第一項之罪，要不能執

¹ 臺灣臺北地方法院檢察署新聞稿。(2016年5月2日)

² 國防部新聞稿，公布「臺北憲兵隊進入民宅調查案」相關違失人員行政懲處名單。(2016年3月11日)

同法第二百零七條以相繩。」，將違法搜索罪之行為主體限縮為「有搜索權的公務員」，然該判例見解於 2016 年 9 月 13 日，經最高法院 105 年度第 15 次刑事庭會議決議，以該則判例不合時宜為由，不再援用。違法搜索罪之不法內涵並不侷限於刑法，亦牽涉刑事訴訟法之討論，係實體法與程序法的交錯領域。期盼經由整理並分析學說文獻及實務判決，能為違法搜索罪理出更為清晰的論罪脈絡。

第二節 研究範圍與方法

本文研究範圍以刑法分則中的違法搜索罪為研究核心，先予探討本罪之立（修）法沿革，藉由立（修）法之時空脈絡掌握本罪之立法目的、保護法益、以及未來可行之修法方向。實體法部分，對於本罪之客觀、主觀構成要件可能產生的議題詳加討論、處理本罪與其他犯罪之關聯性與競合問題。並將討論之觸角延伸至程序法面向，說明我國現行之搜索法制，蒐集實務判例與判決，以目前違法搜索罪在實務適用上所面臨到的問題加以分析，自立法論與解釋論之不同面向，注入本文淺見，嘗試探尋突破之方法，希冀得以促進對於我國違法搜索罪之瞭解與改進。

本文主要採取下列研究方法：

一、歷史研究法：整理分析例本罪立（修）法之法制發展相關資料，就其發展之沿革及立法理由為一闡明、研析，以求能正確掌握及探求立法者真意及法益保護之範圍。

二、文獻整理分析法：本文文獻蒐集範圍，以國內刑事法學者所撰之專書著作、論文、各大學法學論叢、期刊文章，以及與本議題相關之博士、碩士論文為討論標的，歸納整理既有之研究成果，並分析其異同，成為本文研究及論證之運用。願從不同的角度分析本罪在適用上的多元性，試圖從中突破實務適用上之侷限。

三、文義解釋、體系解釋、歷史解釋及目的解釋法：就現行本罪之構成要件，首先，以法條文字義範圍內為文義解釋，次者，藉由刑事法體系解釋之方法，自整體法律規範

內容之立法脈絡探尋法律真義，倘若操作前揭二種解釋方法得出不同結論時，採行立法者原意之歷史解釋法，若仍有解釋之矛盾或衝突，運用客觀之目的解釋判斷。

第三節 論文撰寫架構

第一章緒論部分，說明本文的研究動機與問題意識、研究範圍與方法，預將本文研究討論重心及欲達成之目的加以呈現。

第二章首先探求違法搜索罪之立法沿革，藉由梳理立法脈絡希望精確掌握立法者訂立違法搜索罪之保護法益。其後說明法益之意涵，整理學說對於本罪保護法益之見解。

第三章為違法搜索罪牽涉實體法議題之論述核心之一，說明違法搜索罪之構成要件與錯誤，包含實務、學說對於行為主體範圍之論爭、搜索之意涵、不依法令之解釋與其定位（構成要件要素或違法性要素）、違法搜索罪之刑法錯誤。

第四章亦為違法搜索罪牽涉實體法議題之論述核心之一，探討違法搜索罪與其他犯罪（剝奪他人行動自由罪、強制罪、侵入住居罪、強制猥褻罪、妨害秘密罪、普通竊盜罪）之論罪關係與競合互動關係。

第五章說明我國搜索法制之現況，首先論及強制處分法定原則與令狀主義，說明強制處分之意義、強制處分法定原則之內涵、令狀主義之內涵，其後針對現行令狀搜索與無令狀搜索之法制現況加以檢討，並分析線上搜索之概念。嘗試提出淺見，力求重建適切的搜索概念。

第六章結論與建議，將本文各章節之內容作扼要整理，並提出學理上的相關修法建議。

第二章 違法搜索罪之立法沿革與保護法益

第一節 立法沿革

違法搜索罪在暫行新刑律中並無相當規定，1928 年舊刑法第 321 條規定「不依法令之規定而搜索他人身體者，處一年以下有期徒刑，或三百元以下罰金」。其立法理由謂：「本規定為暫刑律無，本法特予增入，以示保護身體自由之意，惟依法令而搜索者，不在此限。所謂依法令搜索者，例如依刑訴法而搜索犯罪證據，或依警察命令而搜查違禁物是也。」¹ 1935 年施行之刑法第 307 條違法搜索罪即從此條規定而來¹。

現行刑法除了規範搜索他人身體之行為外，並包含違法搜索他人住宅、建築物、舟、車或航空機之行為，其立法理由在於「人身自由固為法律所保護，然人民住所，非依法律，不得搜索，約法亦設有明文（訓政時期約法第十條），則舊刑法僅處罰非法搜索人身，實嫌太狹，故擴充其處罰範圍，以期周密。」²。

違法搜索罪之立法沿革得以下列表格簡要呈現：

法律名稱	法律規定之構成要件	立法/修法理由摘要
暫行新刑律	(尚無相關規定)	—
舊刑法 (1928 年)	不依法令之規定而搜索他人身體者	以示保護身體自由
中華民國刑法 (1935 年—)	不依法令搜索他人身體、住宅、建築物、舟、車或航空機者	以期周密處罰範圍

違法搜索罪之條文內容自 1935 年起至今，已逾 80 年未經變動。承前述第一章第一節研究動機與問題意識之內容，最高法院決議不再援用將違法搜索罪之行為主體限縮為「有搜索權的公務員」之判例。另外，其違法搜索之行為客體僅限於「身體、住宅、建

¹ 王皇玉，拘禁、違法搜索與竊拍？，台灣法學雜誌，第 131 期，2009 年 7 月，頁 135。

² 吳絮琳，違法搜索與身分關係—兼評最高法院八十八年度台非字第三三八號判決、台南地方法院八十七年度訴字第四九七號刑事判決、高等法院台南分院八十八年度上易字第一二七三號刑事判決，軍法專刊，第 15 卷第 9 期，2004 年 9 月，頁 26。

築物、舟、車或航空機」，所保護之範圍恐已無法符合現今高科技時代社會之要求，是日後宜進行修法，以避免產生處罰漏洞之弊病。

第二節 法益與基本權利

第一項 法益之意涵

保護法益係刑法的功能³，凡是以法律手段而加以保護之生活利益，即稱為法益⁴。刑法的犯罪類型規範，必然有法益的概念存在，刑法中不應存有欠缺法益的犯罪類型。法益概念作為刑法保護的對象，或許是一種具體的形象（如身體完整性），也可能是一種抽象性的理念（如公共安全、名譽等）⁵。然而，並非所有受侵害之法益或有受侵害危險之法益皆受刑法之保護，而是必須有受到「脫離社會生活秩序之範圍且值得刑罰加以制裁」之侵害時，該法益才受刑法保護⁶。換言之，法益是指「值得經由刑法加以保護之有價值的生活權益」⁷。文獻上指出刑法保護法益係屬於「補充的性格」，唯有侵害核心價值的權利，方有刑法發動的餘地，倘若權利的侵害非屬刑法所規範者，則透過其他規範加以保障為已足⁸。有學者認為法益提供了「解釋」與「限縮可罰性」的雙重功能。前者指透過法益概念解釋犯罪構成要件的實質內容；後者則指以法益概念劃定入罪化的處罰界限，將刑事法上所欲規制之行為，限制在須損害法益或具危害法益的潛在可能性之行為，而排除僅侵害一般道德感情之行為，即以法益為保護中心，清楚限縮刑法保護範圍⁹。換言之，刑罰必要性建立在法益保護之基礎¹⁰。而法益的概念在學理的討論之中，向有一元論與二元論之爭，以下概略說明之。

³ 林東茂，《刑法綜覽》，臺北，一品，2015年8月，八版，頁1-10。

⁴ 林山田，《刑法通論（上冊）》，臺北，自版，2008年1月，十版，頁52。

⁵ 柯耀程，《刑法總則》，臺北，三民，2014年8月，頁17。

⁶ 陳子平，《刑法總論》，臺北，元照，2017年9月，四版，頁9。

⁷ 高金桂，《利益衡量與刑法之犯罪判斷》，嘉義，自版，2003年2月，頁39。

⁸ 柯耀程著前揭書，頁18。

⁹ 許恆達，刑法法益概念的茁生與流變，月旦法學雜誌，第197期，2011年10月，頁135。

¹⁰ 陳志龍，刑法的法益概念（上），臺大法學論叢，第16卷第1期，1986年12月，頁126。

法益一元論者認為，只有一元概念的個人才可能是唯一的法益主體。一個個人乃同時具有個體性與社會性，而藉此可以建構出一個同時包含個體與社會的法益概念，是以絕對沒有必要將法益建構在玄奧的超個人主體，如國家、民族、公眾等等之類的東西上。故在此想法下，刑法強烈防衛特性之任務，即是保護對於人類個人之人格發展而言，所迫切需要的外在條件免受侵害，而這些被迫切需要的條件，即為刑法所欲保護之法益¹¹。法益類型的區分沒有必要分為「個人」與「超個人」，一般國家、司法與法秩序等所謂超個人法益，事實上就是由全體個人所共有，故應將法益區分為「（單一）個人法益」及「（全體）個人法益」¹²。

法益二元論者認為，國家與公眾乃獨立地出現，並在例如「經濟秩序的存續與運作」上，擔任獨立的法益主體，而與個體人類切斷了連結¹³。所謂「超個人法益」即是與「個人法益」無關而獨立地分立著。在這樣的二元法益架構中，個人保護與集體保護甚至是有會有所衝突的、個人領域與社會領域甚至是有可能對立的，而所謂像經濟法益與社會法益的保護，即會成為獨立的自我目的，而將其服務人類的功能及目的性抽離，變成並非為了其他直接目的才做的技術性安排¹⁴。

我國文獻上有認為，任何法益，必須與人或人性尊嚴之價值具有關聯性，亦即在刑法的保護體系中，是以個人法益為核心；而超個人法益之概念，必須和個人法益有機能上的關聯性。在確定是否為超個人法益之前，必須先有個人法益之保護客體存在，且與人的價值有密切的關連性方可¹⁵。

本文以為，從實質角度觀察，所謂個人法益與超個人法益，皆是保護「人的」法益。各種法益解釋上應皆可還原於含有「保護個人法益」之目的，但本文並不採取否定超個人法益存在之立場。蓋兩者似僅是觀察之角度係從微觀角度（個人法益）或巨觀角度（社

¹¹ 鍾宏彬，《法益理論的憲法基礎》，臺北，元照，2012年，頁155-156。

¹² 鍾宏彬著前揭書，頁157。

¹³ 鍾宏彬著前揭書，頁244。

¹⁴ 鍾宏彬著前揭書，頁156。

¹⁵ 高金桂著前揭書，頁41。

會、國家法益)所產生之差異。例如：刑法第 173 條放火罪，所侵害之法益是公共安全，但其亦可還原於含有保護個人財產法益之目的。

我國刑法關於各種罪名之編列，依法益歸屬之利益屬性或主體，可區分為三個種類，即侵害個人法益之罪、侵害社會法益之罪、以及侵害國家法益之罪（後兩者屬超個人法益）。惟陳志龍教授認為此種分類方式有待商榷，本文將其評論¹⁶簡要整理如下兩點：

一、個人生活於社會之中，才有對於個人法益之保護需要，若該個人並不在社會中行共同生活，即不生法益保護之問題。是個人法益與社會法益難以區分，而國家法益為社會法益之一支而已，兩者之間亦無法截然二分。

二、法益是保護客體，而國家、社會是法益的持有者，具有的是主體性，並不是法益之性質，不能以主體倒推出客體的種類，無從以之作為種類或性質之區分標準。

文獻上另有自憲法「基本權保障」之角度，對於國家、社會、個人法益之法益三分法，亦抱持質疑之立場。認為「法治國」的憲政體系展開於尊重「人權」和「基本權」的保障，憲法對於國家制度與社會制度加以制度性保障，其目的不在承認國家或社會具有固有的價值。保護「國家」或「社會」只是作為一種「方法」—作為一種保障「基本權」的「方法」，保障「基本權」才是「目的」。立法者在創設直接保護生命法益、身體法益、自由法益、名譽法益和財產法益的構成要件外，猶仍得創設保護所謂超個人法益、社會法益和國家法益的構成要件。但後者，並不會也不可能賦予所謂公共利益、社會或國家任何根本的價值，而是藉由對之的保護，而加深、加廣對個人法益的保護¹⁷。

德國刑法學者洛克遜（Claus Roxin）認為，在法治國原則下，國家之任務在於維護人民之自由權，而人民之自由權也是國家公權力之限制要件。法益，是指個人在以實現個人自由開展（自我實現）權為目的之整體社會制度中，所有有助於個人實現自由開展權之條件或目的之設定，此等條件或目的的設定是以實現利益為導向。此種法益概念包

¹⁶ 陳志龍，刑法的法益概念（下），臺大法學論叢，第 18 卷第 1 期，1988 年 12 月，頁 169-171。

¹⁷ 鄭逸哲，「法益刑法」概念下的「構成要件」和「構成要件適用」，軍法專刊，第 54 卷第 6 期，2008 年 12 月，頁 103-104。

括先於刑法存在的狀況或利益，但排除了國家刑罰權之恣意、意識型態之目的（如納粹時代之「維護德意志血統的純正性」）¹⁸。

第二項 法益與基本權之關係

我國憲法第二章規範人民之權利義務，其後章節之規定多涉及國家政治組織，有學者認為，此突顯制憲者將基本權視為憲法的靈魂，在保障個人自由之後，憲政國家才有實現的可能。基本權規定可謂憲法之目的，國家組織規定只是保障基本權的手段，並從此一觀點將基本權之意義歸納如下三點：一、基本權為憲法的基本精神，構成修憲的界限，修憲機關不能對基本權加以侵犯；二、基本權可拘束國家所有公權力（行政權、立法權、司法權、考試權、監察權）之行使；三、基本權須有救濟途徑，以確保每一個人在憲政國家之中，保障最大可能之自我實現。憲法上基本權規定所保障之本質，即是要求國家提供自我決定與自我開展的空間，以促進人的最大可能自我實現¹⁹。

基本權之功能，一般認為包含：防禦權功能、給付請求權功能、客觀價值秩序功能、制度性保障功能、組織與程序保障功能、國家保護義務功能等²⁰。立基於保護法益之目的，立法者制定刑法規範，而刑法規範效力之妥當性、正當性與合法性基礎，正源自於基本權之「國家保護義務」功能。

基本權之「國家保護義務」功能，係指針對來自於國家以外的第三人之侵害，要求國家須採取一定之作為，目的在於現實生存之維持，涉及危險防禦與法治國原則²¹。國家需要採取何種保護措施才符合其對基本權之保護義務？德國聯邦憲法法院對此指出，當公權力完全未採取任何保護措施，或其採取之保護措施根本不適當或者完全未能達到應有之保護目的時，才算是違反國家保護義務²²。於此議題上，評價國家行為是否合憲的標準，在於「國家『是否』盡其保護義務」，而非「國家『如何』盡其保護義務」。

¹⁸ 高金桂著前揭書，頁 75。

¹⁹ 許育典，《憲法》，臺北，元照，2016 年 4 月，七版，頁 94-95。

²⁰ 李惠宗，《憲法要義》，臺北，元照，2015 年 9 月，七版，頁 95-106；法治斌、董保城，《憲法新論》，臺北，自版，2014 年 9 月，六版，頁 129-142；許育典著前揭書，頁 105-119。

²¹ 若是國家對於人民基本權利之侵害，則係涉及基本權之防禦權功能的課題；若目的在於要求國家提供一定之給付，則係涉及基本權利給付請求權之議題。法治斌、董保城著前揭書，頁 137-138。

²² 法治斌、董保城著前揭書，頁 138。

立法機關對於履行國家保護義務，享有廣泛的形成權。換言之，由國家保護義務並不能直接導出保護請求權。立法機關可依據人民基本權利遭逢危害之種類、程度而選擇不同的措施加以保護。若現有可採取之措施皆太過溫和而難以被期待能夠達成保護效果時，透過刑法來制裁此種來自第三人對於基本權利之侵害²³。當依其他法律手段仍未有效防制不法之行為時，始以刑罰做為該行為之法律效果，體現刑法之最後手段性。例如：酒醉駕車行為於 1999 年前，僅於《道路交通管理處罰條例》以行政罰加以制裁。於 1999 年以後，刑法始增訂第 185 條之 3 的不能安全駕駛罪。本諸法治國家保障人權之原理及刑法之保護作用，立法者經過衡量，認為對於某行為處以刑事處罰確有必要時，在刑事法上制定出保護基本權的規範²⁴，但尤須注意「人性尊嚴」作為國家刑罰權之行使界限。

學說指出「人性尊嚴」應具有兩個基本內涵：一、人的主體性：不可以將人當作是一個客體或只當作一項工具加以使用；二、人的自由意志應受尊重。人性尊嚴是不可衡量、不可被限制的憲法價值。人性尊嚴乃基本權之基礎²⁵、基本權之核心，保障自由的人格權與人性尊嚴乃憲法的最高價值²⁶，釋字第 603 號亦開宗明義明示：「維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值」。

在刑法領域中，國家公權力行使的界限對於人性尊嚴別具意義。國家不得採用殘酷、不合乎人道，或貶低人性尊嚴的刑罰來制裁人民；國家不得基於一般威脅恐嚇之理由制裁人民，使人民成為國家防止犯罪之客體²⁷。禁止所有殘忍的、鄙視性的、不人道的及屈辱性的處罰（例如車裂，俗稱五馬分屍之酷刑）。因為殘虐刑罰嚴重侵害人性尊嚴，任何刑事處罰都不應徹底摧毀一個人個別存在及社會存續所依憑的基礎²⁸。

刑罰必要性建立在法益保護之基礎，刑法明定應予刑事制裁之行為及其法律效果，一方面擔保未違反刑法規範者，國家不得對之發動刑罰權追訴處罰；另一方面則擔保行

²³ 法治斌、董保城著前揭書，頁 138-139。

²⁴ 李惠宗著前揭書，頁 105。

²⁵ 李惠宗著前揭書，頁 84-89。

²⁶ 法治斌、董保城著前揭書，頁 209。

²⁷ 法治斌、董保城著前揭書，頁 211。

²⁸ 李惠宗著前揭書，頁 86。

為人不受法律規定以外，有違人性尊嚴之殘虐刑罰。刑法保護法益之任務同時產生保障基本人權之功能。

第三節 學說立場

妨害自由罪章所列之犯罪，係侵犯個人的人身自由、行動自由、生活安寧的自由²⁹。自由依其行使型態，可區分為「積極自由」與「消極自由」。積極自由係積極為一定行為之自由，即作為之自由；消極自由係消極不為一定行為之自由，即不作為之自由。無論積極自由或消極自由，均不許任意拋棄（民法第 17 條第 1 項：「自由不得拋棄」參照）。須注意者是，自由並非漫無限制，依憲法第 23 條，如為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者，仍得以法律加以限制之³⁰。

文獻上指出本罪之保護法益為個人之隱私自由兼及人身自由、住居自由³¹；個人身體與生活環境不受他人非法侵犯的自由（個人身體與居住的安全）³²；個人自由、隱私與生活領域的安寧³³。

對於隱私權之保護，聯合國於 1948 年通過世界人權宣言（The Universal Declaration of Human Rights）第 12 條前段即已明確宣示：「任何人的私生活、家庭、住宅和通信不得任意干涉」。為了實現上揭世界人權宣言之昭示，於 1976 年 3 月 23 日生效之公民與政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights）第 17 條明定：「一 任何人之私生活、家庭、住宅或通信，不得無理或非法侵擾，其名譽及信用，亦不得非法破壞。二 對於此種侵擾或破壞，人人有受法律保護之權利」。公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約（International Covenant on Economic Social and Cultural Rights）（下稱兩公約），於 2009 年 3 月 31 日，經立法院三讀全文通過。

²⁹ 林山田，《刑法各罪論（上）》臺北，自版，2005 年，五版，頁 166。

³⁰ 甘添貴，《刑法各論（上）》，臺北，三民，2014 年 8 月，四版，頁 109。

³¹ 甘添貴著前揭書，頁 156。

³² 陳子平，《刑法各論（上）》，臺北，元照，2017 年 9 月，三版，頁 197。

³³ 王皇玉著前揭文，頁 134。

立法院並另訂《公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法》，施行法第 2 條明定：「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。」該施行法自 2009 年 12 月 10 日施行，是該兩公約保障隱私權之規定已具有國內法效力³⁴。依法務部網站統計，自 2014 年起至 2017 年 11 月 30 日止，最高法院引用兩公約的案件資料（包含案號及案由摘要），累計達 66 筆³⁵。

關於隱私權（privacy right）之意義，學說上提出不同之看法，有認為「隱私權是一種保障個人對於其個人資訊的控制、滿足個人獨立自主、提升個人自我表現及形成社會關係的能力的權利³⁶」；也有認為「隱私權係由二個核心因素構成，一為私領域，一為自主權利。私領域是指個人私生活之範疇，自主權利指個人得自主決定如何形成其私領域的生活³⁷」。

綜上所述，隱私權的概念係指攸關個人一己，得拒絕他人知悉所有資訊之總稱³⁸，性質上在於保障不欲為人所知之私密遭他人探知與干擾之權利，其內涵包括有權保持自己的安寧，有不允許造成對本人干擾的權利。須注意者是，對於隱私法益的保護必非絕對保障，就如同個人名譽一樣，可能與憲法上的表現自由產生衝突之情形。保護隱私法益之目的在於保障私人領域，如果個人私行進入公共領域，就不再屬於個人領域。亦即與公共利益相衝突時，個人的隱私仍必須退讓³⁹。德國刑法第 201 條第 2 項即有如下之規定：

³⁴ <http://www.humanrights.moj.gov.tw/lp.asp?ctNode=32913&CtUnit=12352&BaseDSD=7&mp=200>
最後瀏覽日：2017 年 5 月 1 日。

³⁵ http://210.69.124.206/jud_k/wke/COVENANT_DOWNLOAD.jsp
最後瀏覽日：2017 年 12 月 1 日。

³⁶ 林子儀，基因資訊與基因隱私權—從保障隱私權的觀點論基本資訊的利用與法的規制，收錄於：翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文及編輯委員會主編，當代公法學新論（中）臺北，元照，2002 年，頁 703。

³⁷ 王澤鑑，人格權保護的課題與展望（三）—人格權的具體化及保護範圍（6）：隱私權（中），台灣法學雜誌第 97 期，2007 年 8 月，頁 37。

³⁸ 李惠宗著前揭書，頁 405。

³⁹ 謝庭晃，誹謗罪對隱私法益的保護—媒體跟拍是否合法？教育部人權教育諮詢暨資源中心網站，2008 年 3 月，<http://hre.pro.edu.tw/zh.php?m=16&c=465>
最後瀏覽日：2017 年 1 月 10 日。

德國刑法第 201 條侵害談話秘密罪⁴⁰

(1)無權而有下列二款行為之一者，處三年以下自由刑或罰金：

- 1、利用錄音器材對他人非公開之談話加以竊錄。
- 2、對於前款所錄製的內容加以使用或使第三人知悉其內容。

(2)無權而有下列二款行為之一者，依前項之規定處罰：

- 1、對於非指定傳達給行為人之他人的非公開談話，以竊聽器材加以竊聽。
- 2、將第一項第一款及第二項第一款所竊錄之他人非公開談話，以語音或將其重要內容公布於眾。

本項第二款之行為，只有於洩漏他人非公開之談話，足以造成他人合法利益之損害時，始具備可罰性。洩漏他人非公開談話之行為，其目的如係在於維護重大之公共利益，則該行為不具違法性。

(3)公務員或從事公共服務而負有特殊義務者，如觸犯侵害談話秘密罪，處五年以下之自由刑或罰金。（第一項及第二項之罪）

(4)前項之未遂犯罰之。

(5)本罪之正犯與共犯所使用之錄音器材或竊聽器材，得沒收之。第 74a 條之規定準用之。

德國刑法第 201 條之保護目的，在於口頭表示的不拘謹，以及非公開場合所說的言論之無拘束性。此係從一般人格權導出的一種「決定表示範圍」的權利，亦即人們應該能夠在私下自由地談話，而無須時時顧慮被竊聽、竊錄等技術侵犯⁴¹。換言之，係保障發話者決定支配言論射程範圍之權利和自主控制⁴²。該罪只處罰涉及使用錄音器材或竊聽器材之竊錄行為，利用身體感覺（聽覺）系統竊聽他人非公開之談話行為，尚不足以成立本罪。德國刑法第 201 條第 2 項規定，對他人非公開之談話的竊聽及洩漏罪，只有足以造成他人合法利益之損害時，始具備可罰性。此為可罰性之限縮事由，也是構成要件之限縮規定。同項次亦規定，洩漏他人非公開談話之行為，其目的如係在維護重大之公共利益，則該行為不具違法性。此係涉及法益衝突下，經由法益衡量所制定之個別（特別）的阻卻違法事由。德國刑法第 201 條第 2 項之規定，恰說明前述當個人隱私利益與公共利益相衝突時，個人的隱私並非處於優先保障之地位，經由個案利益衡量之判斷，個人隱私利益仍必須有所退讓。

⁴⁰ 譯文翻譯者：高金桂教授。

⁴¹ 蔡聖偉，妨害秘密罪章的新紀元（下），月旦法學雜誌第 71 期，2001 年 4 月，頁 96。

⁴² 連文園，刑法第 315 條之 1 之研究，東吳大學法學院法律學系碩士班碩士論文，2013 年 1 月，頁 90。

第四節 結語

法益是刑法規範意義及目的之標竿，刑法分則之體例及構造係以法益侵害之種類為基礎，在同一罪章內，各罪名的設計亦是以法益侵害之量數或程度為依據⁴³。故探尋並界定罪名之保護法益，是得以正確解釋不法構成要件的重要前提。

自刑法罪名的規範體系角度，違法搜索罪置於妨害自由罪章，顯見立法者欲保護自由法益之意旨。觀察現行條文所列之行為客體（身體、住宅、建築物、舟、車或航空機），本罪所欲保護的自由類型，應至少包含「人身自由」與「居住安寧自由」。

憲法第 8 條保障人民之人身自由，釋字第 384 號指出，人身自由乃行使憲法上保障其他權利之前提。若人身自由遭受侵害，則其他進一步權利之期待僅屬空中樓閣，是人身自由為至關重要之基本人權。憲法第 10 條保障人民之居住自由。釋字第 443 號指出其包括人民有選擇其居住處所，營私人生活不受干預之自由。

憲法基本權條文中，由於保障自由權之條文數量最多（例如憲法第 8 條人身自由、第 9 條非現役軍人不受軍事審判自由、第 10 條居住遷徙自由、第 11 條言論、講學、著作及出版自由、第 12 條秘密通訊自由、第 13 條信仰宗教自由、第 14 條集會及結社自由、第 23 條概括基本自由及權利）。憲法上之自由權（基本權之核心），其作用一方面在限制國家公權力的範圍，一方面則在規範國家的積極作為義務，經由具體的立法行動去保護及實現基本權涵攝下之法益。刑法作為憲法位階之下的法律，有義務依憲法價值秩序去創造法益、保護法益⁴⁴。刑法有關自由法益保障之規範密度也相對很高，例如刑法第二十六章妨害自由罪章、第十六章妨害性自主罪章、第二十八章妨害秘密罪章等。妨害自由罪章保障自由法益應無疑義，而妨害性自主罪章自西元 1999 年修法後，保護法益從社會善良風俗之社會法益，改變側重於個人的性行為決定自由面向⁴⁵，亦屬於侵

⁴³ 高金桂著前揭書，頁 45。

⁴⁴ 高金桂著前揭書，頁 76。

⁴⁵ 大法官釋字 554 號解釋理由書（節錄）：性行為自由與個人之人格有不可分離之關係，固得自主決定

害自由法益之犯罪類型。至於妨害秘密罪章，因憲法第 12 條明文規定人民有秘密通訊自由，係保障個人隱私，妨害秘密罪章所欲保護之法益正為個人之隱私權，是其應可歸類於侵害自由之犯罪類型。除了上述罪章以外，刑法第 328 條強盜罪與第 347 條擄人勒贖罪也是保障自由法益之具體規範。

釋字第 603 號指出基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，保障個人生活私密領域免於他人侵擾，及個人資料之自主控制，隱私權乃不可或缺之權利，受憲法第 22 條所保障。人民有權保持自己的安寧，有不允許造成對本人干擾的權利。

我國司法院大法官會議釋憲實務上，多將隱私權歸類於憲法第 22 條「概括基本權」，但從美國實務所發展出來的「暈影理論」⁴⁶觀之，從我國憲法第 8 條保障身體自由、憲法第 10 條保障人民的居住自由，第 12 條保障人民的秘密通訊自由、第 13 條保障信仰自由、第 14 條保障集會結社自由、第 22 條概括基本權，以及在憲法增修條文第 10 條第 6 項增加對婦女人格尊嚴之保障等，應均可導出隱私權在憲法上之保障基礎⁴⁷。本文認為，除了「人身自由」與「居住安寧自由」外，違法搜索罪尚擴及對於「隱私權」之保護。

是否及與何人發生性行為，惟依憲法第二十二條規定，於不妨害社會秩序公共利益之前提下，始受保障。

⁴⁶ 該理論認為，憲法條文並不是孤立和分散的，而是存在內在邏輯聯繫和連結關係。美國最高法院利用條文之間的重疊交錯關係，發展出了保護未列舉基本權的暈影理論。該理論是 1965 年在 *Griswold v. Connecticut* 案中被首先提出。在由 Dogulas 大法官執筆的最高法院法庭意見中，以條款之間的重疊關係（暈影理論）的方法，推翻了一項禁止避孕的法律，成功實現了對公民隱私權的保護。朱勗華，健康資訊雲端化與隱私權保障之研究，東吳大學法學院法律學系法律專業碩士班碩士論文，2016 年 7 月，頁 51。

⁴⁷ 朱勗華著前揭文，頁 61。

第三章 違法搜索罪之構成要件與錯誤

第一節 客觀不法構成要件

第一項 行為主體範圍之論爭

違法搜索罪之行為主體，向有是否限於「有搜索權之人」之論爭，以下整理實務看法與學說立場之差異，並於後提出本文之淺見。

第一款 實務看法

實務過去一貫採行違法搜索罪之行為主體係「必須」限於「有搜索權人（即有搜索權之公務員）」的看法，以最高法院 32 年非字第 265 號判例為指標見解：「刑法第三百零七條所定不依法令搜索他人身體、住宅、建築物、舟、車、航空機之罪，係以有搜索權之人違法搜索為成立要件。若無搜索職權之普通人民，侵入他人住宅擅行搜索，祇應成立刑法第三百零六條第一項之罪，要不能執同法第三百零七條以相繩。」。

實務上曾有行為人僅具普通人民身分，僭行法警職權而非法擅行搜索，受論處刑法第 158 條第 1 項僭行公務員職權罪及第 307 條違法搜索罪。檢察總長以該則判例內容，據以提起非常上訴，最高法院奉行該則判例見解，認為對僅具普通人民身分之人論以違法搜索罪，有適用法則不當之違法。見最高法院 88 年度台非字第 338 號刑事判決：「…查被告係普通人民僭行法警職權而非法搜索，因被告非屬有搜索權之人，所為自與刑法第三百零七條違法搜索罪之構成要件不合，第一審論被告以該條之罪，並從其一重處斷，自有適用法則不當之違法。…」，是該判例內容對實務運作之影響程度不言而喻。

但須特別注意者是，該判例見解已於 2016 年 9 月 13 日，經最高法院 105 年度第 15 次刑事庭會議決議，以該則判例不合時宜為由，不再援用。最高法院以刑事庭會議決議之方式，不再援用違法搜索罪須以「有搜索權之公務員」始得成立行為主體之見解。

最高法院此一決議作成後，已影響嗣後司法實務對於違法搜索罪之犯罪判斷：「…惟該判例嗣經最高法院 105 年度第 15 次刑事庭會議決議『本則判例不合時宜，不再援用。』是刑法第 307 條已不限於有搜索職權之人始可成立。…」（臺灣高等法院 104 年度矚上重更(一)字第 2 號判決參照一裁判日期：2016 年 11 月 24 日）。

第二款 學說立場

學說上有採行與實務一致之立場，認為既曰搜索，則其須為有搜索權人之違法搜索行為，如係無搜索權之人，因其事實上不屬於搜索，而不成立違法搜索罪¹。但其並未說明何以無搜索權人所為之搜索，事實上並不屬於搜索。本文認為，搜索是一現實行為，應與有無權限之問題無涉。多數文獻則有別於上述實務看法，立於違法搜索罪之行為主體「不須」限於「有搜索權人（即有搜索權之公務員）」的立場。文獻上有認為限於有搜索權人之見解，顯已超過刑法解釋所允許的限縮範圍，而與立法意旨不符，不足採信²；認為違法搜索罪是規定於妨害自由罪章，而非瀆職罪章，妨害自由的行為人無須具備公務員身分³；認為違法搜索罪並不具瀆職罪之罪質，不應以有搜索權人為限⁴；認為違法搜索罪行為主體僅須有意思能力與行動能力者，即足當之⁵。綜上所述，多數學說對於違法搜索罪之行為主體，是否須限於有搜索權人之問題，係採行否定之立場。

第三款 本文見解

判例與學說對於違法搜索罪之行為主體，分別採行「純正特別犯（身分犯）」與「一般犯」之不同見解。特別犯係指法定構成要件中限定行為人的資格，唯有具備該資格的人始能構成犯罪，因而又稱為身分犯。例如非公務員無法構成收受賄賂罪。特別犯又可

¹ 蔡墩銘，《刑法各論》，臺北，三民，2009 年 7 月，六版，頁 121。

² 林山田，《刑法各罪論（上）》臺北，自版，2005 年，五版，頁 216。

³ 林東茂，《刑法綜覽》，臺北，一品，2015 年 8 月，八版，頁 2-61。相同見解：盧映潔，《刑法分則新論》，臺北，新學林，2016 年 8 月，十版，頁 585。王皇玉，拘禁、違法搜索與竊拍？，台灣法學雜誌，第 131 期，2009 年 7 月，頁 135。

⁴ 甘添貴，《刑法各論（上）》，臺北，三民，2014 年 8 月四版，頁 156。

⁵ 黃仲夫，《簡明刑法分則》，臺北，元照，2014 年 9 月四版，頁 453。

區分為純正特別犯與不純正特別犯⁶。過去實務對於違法搜索罪之行為主體乃採取「純正特別犯（身分犯）」之看法，行為人之特別資格（即有搜索權之公務員）構成立法者「創設刑罰」的事由，若欠缺該特別資格者無法單獨構成違法搜索罪之正犯，有複數行為人時，欠缺該特別資格者至多僅能論以共犯⁷。

然而刑法第 31 條第 1 項規定：「因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實行、教唆或幫助者，雖無特定關係，仍以正犯或共犯論。但得減輕其刑。」亦即以法律明文之方式產生「擬制正犯」與「擬制共犯」。行為人雖然無身分或特別關係，但若與有身分或特別關係者共同實行、教唆或幫助犯罪，依該項條文規定將擬制為正犯或共犯。學者對於該項擬制正犯或擬制共犯之規定有如下之批評：「擬制正犯」之部分，認為欠缺主體適格者，理論上即不能成為正犯，當然包括不能以共同正犯型態成為正犯；「擬制共犯」之部分，認為純正特別犯的特別行為主體資格，乃討論何人始得成為「正犯」之議題，若不具主體適格者，本來即可以用「共犯」方式參與犯罪，不待規定也無庸擬制。此部分規定之實益不在於擬制共犯，而在於其明示得減輕其刑的法律效果⁸。

若採取過去實務見解認為違法搜索罪為「特別犯」之見解，有複數行為人時，欠缺該特別資格者，因為刑法 31 條第 1 項之規定，反倒可能發生上述學者所評述之論罪邏輯缺失。相對地，學說對於違法搜索罪之行為主體則採行「一般犯」之立場，一般犯係指對於行為人之資格或身分不設任何限制，任何人都可以成為適格行為人的犯罪⁹。本文採取學說之立場，以下嘗試依法律相關解釋方法闡述之。

我國為成文法國家，法律藉由文字而表現，文字之意義彰顯法律之意義¹⁰，故解釋法律，宜先以最基本的法律適用的解釋方法一文義解釋為之。自文義解釋而言，違法搜

⁶ 林鈺雄，《新刑法總則》，臺北，元照，2016 年 9 月，五版，頁 107。

⁷ 林鈺雄著前揭書，頁 107、487。

⁸ 林鈺雄著前揭書，頁 488-489。

⁹ 林鈺雄著前揭書，頁 107。

¹⁰ 鄭玉波著，黃宗樂修訂，《法學緒論》，臺北，三民，2016 年 8 月，二十二版，頁 72。

索罪並無任何身分上之限制¹¹，解釋上應包含無搜索權之人。次者，依體系解釋觀之，若違法搜索罪之行為主體須限於有搜索權之人（即有搜索權之公務員），則立法者應會將本罪置於「瀆職罪」罪章，惟本罪係安排於「妨害自由罪」罪章，立法者似無意排除一般民眾違法搜索妨害自由之可能性。末者，依舉輕以明重之法理，刑法第 306 條已明文處罰行為人不法侵入他人住宅之行為，則侵入他人住宅進而搜索，此種更高強度侵擾他人居住自由之行為，倘若國家無法對之發動刑罰權，恐有違事理之平¹²。質言之，本文認為，違法搜索罪之行為主體不應限於有搜索權人（有搜索權之公務員），以免造成法律解釋之扞格與矛盾。

第二項 構成要件行為

第一款 搜索之意涵

搜索，即搜尋探求之意¹³，搜索概念之解釋，有狹義、廣義之分¹⁴。狹義之搜索，指依刑事程序法（刑事訴訟法、軍事審判法等）之搜索，以發現被告、犯罪嫌疑人或應扣押之物為目的，而對於被告或第三人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，施以搜查檢索之強制處分¹⁵。廣義之搜索，則不限於刑事程序上之目的，凡對人之身體、物品或處所，以視覺及觸覺結合而進行之接觸行為¹⁶，藉以尋找或探知特定之人或物¹⁷，均屬廣義搜索之概念。文獻上更有認為，搜索的意義廣泛，只要是侵犯他人「合理的隱私期待」，皆可稱為搜索，例如：翻看日記、翻動皮夾檢閱證件、打開電腦查看檔案文件等¹⁸。所謂合理隱私期待，必須符合主觀與客觀兩個要件：「主觀上，受侵害者展現

¹¹ 例如刑法第 125 條，濫用職權追訴處罰罪，條文文義即限於公務員始得成立犯罪。

¹² 相同見解：黃仲夫著前揭書，頁 453。

¹³ 教育部重編國語辭典修訂本網站

<http://dict.revised.moe.edu.tw/cgi-bin/cbdic/gswweb.cgi?ccd=6Rfc4j&o=e0&sec=sec1&op=v&view=0-1>

最後瀏覽日：2017 年 2 月 10 日。

¹⁴ 甘添貴，《體系刑法各論（第一卷）》，臺北，自版，1999 年 9 月，頁 319。

¹⁵ 林俊益，《刑事訴訟法概論（上）》，臺北，新學林，2015 年 9 月，十五版，頁 303。

¹⁶ 盧映潔著前揭書，頁 585。

¹⁷ 林山田著前揭書，頁 215。

¹⁸ 林東茂著前揭書，頁 2-60。

了具有不與他人知悉的隱私期待；客觀上，依社會一般通念，該隱私期待係屬合理」¹⁹。我國公共場域之合理隱私期待，司法院釋字第 689 號解釋理由書指出，須符合以下二要件：一、不受侵擾之期待已表現於外；二、該期待須依社會通念認為合理。

違法搜索罪之搜索，過去實務認為本罪須限於有搜索權人始能成立，本罪之搜索係指依刑事程序法（刑事訴訟法、軍事審判法等）之狹義搜索。然而，學說主張，違法搜索罪並不以刑事訴訟法所規定之搜索為限，凡是對於他人身體或居住處所進行搜查，而足以侵犯他人隱私或破壞他人居家安寧的行為，均足以該當本罪之搜索²⁰。須注意者是，由於本罪列舉限定數項行為客體，是本罪之搜索只限於對「他人身體、住宅、建築物、舟、車或航空機」，前述翻看日記、翻動皮夾檢閱證件等行為，並不落入本罪的文義解釋範圍²¹。對於本罪之搜索意涵，本文認為，立法者並未將本罪置於瀆職罪章，一般人民亦可成為本罪之行為主體，本文認為學說見解方屬的論。例如懷疑鄰居偷竊，應依法告訴，由檢察官向法院聲請搜索，如逕自進入鄰居家中翻搜，即是一般人民不依法令搜索，成立違法搜索罪²²。

第二款 不依法令之解釋與定位

不依法令之解釋，有學者認為涉及本罪行為主體之爭議。若依過往實務見解，認為行為主體僅限於以法令規定有搜索權限之人，則「不依法令」搜索，係指行為人雖有法令上之權限，卻不依法定要件與程序加以搜索（例如違反刑事訴訟法第 146 條禁止夜間搜索之規定）。若採學說通說見解，認為違法搜索罪之行為主體不限於有搜索權人（有搜索權之公務員），則「不依法令」搜索，指行為人沒有法令上之權限卻擅行搜索（例如為獲取犯罪證據，而私行闖入他人住宅翻箱倒櫃）²³。本文採行本罪之行為主體不限於有搜索權人之立場，即有搜索權之公務員或一般人民皆得成為本罪之行為主體。故所

¹⁹ 王皇玉，短裙下的大腿是隱私部位嗎？，月旦裁判時報，第 7 期，2011 年 2 月，頁 127。

²⁰ 林山田著前揭書，頁 215。

²¹ 林東茂著前揭書，頁 2-60。

²² 林東茂著前揭書，頁 2-61。

²³ 盧映潔著前揭書，頁 585。

謂不依法令，指「沒有法令依據」或「違反法令依據（未符合相關法令之所有實體要件與程序要件）」詳言之，不依法令之具體內涵應包含下述兩點：

一、行為主體「無」搜索權而為搜索。例如司法警察未獲法院所核發之搜索票，亦未符合無令狀搜索之相關規定，逕自展開搜索行動：「…本件搜索既未經受搜索人即被告之自願性同意，復無其他得依法不用搜索票之情形，依法員警自應向法院聲請搜索票始得為之，員警逕自帶同被告至其前開住所搜索，自屬無搜索票之違法搜索。…」（臺灣高等法院 104 年度上訴字第 12 號刑事判決參照）。本文認為，一般人民逕行進入他人住宅搜索之態樣，亦歸屬於此類情形，惟過去實務向來奉行最高法院 32 年非字第 265 號判例之見解，認為違法搜索罪須以「有搜索權之公務員」始得成立行為主體，致過去未見一般人民得做為違法搜索罪之行為主體的判決。然而，該判例見解已於 2016 年 9 月 13 日，經最高法院 105 年度第 15 次刑事庭會議決議，以該則判例不合時宜為由，不再援用。該決議作成後之審判實務，已改採一般人民亦得成為違法搜索罪之行為主體的見解：「…核被告張○豪所為（未經王○麗同意，趁王○麗之子吳○耀開門之際，不依法令逕自無故侵入王○麗位於上址 5M 室之居所（侵入住居部分，另為不起訴處分），打開衣櫃、抽屜搜索尋找其前妻陳○雲之物品。），係犯刑法第 307 條之違法搜索罪。…」（臺灣新北地方法院 105 年度簡字第 7912 號刑事簡易判決參照—裁判日期：2017 年 3 月 31 日）。是以現今審判實務已揚棄過去判例之不當見解，採取違法搜索罪係「一般犯」之立場，本文認為殊值肯定。

二、行為主體「有」搜索權，但未依法要件或法定程序而搜索。例如司法警察逾越刑事訴訟法第 130 條「附帶搜索」之搜索範圍：「…附帶搜索之範圍，以被告或犯罪嫌疑人之身體、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為限，如逾此立即可觸及之範圍而逕行搜索，即係違法搜索。…上訴人因持有安非他命遭警逮捕之地點，係在苗栗縣『三義鄉』○路一六二號前，如屬無訛，則警方另行前往苗栗縣『銅

鑼鄉』竹森村竹森七十六號上訴人之住處搜索，是否符合上開附帶搜索限於『立即可觸及之處所』？非無疑義…」（最高法院 96 年度台上字第 5184 號判決參照）。

不依法令之定位，文獻上有主張因本罪之保護法益為個人隱私自由兼及人身自由、住居自由等，故不論行為人是有法定權限但不依法定要件與程序搜索，或是欠缺法令權限擅行搜索，皆與法益侵害無關，而認為「不依法令」此一要素為「違法性」要素，而非構成要件要素。換言之，其認為若行為人有法令權限且依法定要件與程序搜索，即可阻卻違法²⁴。有學者將本罪之「不依法令」稱為「『構成要件要素化違法要素』的廣義構成要件」，認為形式上屬構成要件要素，但實質上仍屬違法要素²⁵。本文認為，此種觀察角度，恐有造成一個要素在犯罪階層體系之中定位紛亂的疑慮。另有學說主張，立法者已將「不依法令」前置化成為個別罪名之客觀構成要件之一部分，將其定位為「構成要件」要素，乃「規範性構成要件要素」、「開放性構成要件要素」²⁶。

構成要件要素依其性質可分為描述性構成要件要素與規範性構成要件要素。「規範性構成要件要素」，係授權法律適用者參酌刑法以外之規範或社會倫理之評價，來確定抽象性構成要件之內涵及符合該內涵之外延，俾能經由包攝推論過程判斷具體發生之行為事實或結果是否具有構成要件該當性²⁷。換言之，即須根據法的價值、文化的價值尺度加以判斷²⁸，具有評價必要性之要素²⁹。例如：刑法第 135 條妨害公務員執行職務罪之「依法執行職務」、刑法第 224 條強制猥褻罪之「猥褻」等。

與規範性構成要件要素相對者，係「描述性構成要件要素」，乃根據單純事實之認識即能確定，具有直接認知可能性之要素³⁰，例如：普通殺人罪之「殺」或「人」等。然而，「人」之生命何時開始？何時結束？（即人之始期與終期）仍需參照醫學判斷標

²⁴ 林山田著前揭書，頁 217；相同見解：盧映潔著前揭書，頁 585；黃仲夫著前揭書，頁 454。

²⁵ 鄭逸哲，「欠缺同意」和「無故」不可混為一談—以刑法第三百五十九條構成要件的適用為例，軍法專刊第 56 卷第 5 期，2010 年 10 月，頁 136。

²⁶ 高金桂，東海大學法律學院法律學系 104 學年度刑法分則課程口授，2016 年。

²⁷ 高金桂，刑法上規範性構成要件要素之探討，警政學報第 26 期，1995 年，頁 39。

²⁸ 陳子平，《刑法總論》，臺北，元照，2017 年 9 月，四版，頁 149。

²⁹ 林山田，《刑法通論（上冊）》，臺北，自版，2008 年 1 月，十版，頁 246。

³⁰ 陳子平著前揭書，頁 149；高金桂著前揭文，頁 31。

準，恐非一般人單純之認識能力所及，故縱為描述性構成要件要素，其所傳達者也是一種評價³¹。文獻上有主張構成要件要素是描述性還是規範性，只是程度或成分的差別而已，所有的要素可以說都是規範性的，只是法官價值判斷空間大小不同而已³²。

綜上所述，規範性構成要件要素是具有評價必要性與參照必要性的法律概念，其與描述性構成要件要素之界限有時不甚明確；於適用法律時，前者固有評價與參照之必要性，然而後者亦非全無必要；因而，兩者之間只是程度上之差別，而非本質上即屬相異³³。

本罪之「法令」為刑法以外之法律或命令，且並不限於刑事程序法（例如刑事訴訟法、軍事審判法等），其他行政法令亦多有規範搜索之實體或程序要件：

	實體要件	程序要件
貨物稅條例 第 27 條	逃漏貨物稅涉有犯罪嫌疑之案件	稅徵機關得敘明事由，聲請司法機關簽發搜索票後，會同當地警察或自治人員，進入藏置帳簿、文件或證物之處所，實施搜查；搜查時，非上述機關人員不得參與
海關緝私條例 第 10 條第 1 項	有正當理由認為違反本條例情事業已發生者	搜索時，應邀同該場所占有人或其同居人、僱用人、鄰人並當地警察在場見證。如在船舶、航空器、車輛或其他運輸工具施行搜索時，應邀同其管理人在場見證

行為人是否「不依法令」，法律適用者尚難根據單純事實之認識即能確定，仍須參酌刑法以外之規範，依個案情形作評價與判斷。是「不依法令」並非單純事實判斷，而係牽涉法價值判斷之課題³⁴。

³¹ 黃惠婷，錯誤：第一講—故意與構成要件錯誤，月旦法學教室，第 72 期，2008 年 10 月，頁 77。

³² 高金桂，《利益衡量與刑法之犯罪判斷》，嘉義，自版，2003 年 2 月，頁 92。

³³ 高金桂著前揭書，頁 97。

³⁴ 相同見解：鄭逸哲著前揭文，頁 136。

本文認為，應將違法搜索罪之「不依法令」定位為構成要件之一部分³⁵（構成要件要素），以下嘗試與「客觀歸責理論」結合論述之。

文獻上對於「客觀歸責」之意義做出簡明清晰的論述，認為稱客觀歸責者，乃在檢討一定事實是否符合構成要件客觀要件之謂。並強調客觀歸責不能與因果關係直接劃上等號，蓋因果關係僅是檢討客觀構成要件的一個因果關聯性的要素而已，但客觀歸責除了因果要素之外，尚須檢視其他客觀構成要件要素的該當與否。因果關係僅單純檢驗行為與結果之關聯性，不存在規範評價的色彩，但客觀歸責屬於客觀不法判斷的範圍，具有評價的意義³⁶。

客觀歸責，通說認為必須是「行為人製造了一個不被容許的風險，並且此一風險在該當於不法構成要件的結果中實現」³⁷。並將其分成三道檢驗層次：「一、行為是否製造不被容許的風險」、「二、危險行為是否導致結果發生」、「三、因果歷程是否在構成要件的效力範圍內」³⁸。學說指出客觀歸責之審查步驟，必須在「結果」出現，且具備「條件因果關係」之後，才加以審查，審查客觀歸責之目的，是為了判斷結果是否應由行為人負責，因此也稱為「結果之客觀歸責」，其作用為限縮與節制條件因果關係範圍過廣的弊病³⁹。

然而，有文獻提出客觀歸責理論有狹義、廣義之分，認為狹義的客觀歸責理論，是一種排除對某些相當因果流程的歸責而修正歸責範圍的理論；廣義的客觀歸責理論，是一種客觀不法理論，想要取代目的行為論⁴⁰而成為詮釋行為不法的理論。並認為廣義的

³⁵ 高金桂著前揭書，頁 38。

³⁶ 柯耀程，客觀歸責，月旦法學教室，第 24 期，2004 年 10 月，頁 32。

³⁷ 黃榮堅，基礎刑法學（上），臺北，元照，2012 年 3 月，四版，頁 339。

³⁸ 林東茂著前揭書，頁 1-85。相同見解：林鈺雄著前揭書，頁 164；陳子平著前揭書，頁 167；林書楷，《刑法總則》，臺北，五南，2016 年 9 月，三版，頁 100-110；王皇玉，《刑法總則》，臺北，新學林，2017 年 9 月，三版，頁 191-211；張麗卿，《刑法總則理論與運用》，臺北，五南，2015 年 9 月，五版，頁 153-156。

³⁹ 王皇玉著前揭書，頁 191。相同見解：張麗卿著前揭書，頁 157。

⁴⁰ 目的行為論由威爾采（Welzel）所提出，其認為犯罪必然是人類的行為，人類行為之所以不同於自然事件，實因人類行動必然出於意志的目的性，人類利用意志支配自然界的因果屬性，從而實現損害，構成犯罪。但要如何以具備明確侵害意圖的目的行為論合理說明不作為犯及過失犯，目的行為論顯得

客觀歸責理論當然可以包含狹義的客觀歸責理論，因為結果不法本身就是客觀不法，只能依客觀不法的理論認定之⁴¹。狹義的客觀歸責理論無法證明該理論本身的存在價值，因為傳統的阻卻構成要件事由和阻卻違法事由也可以扮演排除相當因果流程的結果歸責，客觀歸責理論的創新價值，在於證明行為不法可以客觀地予以定義，且可以實質地完整說明客觀不法（包括行為不法和結果不法）。其進一步指出，如果採廣義的客觀歸責概念，則任何犯罪事實都可以藉由客觀歸責的基本定義予以評價⁴²。國內有學者將客觀歸責理論定位為「實質的構成要件理論」⁴³，另有學者將之定位為「客觀的構成要件理論」、「綜合的構成要件理論」、「客觀的包攝推論或綜合的包攝推論」⁴⁴。

學說認為客觀歸責之審查步驟，必須在「結果」出現，且具備「條件因果關係」之後，才加以審查，似將客觀歸責理論侷限於對「結果犯」之犯罪判斷。本文回歸客觀歸責理論之基本定義：「行為人製造法所不容許的風險，而該風險在具體構成要件結果中實現」。於刑法領域之中，「結果」之概念可分為三種：一、殃及行為客體的有形之事實作用；二、惹起具有社會意義之外界變動；三、法益之侵害或侵害之危險（即結果反價值）⁴⁵。簡言之，構成要件結果，包含實害結果和危險結果⁴⁶。

違法搜索罪之保護法益，為個人之隱私自由兼及人身自由、住居自由，行為人若不依法令搜索他人身體、住宅、建築物、舟、車或航空機，令個人隱私、自由陷於危險狀態，無待實害結果發生，即已完全實現該不法構成要件。其構成要件所描述的犯罪事實，無法區隔行為與結果的時空關連（例如開槍殺人除了扣板機的行為外，必然有子彈射出、

難以應對。許恆達，再訪行為理論，成大法學，第 26 期，2013 年 12 月，頁 17、19。

⁴¹ 許玉秀，客觀歸責概念的射程範圍—八十六年度訴字第一〇五〇號、八十七年度上訴字第四七七六號、八十六年度交訴字第五七號、八十七年度交上訴字第一三七號、八十八年度交訴更字第一號等判決評釋，台灣本土法學雜誌，第 12 期，2000 年 7 月，頁 103。

⁴² 許玉秀著前揭文，頁 103。

⁴³ 許玉秀，檢驗客觀歸責的理論基礎—客觀歸責理論是什麼？（下），刑事法雜誌，第 38 卷第 2 期，1994 年 4 月，頁 77；林鈺雄，《刑法與刑訴之交錯適用》，臺北，臺大人社高研院，2008 年 8 月，頁 39。

⁴⁴ 高金桂，刑法實例解析：犯罪論體系之運用，輔仁法學，第 28 期，2004 年 12 月，頁 235。

⁴⁵ 陳子平著前揭書，頁 136。

⁴⁶ 許玉秀，客觀歸責概念的射程範圍—八十六年度訴字第一〇五〇號、八十七年度上訴字第四七七六號、八十六年度交訴字第五七號、八十七年度交上訴字第一三七號、八十八年度交訴更字第一號等判決評釋，台灣本土法學雜誌，第 12 期，2000 年 7 月，頁 108。許教授並指出，須避免誤用以「結果」表達「實害」的情形。

射入被害人身體，直到失血過多死亡結果的發生)⁴⁷。因而違法搜索罪之犯罪類型應歸屬於「舉動犯(單純行為犯)、危險犯」。須注意者，並非表示舉動犯不須具備法益侵害或侵害危險之結果(結果反價值之結果)，僅表示結果犯(實害犯)之行為終了與結果反價值之結果間，存有時間的間隔，而舉動犯則無此間隔⁴⁸。

本文對於客觀歸責理論，採行前揭文獻所述之「廣義客觀歸責理論」、「實質的構成要件理論」、「客觀的構成要件理論」之立場。本文認為，行為須製造法(法律及習慣法)所不容許的風險，方有客觀歸責的可能性。反之，若行為並未製造法所不容許的風險(容許風險、降低風險)，則可排除客觀歸責，阻卻構成要件⁴⁹。現今法律學界討論之客觀歸責理論，基本上係以德國 Claus Roxin 教授之見解為依歸⁵⁰，其亦曾明確表示「客觀歸責理論在危險犯一樣可以適用。在此所製造的風險已經實現，但所實現的不是實害結果，而是具體的或抽象的危險結果⁵¹」。是本文認為無論是實害犯或危險犯，應皆可導入客觀歸責理論之檢驗標準，以收犯罪判斷經濟原則之利。

將違法搜索罪之「不依法令」定位為構成要件要素，引入客觀歸責理論進行犯罪判斷，若行為人係「依法令(符合相關法令之所有實體要件與程序要件)」搜索，則此時之搜索，因為並未製造法所不容許的風險(容許風險)，而排除客觀歸責，阻卻構成要件。換言之，依法令之搜索，雖然涉及對於他人隱私、自由之侵擾，但是為了維護更為重大之利益(例如對於殺人案件凶器之搜索、對於危害人體健康毒性添加物之食品工廠搜索)，基於利益優先性原則，立法者容許具有危害法益傾向的行為，於構成要件之設定時，將其納入考量，令特定的法益侵害行為排除在構成要件之外⁵²。

⁴⁷ 張麗卿著前揭書，頁 126。

⁴⁸ 陳子平著前揭書，頁 136-137。

⁴⁹ 高金桂，刑法實例解析：犯罪論體系之運用，輔仁法學，第 28 期，2004 年 12 月，頁 235。

⁵⁰ 林鈺雄著前揭書，頁 163。

⁵¹ Roxin，許玉秀譯，客觀歸責理論一問題研討，許玉秀，鄭銘仁譯，政大法學評論，第 50 期，1994 年 5 月，頁 28。

⁵² 高金桂著前揭書，頁 102。

將違法搜索罪之「不依法令」定位為構成要件要素，使刑法第 21 條第 1 項「阻卻違法事由」「依法令之行為」的判斷，提前於「構成要件該當性」判斷之階段完成⁵³，可使犯罪判斷更為簡明經濟。換言之，即立法者將法定阻卻違法事由或超法規阻卻違法事由前置化，將其導入構成要件之中，成為客觀構成要件要素之一部分，成為立法之特例，並涉及利益衡量之課題⁵⁴。

從上述之說明可知，現行違法搜索罪條文所使用的「不依法令」一詞，在意義解釋與學理定位上產生諸多混淆與爭議，本文認為未來違法搜索罪修法方向得將「不依法令」修正為「無故」，保留個案進行利益衡量之空間，以利實務之運作。

第二節 主觀不法構成要件

凡用以描述行為人主觀心態的不法構成要件，即為主觀不法構成要件，係成立犯罪的內在心理要件⁵⁵。違法搜索罪對於主觀不法構成要件並未為特定故意犯加以規範⁵⁶，故本罪之不法構成要件中之「故意」包括「直接故意」（刑法第 13 條第 1 項：行為人對於構成犯罪之事實，明知並有意使其發生者，為故意）與「間接故意」（刑法第 13 條第 2 項：行為人對於構成犯罪之事實，預見其發生而其發生並不違背其本意者，以故意論）。

故意的成立必須對於構成要件的客觀事實具有認識與將其實現的意欲，亦即包含「知」與「欲」二個要素。前者係故意的「認識」要素，後者則係故意的「決意」要素

⁵³ 鄭逸哲，「構成要件」、「阻卻構成要件該當事由」和「構成要件要素化違法要素」暨三者間在法律適用上的層次判斷關係，軍法專刊，第 54 卷第 3 期，2008 年 6 月，頁 70。鄭教授認為，違法搜索罪仍須就除了「依法令之行為」「以外」的「阻卻違法事由」之有無進行判斷，是違法搜索罪違法性之判斷，分割成二階段進行：即於「構成要件該當性」判斷和「違法性」判斷。鄭教授認為不依法令，為構成要件要素化違法要素，本質上仍係違法性要素。本文認為，立法者已將不法要素規定於個別構成要件內，得將之定位為構成要件要素。

⁵⁴ 高金桂著前揭書，頁 102。

⁵⁵ 林山田，《刑法通論（上冊）》，臺北，自版，2008 年 1 月，十版，頁 278。

⁵⁶ 刑法對特定故意犯的主觀不法構成要件，係在條文中以「明知」的用語凸顯須限於直接故意之要求。例如刑法第 213 條公務員登載不實罪：「公務員『明知』為不實之事項…」。

⁵⁷。詳言之，故意係行為人在「認知」所有客觀犯罪事實情狀（客觀構成要件要素）之下，實現客觀犯罪構成事實之「意欲」⁵⁸。直接故意乃行為人對於構成要件該當結果的發生有所認識或預見，並進而決意以其行為促使其所認識或預見的結果發生。白話言之，直接故意為「我知，而且我願」；而間接故意指行為人主觀上對於構成要件的實現有所預見，而聽任其自然發展，終致發生構成要件該當結果，或實現不法構成要件的主觀心態。白話言之，間接故意為「我知，而且無所謂」⁵⁹。

學說上有將直接故意作更細緻化之討論，認為直接故意包含兩種類型⁶⁰：

- 一、「有意使構成犯罪之事實發生」之企圖性故意（行為當時以犯罪事實發生為目的⁶¹）
- 二、「明知構成犯罪之事時會發生」之認識故意，係介在企圖性故意與間接故意之間，另一種層次的直接故意⁶²。

間接故意也稱為「未必故意」或「不確定故意」⁶³。如何認定與說明間接故意？間接故意與有認識過失如何區別？目前學說通說採行「容任理論」：行為人認識到構成犯罪之事實有可能發生，且內心具有即使發生了，就「聽任其發生」、「認可其發生」、「發生亦能容忍」或「不反對事實發生」的心態而為，屬於間接故意。反之，若行為人內心並不接受這個事實發生，或希望構成犯罪事實不會發生，或確信不發生，但事實竟然發生了，則屬於有認識過失⁶⁴。實務見解亦同：「…刑法第十三條第二項之不確定故意（學理上亦稱間接故意、未必故意），與第十四條第二項之有認識過失，法文之中，皆有「預見」二字，乃指基於經驗法則、論理法則，可以預料得見如何之行為，將會有

⁵⁷ 余振華，《刑法總論》，臺北，三民，2013年10月二版，頁212。

⁵⁸ 林鈺雄著前揭書，頁206。

⁵⁹ 林東茂著前揭書，頁1-97；林山田，《刑法通論（上冊）》，臺北，自版，2008年1月，十版，頁290-291。

⁶⁰ 蔡蕙芳，故意犯罪（一）—直接故意與間接故意，台灣法學雜誌，第72期，2005年7月，頁168。

⁶¹ 企圖性故意與「意圖」之差別在於，意圖乃將來目的之追求，係成立某些特定犯罪類型之要件，但企圖性故意則是適用於所有故意犯罪類型。蔡蕙芳著前揭文，頁169。

⁶² 認識故意指行為人於行為時已預期自己行為幾乎確定或非常確定會導致犯罪事實發生，而無庸再探討是否有意使其發生。蔡蕙芳著前揭文，頁170。

⁶³ 林東茂著前揭書，頁1-97。

⁶⁴ 王皇玉著前揭書，頁223。相同見解：林鈺雄著前揭書，頁193；陳子平著前揭書，頁185；林書楷著前揭書，頁110。

一定結果發生之可能。而其區別，端在前者之行為人，對於構成犯罪之事實（包含行為與結果，即被害之人、物和發生之事），預見其發生，而此發生不違背本意，存有「認識」及容任發生之「意欲」要素；後者，係行為人對於構成犯罪之事實，雖然預見可能發生，卻具有確定其不會發生之信念，亦即祇有「認識」，但欠缺希望或容任發生之「意欲」要素；易言之，二者（不確定故意及有認識過失）行為人均有認識，並預見行為所可能引發之結果，祇是一為容任其發生，一為確信不致發生。…」（最高法院具參考價值裁判—最高法院 103 年度台上字第 1322 號刑事判決參照）。除了容任理論之外，與容任理論採取類似之觀點者為「漠然理論」：行為人對於可能發生的構成犯罪事實，內心存在著發生不發生都無所謂或不在乎的態度，即屬具有未必故意⁶⁵。

容任構成犯罪事實之發生成立間接故意，吾人應依何種標準來判定行為人有所「容任」，成為關鍵課題。文獻提出如下的補充：

一、蓋然性（或然率）理論：藉由對結果發生蓋然性之預見，證明行為人具有故意。例如載運偷渡客的船長，見警察上船臨檢，將船上之偷渡客推下海裡，造成偷渡客溺斃。推人落海之行為客觀上造成他人發生死亡結果之蓋然性（或然率）極高，應認為具有故意⁶⁶。二、防果意思表現理論：以行為人是否的確從事避免發生附隨結果的具體表現為準，若是，則非間接故意。三、可能法益侵害決定理論：行為人認知犯罪可能實現、也可能不實現，但仍做出可能侵害法益之決定，即為容任或接受結果發生之間接故意⁶⁷。

有學者認為故意之「認知」要素均屬確定，而無「認識不確定的故意」，而不使用「不確定故意」的用語，亦不認為「未必故意」係屬一種「不確定故意」⁶⁸。惟，實務上最高法院判決仍多有使用「不確定故意」一詞⁶⁹。

⁶⁵ 王皇玉著前揭書，頁 224。

⁶⁶ 王皇玉著前揭書，頁 223。另有文獻指出此一理論之缺失在於，僅以行為人對於結果之蓋然性認識作為判斷標準，過度忽視故意之意思要素。見陳子平著前揭書，頁 191。

⁶⁷ 林鈺雄著前揭書，頁 197。

⁶⁸ 林山田，《刑法通論（上冊）》，臺北，自版，2008 年 1 月，十版，頁 291。

⁶⁹ 參閱最高法院 106 年度台上字第 29 號判決、最高法院 106 年度台上字第 220 號判決、最高法院 105 年

另有文獻指出，將「未必故意」稱為「間接故意」，藉以對照「直接故意」之用法，就概念精準性而言，並不正確。其認為刑法中所有故意的要求，都是直接的，此種用法恐生故意之要求可以是間接的誤解。間接故意並非作為故意概念分類的詮釋，而是對於加重結果犯主觀意思之詮釋⁷⁰。

實務對於「直接故意」與「間接故意」兩者概念之看法，可見於其對共同正犯主觀要件之說明。實務見解表示，不論直接故意之「明知」或間接故意之「預見」，僅認識程度之差別，間接故意應具備構成犯罪事實之認識，與直接故意並無不同。除犯罪構成事實以「明知」為要件，行為人須具有直接故意外，認為行為人分別基於直接故意與間接故意實行犯罪行為，自可成立共同正犯⁷¹。

故意係由該當於客觀構成要件要素事實之認識，以及實現該內容之意思而成立⁷²。前者為故意的認識要素，後者為故意的決意要素。本文認為，違法搜索罪行為人之犯罪故意，認識的範圍應包含：行為主體、不依法令（承前一節之說明，本文將之列為構成要件要素）、實行行為（搜索）、行為客體（他人身體、住宅、建築物、舟、車或航空機）。決意要素之部分，本文採取容任理論，行為人若對於侵擾他人之隱私、自由，抱持著無所謂、真的發生了也不會感到後悔的心態，即符合本罪故意之決意要素。

度台上字第 2362 號判決、最高法院 105 年度台上字第 1609 號判決。

⁷⁰ 柯耀程，《刑法總則》，臺北，三民，2014 年，頁 138。

⁷¹ 參閱最高法院 101 年度第 11 次刑事庭決議。

⁷² 陳子平著前揭書，頁 187。

第三節 錯誤

第一項 錯誤概說

刑法上所稱之「錯誤」，用來泛指行為人主觀認識內容與客觀存在或發生事實間產生不一致的現象，即行為人之認識與客觀事實之不一致⁷³。早期學說將其分為「事實錯誤」與「法律錯誤」，但事實與法律兩者難以有明確之界限，因此現今多數看法是將錯誤分為「構成要件錯誤」與「禁止錯誤」兩大類⁷⁴。

構成要件錯誤，指行為人於行為時因主觀上並未認識不法構成要件所明定的客觀構成犯罪事實，致其在主觀上認識的內容與客觀的犯罪事實不相符合而言。構成要件錯誤可分為「行為主體錯誤⁷⁵」、「行為錯誤」、「行為客體錯誤」、「因果歷程錯誤」、「打擊錯誤」等⁷⁶。我國刑法就構成要件錯誤，並無明文規定其法律效果，惟學說與實務見解咸認為，行為人對於客觀構成要件要素不認識或錯誤認識，可能排除故意⁷⁷。

禁止錯誤，則指行為人對於行為違法性的錯誤，致其心理上欠缺不法行事的認知（即不法意識），其主觀上認為合法的行為，在客觀上卻是法律規定加以處罰的行為⁷⁸。禁止錯誤可區分為「直接禁止錯誤」與「間接禁止錯誤」二種情形。刑法上將禁止錯誤以

⁷³ 林東茂著前揭書，頁 1-274；林鈺雄著前揭書，頁 208；陳子平著前揭書，頁 199；林山田，《刑法通論（上冊）》，臺北，自版，2008 年 1 月，十版，頁 413；張麗卿著前揭書，頁 277；林書楷著前揭書，頁 113；余振華著前揭書，頁 212；柯耀程著前揭書，頁 207。

⁷⁴ 林鈺雄著前揭書，頁 208；余振華著前揭書，頁 212。

⁷⁵ 不同見解：行為主體錯誤的問題，「不應」也「不會」發生在構成要件錯誤的類之中。一、行為人是所有行為意思與行為事實的本體，行為人既是主觀意思的發動機制，實不應當作是主觀意思的內涵；二、行為人的資格，應在於有沒有，不在於認知的問題上，行為主體資格不具備，則犯罪的成立關係根本有欠缺，自始即無法成立特別犯的類型，此種主體資格的關係，應無認知錯誤的問題存在。見柯耀程，前揭書，頁 210。本文認為殊值傾聽，惟若行為人已具備特殊身分，卻沒有意識與認知時，似仍有發生行為主體錯誤之可能。例如婦女已懷孕，但主觀上未認知自身已懷孕之情事，仍然參加極限馬拉松之活動，而造成流產，似仍有產生刑法第 288 條第 1 項，自行墮胎罪行為主體錯誤之可能。

⁷⁶ 林山田，《刑法通論（上冊）》，臺北，自版，2008 年 1 月，十版，頁 414-415；王皇玉著前揭書，頁 226-236。

⁷⁷ 黃惠婷著前揭文，頁 86。黃教授指出，並非所有構成要件錯誤皆能否定故意的存在，應視錯誤認知所涉及的是何項構成要件要素而定，彼此之間在法律上的評價有顯著差異。

⁷⁸ 林山田，《刑法通論（上冊）》，臺北，自版，2008 年 1 月，十版，頁 429。

是否具有「避免可能性」，來區分其法律效果。無論是直接禁止錯誤或間接禁止錯誤，若錯誤是可以避免的，則這樣的行為仍應予以處罰⁷⁹。

第二項 違法搜索罪之錯誤

構成要件故意的對應要求，係指行為人對所有的客觀構成要件要素有所「認知」，並且在此認知底下去實現犯罪的「決行」（實施該犯罪行為之意欲）⁸⁰。若行為人行為時因主觀上並未認識不法構成要件所明定的客觀構成要件要素，致其在主觀上認識的內容與客觀的犯罪事實不相符合，將產生構成要件錯誤之問題。

違法搜索罪之構成要件規定為「不依法令搜索他人身體、住宅、建築物、舟、車或航空機者」。本罪之行為客體規範明確（即他人身體、住宅、建築物、舟、車或航空機），應較不會有發生客體錯誤之議題。值得留心者是，違法搜索罪之「不依法令搜索」，並非單純事實判斷，而係牽涉法價值判斷之課題。

含有規範性構成要件要素之構成要件故意，乃對於規範性事實情狀之精神上理解，此時，對於規範性事實情狀之精神上的正確理解，也成為構成要件故意的一部分⁸¹。但另有學說認為，對於規範性要素認識錯誤，可能屬於禁止錯誤之問題⁸²。本文認為，構成要件故意須對「『所有』客觀構成要件要素」均有所認知，是規範性構成要件要素自包含於構成要件故意所要求的認知範圍內，可能產生構成要件錯誤之問題。

然而，行為人刑法的規制對象係社會大眾，而非僅止於規制具有法律素養的專業人士，是行為人對於規範要素之意義認識，應以社會一般人、非專業人的認知作為判斷標準⁸³。換言之，行為人在自己的理解範圍內能認識立法者明定的概念所體現的價值，知

⁷⁹ 王皇玉著前揭書，頁 343。

⁸⁰ 林鈺雄著前揭書，頁 206。

⁸¹ 王效文，規範性構成要件錯誤與禁止錯誤—最高法院相關判決評釋，台灣本土法學雜誌，第 103 期，2008 年 2 月，頁 168。

⁸² 林鈺雄著前揭書，頁 142。不同見解：認為此種看法顯然忽視規範性構成要件要素作為構成要件要素之意義。見王效文著前揭文，頁 168。

⁸³ 余振華著前揭書，頁 170。

道侵害法律所保護的利益為何，即具有故意⁸⁴，學說上稱此種認識為「通常人之一般評價⁸⁵」。

違法搜索罪之「不依法令搜索」，乃指「違反法令依據（未符合相關法令之所有實體要件與程序要件）搜索」或「沒有法令依據逕自搜索」之意。本文採行違法搜索罪為「一般犯」之立場，即公務員或一般民眾皆可能成為本罪之行為主體。以下分就行為主體為公務員或一般民眾之不同情形，說明可能產生的刑法錯誤情形。

當行為主體為公務員時，若公務員主觀上認為自身之搜索行為，乃係「依法令」之合法行為，但客觀上其搜索行為並未符合相關法令之所有實體要件與程序要件，因違法搜索罪之「不依法令」屬於客觀構成要件要素之一部份，行為人對之的錯誤，成立構成要件錯誤而阻卻故意⁸⁶。

當行為主體為一般民眾時，可能發生學校老師誤認自己擁有懲戒權，得逕行搜索學生書包的刑法錯誤情形。另外也可能產生例如先生外遇，妻子偕親友擅自進入先生外遇對象之住宅內搜索之情形，此類情況行為人依「通常人之一般評價」，多係認知自身沒有法令依據得以進入他人住宅內搜索，但因憤恨不甘的情緒戰勝理性之故，而落入本罪之處罰範圍。

須說明者，本文並不認同行為人得以輕率依循上述法理邏輯，泛泛云稱主觀認知自身之搜索行為係依法令之搜索，而主張阻卻本罪之故意。本文所欲表達者，係嘗試去界定國家何時得對行為人依本罪發動刑罰權？

本文認為，應在於行為人明知搜索行為「違反法令依據」或「沒有法令依據」，亦即直接故意之情形；或行為人對於搜索行為是否係「違反法令依據」或「沒有法令依據」

⁸⁴ 黃惠婷著前揭文，頁 77。

⁸⁵ 高金桂，刑法上規範性構成要件要素之探討，警政學報第 26 期，1995 年，頁 40。另有學者稱之為「一般人的對照評價」，見王效文著前揭文，頁 168。

⁸⁶ 高金桂著前揭書，頁 102。

並未有完全肯定之心證，但對於侵擾他人之隱私、自由，卻抱持著無所謂，容任其發生，發生也不會感到後悔的心態，亦即間接故意之情形。

在公務員為本罪行為主體時，直接故意或間接故意之情形應皆可能發生；一般民眾為本罪行為主體時，直接故意應為合理的多數情形。

第四節 結語

違法搜索罪對於主觀不法構成要件並未為特定故意犯加以規範，故本罪之不法構成要件中之「故意」包括「直接故意」與「間接故意」。相對於較為單純之主觀不法構成要件，違法搜索罪之客觀不法構成要件，實務及學說則有較為豐富的討論。

違法搜索罪之行為主體範圍的論爭，過去實務判例見解（最高法院 32 年非字第 265 號判例）認為限於有搜索權之公務員，而學說認為一般人民亦得成為本罪之行為主體，雙方立場壁壘分明許久。最高法院於 2016 年 9 月 13 日做出 105 年度第 15 次刑事庭會議決議，不再援用該則判例，此舉已改變實務對於違法搜索罪之犯罪判斷。現今審判實務已與學說立場相同，即採取違法搜索罪係一般犯之見解，如臺灣高等法院 104 年度矚上重更(一)字第 2 號判決（裁判日期：2016 年 11 月 24 日）、臺灣新北地方法院 105 年度簡字第 7912 號刑事簡易判決（裁判日期：2017 年 3 月 31 日）。本文肯定最高法院以刑事庭會議決議之方式，作出正確判斷揚棄判例之不當見解，其後之審判實務亦與學說立場一致，是實務與學說對於本罪行為主體範圍的長久論爭，終於畫下句點。

違法搜索罪「搜索」之意涵，本文認同學說之主張，違法搜索罪並不以刑事訴訟法所規定之搜索為限，凡是對於他人身體或居住處所（或舟、車、航空機）進行搜查，而足以侵犯他人隱私或破壞他人居家安寧的行為，均足以該當本罪之搜索。

現行違法搜索罪所列舉之行為客體（他人身體、建築物、舟、車或航空機），有學者認為，其保護範圍已不符於現今科技社會下之要求，建議應將搜索之客體另行增加「隨

身攜帶物件與置放物件之處所」⁸⁷。另有學者認為，搜索之客體應增列「載體內之電磁紀錄」（例如電腦硬碟內所儲存之檔案）。蓋硬碟、光碟片或是隨身碟得以儲存著大量資訊，已是人們生活中相當仰賴的方便工具。但其也可能存放各樣與犯罪有關的資訊，例如詐騙集團之帳目資料。偵查機關搜索扣押電腦硬碟（載體），其真正想要獲得的是載體內的檔案，而非載體本身。除了極少數的個案外，扣押的載體內會包含著大量與本案無關的檔案，在進行電腦鑑識的過程中為偵查人員所接觸，進而影響到相對人的隱私權益。文獻指出，現行刑事訴訟法雖然已將「電磁紀錄」的文字增列於刑事訴訟法第122條、第128條第2項等規定之中，但是修法理由並未說明修正原因。對於「搜索」或是「扣押」對象究竟是「電磁紀錄」本身，或是電磁紀錄之「載體」，仍在模稜兩可之間⁸⁸。

違法搜索罪「不依法令」之解釋，包含兩種態樣：一、行為主體「無」搜索權而為搜索；二、行為主體「有」搜索權，但未依法定要件或法定程序而搜索。行為人是否「不依法令」，法律適用者尚難根據單純事實之認識即能確定，仍須參酌刑法以外之規範，依個案情形作評價與判斷，而帶有價值判斷的色彩，因而本文將之定位為規範性構成要件要素，即認定為客觀構成要件要素之一部分，如此亦可獲得下述二點對於犯罪判斷經濟簡明之利。

其一，導入客觀歸責理論作犯罪判斷。本文認為客觀歸責理論係「實質的構成要件理論」、「客觀的構成要件理論」，縱然違法搜索罪為舉動犯、危險犯，仍得倚重客觀歸責理論行犯罪判斷。若行為人係「依法令（符合相關法令之所有實體要件與程序要件）」搜索，則此時之搜索，雖然現實上對於隱私、自由產生侵擾，但是為了維護更為重要的法益（生命法益、身體法益或重大之社會利益），並未製造法所不容許的風險（容許風險），而排除客觀歸責，阻卻構成要件。

⁸⁷ 王皇玉著前揭文，頁136。

⁸⁸ 李榮耕，電磁紀錄的搜索及扣押，臺大法學論叢，第41卷第3期，2012年9月，頁1057-1058、1064。

其二，將違法搜索罪之「不依法令」定位為構成要件要素，使刑法第 21 條第 1 項「阻卻違法事由」「依法令之行為」的判斷，提前於「構成要件該當性」判斷之階段完成。

關於違法搜索罪之錯誤問題，本文並未採行學說所謂「不依法令」為違法性要素，行為人不須認識之見解。本文認為，「不依法令」為客觀構成要件要素之一部份，行為人之構成要件故意的射程範圍當然包含之。是以，如行為人對之發生錯誤，成立構成要件錯誤而阻卻故意。

本文認為，未來修法方向得將現行違法搜索罪「不依法令」一詞修正為「無故」，保留個案進行利益衡量之空間，避免現行「不依法令」於意義解釋與學理定位上產生諸多混淆與爭議之弊病，以利實務之運作。



第四章 違法搜索罪與他罪之關聯性

現行違法搜索罪列於刑法第二十六章「妨害自由罪」，本章將探討其與列於相同罪章之「剝奪他人行動自由罪」、「強制罪」及「侵入住居罪」之關聯性，並探究最高法院 26 年滬上字第 57 號判例對於「違法搜索罪與強制猥褻罪論罪關係」之見解是否允當。現今社會新聞時有耳聞行為人外遇捉姦時，不依法令搜索他人住宅，進入房內對於通姦人與相姦人之照相、錄影之情形，形成「違法搜索罪」與「妨害秘密罪」之交集，亦為本章之討論標的。最高法院 82 年度第 2 次刑事庭會議決議表示，得以「物色行為」判斷竊盜行為進入著手階段¹，吾人應如何區辨「物色行為」與「搜索行為」，「竊盜未遂」與「違法搜索既遂」之區別標準為何，皆為本章所關注之議題。

第一節 與剝奪他人行動自由罪之關係

違法搜索罪之保護法益除了人身自由（此指較輕微的「對身體以及物理領域的支配自由」）與居住安寧自由外，並擴及對於隱私權之保護；剝奪他人行動自由罪的保護法益乃是「個人的行動自由²」，文獻上稱為「改變地點位置的意思自由³」。此處存在「現實自由說」與「潛在自由說」之討論。現實自由說，被害人必須有想要移動或改變位置的意思而受到阻礙⁴，即違反現實上被害人欲離去之意思⁵；潛在自由說，只要被害人有選擇在某特定場所停留或離開的潛在可能性，被害人不需要知道自己喪失自由⁶。兩者明顯之論罪差異點在於：泥醉或熟睡之人是否可成為行為客體？（被害人是否須意識到行動自由被剝奪？）。如採現實自由說，由於並未發生妨害泥醉或熟睡之人行動之結果，而無法既遂，至多成立未遂犯；如採潛在自由說，因泥醉或熟睡之人仍有潛在改變行動

¹ 以物色、搜尋財物作為竊盜著手之標準，另可參閱甘添貴，《刑法各論（上）》，臺北，三民，2014 年 8 月，四版，頁 224；最高法院 106 年度台上字第 2011 號判決、101 年度台上字第 3380 號判決。

² 林山田，《刑法各罪論（上）》，臺北，自版，2005 年，五版，頁 189；盧映潔，《刑法分則新論》，臺北，新學林，2016 年 8 月，十版，頁 585。

³ 王皇玉，拘禁、違法搜索與竊拍？，台灣法學雜誌，第 131 期，2009 年 7 月，頁 133。

⁴ 王皇玉著前揭文，頁 133。

⁵ 曾淑瑜，《刑法分則實例研習—個人法益之保護》臺北，三民，2017 年 2 月，四版，頁 97。

⁶ 王皇玉著前揭文，頁 133。

位置之意思之自由，而構成剝奪行動自由罪既遂⁷。但仍應排除完全沒有行動可能性之人，例如植物人。對於此等人所為的拘禁行為是否構成剝奪行動自由罪，則應從照顧者或保證人地位的保護義務是否因此受到妨礙加以探究⁸。

若重視「移動的意思決定自由」，被害人未意識到自己自由被剝奪時，不成立剝奪他人行動自由罪；若強調「身體活動（場所移動）之自由」，客觀上被害人行動自由已被剝奪時，即可成立剝奪他人行動自由罪⁹。

違法搜索罪之犯罪類型為狀態犯，行為人一旦不依法令搜索他人身體、住宅、建築物、舟、車或航空機，犯罪行為即屬既遂亦告完成；剝奪他人行動自由罪則為典型之繼續犯，行為人一旦以非法方法私行拘禁被害人，已經招致違法狀態，犯罪即屬既遂，但直到行為人釋放被害人前，都還不算終了（完成）¹⁰。

「成立共同正犯的時點」，為狀態犯和繼續犯兩者概念於刑事實體法的區別實益之一。狀態犯須在犯罪既遂前加入，才可能成立共同正犯；繼續犯則於行為終了前加入，即可成立共同正犯¹¹。就繼續犯而言，後加入者得於前行為人犯罪既遂後，行為終了前加入成為承繼的共同正犯。有學者主張，就狀態犯而言，則須注意該犯罪是否為接續犯，若屬於接續犯，則在同一犯罪的接續行為完成前，縱使犯罪已經既遂，解釋上應仍有成立共同正犯的可能性¹²。換言之，於成立共同正犯的時點之討論，若該「狀態犯」之犯罪同時符合「接續犯」之定義，則此時「狀態犯」與「繼續犯」，似僅為相對之概念，兩者之間似非壁壘分明。具體之設例如：甲與乙共同揮數拳打落 A 之牙齒，朋友丙見

⁷ 不同見解：一個人潛在的身體活動完全停歇而受拘禁，即無任何法益被破壞，不成立剝奪他人行動自由罪。見林東茂，《刑法綜覽》，臺北，一品，2015年8月，八版，頁2-53。

⁸ 王皇玉著前揭文，頁134。

⁹ 陳子平，《刑法各論（上）》，臺北，元照，2017年9月，三版，頁154。

¹⁰ 林鈺雄，《新刑法總則》，臺北，元照，2016年9月，五版，頁104。

¹¹ 林鈺雄著前揭書，頁106。

¹² 林書楷，《刑法總則》，臺北，五南，2016年9月，三版，頁348。

狀與甲、乙取得意思聯絡而加入毆打 A 的行列，三人遂接著一起共同毆打 A，中途加入之丙仍可構成傷害既遂罪之共同正犯¹³。

上述之設例若以更為精確之時間序列，或可凸顯該論點容有討論餘地。設甲與乙於「上午九時整」對 A 共同揮數拳打落 A 之牙齒，朋友丙於「上午九時一分」見狀，與甲、乙取得意思聯絡而加入毆打 A 的行列，三人遂接著一起共同毆打 A。「既遂」係指所有成文與不成文構成要件要素均在客觀上被實現，就傷害罪狀態犯之既遂而言，應指法益侵害狀態完成當下即已既遂。亦即甲與乙「上午九時整」共同揮拳打落 A 之牙齒時，傷害罪即已既遂。

「上午九時一分」中途加入之丙，對於「上午九時整」A 的身體健康法益侵害，並不具犯罪支配地位。又「上午九時一分」丙之傷害故意並無法溯及至「上午九時整」甲與乙之傷害故意，否則無異於贊同刑法上所不承認之「事後故意」。且「上午九時一分」後加入之丙，並無法逆轉時間參與分擔「上午九時整」之傷害行為。就共同正犯的成立要件分析而言，後加入者之丙對於「上午九時整」甲與乙對 A 之身體健康法益侵害，不具正犯地位、無共同行為決意、無共同行為分擔，無由成立傷害既遂罪之共同正犯。

簡言之，A 所受的傷害，有一部分是在丙加入甲與乙的行動之前就已經存在（A 之牙齒被打落），此部分沒有理由讓丙負責，但就丙參與之後所造成的傷害，丙當然必須負責¹⁴。就社會事實之本然面觀點思考，設甲乙將 A 之牙齒打落，後甲乙丙將 A 之腿打斷。丙所應負責的範圍應僅及於「A 之腿斷」，而不及於「A 之齒落」。

¹³ 林書楷著前揭書，頁 348；最高法院 102 年第 14 次刑事庭會議決議：「事中共同正犯，即學說所謂之「相續的共同正犯」或「承繼的共同正犯」，乃指前行為人已著手於犯罪之實行後，後行為人中途與前行為人取得意思聯絡而參與實行行為而言。…」；參閱臺灣高等法院臺南分院 102 年度上易字第 119 號刑事判決：「…本件被告二人於毆打告訴人前事先雖未有犯意聯絡，但被告林銘裕於被告陳應財毆打告訴人時，加入實行毆打行為，顯與被告陳應財形成犯意之聯絡，就彼此之行為互為補充而共同完成犯罪。核被告陳應財、林銘裕所為，均係犯刑法第 277 條第 1 項之傷害罪。被告陳應財與林銘裕，就本案犯行有犯意聯絡及行為分擔，均應論以共同正犯。…」。

¹⁴ 黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，臺北，元照，2012 年 3 月，四版。

質言之，本文並不否定「接續犯」概念之存在（將自然意義上屬於數個物理動作之接續施行，評價為一行為），但就狀態犯同時構成接續犯之犯罪態樣，得否於犯罪既遂「後」仍得成立共同正犯之立場，持保留態度。

剝奪他人行動自由罪之構成要件為私行拘禁或以其他非法方法，剝奪他人之行動自由。「私行拘禁」，係指無法律上之根據或不依法定程序，非法擅行拘禁者而言。所謂「有」法律依據者，例如：對債務人拘束其自由（民法第 151 條）、現行犯之逮捕（刑事訴訟法第 88 條）¹⁵。須注意現行犯之逮捕，依刑事訴訟法第 92 條第 1 項之規定，應即送交檢察官、司法警察官或司法警察，否則仍難脫免剝奪他人行動自由之罪責¹⁶。

「其他非法方法」，則指私行拘禁以外之帶有強暴、脅迫性質的一切剝奪自由之不法行為而言¹⁷。例如以麻醉或安眠鎮定劑使被害人喪失意識¹⁸，實務上另常見以恐嚇手段使被害人不敢不從行為人之要求而令行動自由受到限制。例如「如不上車，即讓你肚子開花」，此時雖然剝奪他人行動自由過程中有對被害人施加恐嚇行為，但同屬妨害自由之同一意思之內，該恐嚇危害安全之行為，仍視為剝奪行動自由之部分行為¹⁹。實務認為，所謂其他非法方法剝奪人之行動自由，係對於同條項私行拘禁之補充規定，若得

¹⁵ 蔡墩銘，《刑法各論》，臺北，三民，2009 年 7 月，六版，頁 110。

¹⁶ 參閱最高法院 30 年上字第 2393 號判例：「現行犯不問何人，得逕行逮捕之，固為刑事訴訟法第八十八條第一項所規定。但逮捕現行犯，應即送交檢察官、司法警察官或司法警察，同法第九十二條第一項亦著有明文。若逮捕之後，不送官究辦，仍難免卻妨害自由之罪責。…」。

¹⁷ 參閱最高法院 74 年台上字第 3404 號判例：「刑法第三百零二條之妨害自由罪，原包括私禁及以其他非法方法剝奪人之行動自由而言，所謂非法方法，當包括強暴脅迫等情事在內。…」。

¹⁸ 參閱最高法院 103 年度台上字第 1900 號刑事判決：「…由丁○○取出其所有之安眠藥約十數顆，分別由丁○○、丙○○、戊○○（以下除分別記載姓名之情形外，合稱為丁○○等三人）趁 A1 不注意之際，摻入 A1 所飲用之啤酒，迨 A1 飲下呈現欲昏睡狀態時，丁○○等三人即自當日起至一〇一年十月四日凌晨 A1 死亡之時止，在系爭套房內，強將 A1 之長髮亂剪成短髮，使 A1 羞於見人而不敢逃跑，…」

¹⁹ 參閱最高法院 86 年台上字第 6737 號判決：「刑法第三百零二條之妨害自由罪，原包括私行拘禁以其他強行押人及脅迫稱：如不上車，即讓你肚子開花」等語，將邢某強押上車，剝奪其行動自由。……上訴人於妨害自由行為繼續中，嚇稱：如報警的話，將帶去大肚山活埋等情，自屬包含於妨害邢某行動自由之同一意念之中，縱其所為，合於刑法第三百零五條恐嚇危害安全之情形，仍應視為剝奪行動自由之部分行為。參閱最高法院 74 年台上字第 3404 號判例：「…上訴人於妨害自由行為繼續中，嚇稱如跳車即予輾死等語，自屬包含於妨害周女行動自由之同一意念之中。縱其所為，合於刑法第三百零五條恐嚇危害安全之情形，仍應視為剝奪行動自由之部分行為，縱其所為，合於刑法第三百零五條恐嚇危害安全之情形，仍應視為剝奪行動自由之部分行為…」。

適用私行拘禁之主要規定，基於主要規定優於補充規定原則，自不應以其他非法方法之補充規定加以論罪（最高法院 30 年上字第 1693 號判例參照）。

行為人若不依法令進入他人屋內搜索（行為主體「無」搜索權而為搜索）或行為主體「有」搜索權，但未依法要件或法定程序而搜索），並同時喝令其不得離開客廳，否則要其好看等語。此時行為人成立侵入住居罪、剝奪他人行動自由罪、違法搜索罪。行為人雖有侵入住居與違法搜索住宅之二行為，但因侵入住居只是違法搜索住宅的前階行為，侵入住居的不法內涵得被違法搜索住宅的處罰規定包含在內，依與罰的前行為，只論以違法搜索罪。行為人以違法搜索、出言恐嚇之二行為侵害自由及隱私法益，觸犯違法搜索罪與剝奪他人行動自由罪，依刑法第 50 條併合處罰之。

第二節 與強制罪之關係

以強暴、脅迫使人行無義務之事或妨害人行使權利者，構成強制罪。強制罪所要保護的法益，向來被定位為個人意思形成自由、意思決定自由與意思實現自由²⁰。強暴係指行為人使用有形力攻擊他人人身或財物之手段，該有形力的影響包括有物理性或生理上的作用²¹。換言之，即直接對被害人施以身體力，或對被害人施以具有強制作用的物理力，以壓制或迫使他人取消意思的自由形成或行使。而此種物理上的強制作用，並不以藉由身體力直接實施於被害人身上為必要，即便施於被害人以外之第三人或物體之上，只要這樣的物理力得以間接對他人發生強制作用者（間接暴力），亦屬之。例如用刀指著被害人的兒子，喝令被害人把散落在地上的錢撿起來裝在袋子裡²²。脅迫則指使他人心生恐懼的惡害通知²³，例如對債務人住處丟置動物²⁴，且並未要求一定要以現在即刻

²⁰ 王皇玉，強制罪之比較研究，軍法專刊，第 59 卷第 5 期，2013 年 10 月，頁 2。

²¹ 許恆達，強摘假髮與空車上鎖—強制罪的解釋疑義，台灣法學雜誌，第 265 期，2015 年 2 月，頁 85。

²² 王皇玉，強制罪之比較研究，軍法專刊，第 59 卷第 5 期，2013 年 10 月，頁 3；林山田著前揭書，頁 200。

²³ 林鈺雄，強制罪之整體不法判斷——從彰化台電施工抗爭案的判決談起，月旦法學雜誌，第 232 期，2014 年 9 月，頁 40；林山田著前揭書，頁 201；盧映潔著前揭書，頁 568。

²⁴ 參閱臺灣臺北地方法院 94 年度訴字第 1870 號刑事判決：「…分別砸毀丑○○住處玻璃、噴漆「丑○○欠錢不還」，並放置雞、老鼠及蛇等物，以此方式恐嚇丑○○交付票款，致丑○○心生畏懼…」。

會發生的惡害為要件，若所告知之惡害為將來的惡害，亦成立強制罪的「脅迫」概念。例如加害人告知被害人，若不立即於地跪爬磕頭道歉，明日將率黑道兄弟登門拜訪²⁵。

條文使用「使人行無義務之事」，此用語恐令人誤會為有義務之事即可強迫他人為之。有學者建議應修正為「使人為一定之作為或不作為」較妥。因為即使被害人有義務為某特定作為，也不意味著行為人可以強暴脅迫之手段強迫被害人履行義務，例如急診室醫師未立即為急救措施，行為人持槍要求醫師立刻醫治，即使急救是醫師義務上之行為，此等行為仍屬強制罪²⁶。「妨害他人行使權利」則指妨害被害人在法律上所得為之一定作為或不作為²⁷。

構成要件的分類方式之一，可分為「閉鎖性（封閉性）構成要件」（也稱完備、完全構成要件）與「開放性構成要件」。前者，指刑罰法規之構成要件已將該犯罪之全部要素規定完備而無須補充；後者，指刑罰法規之構成要件僅規定該犯罪之部分要素，其餘部分則預留委由法官適用時加以補充²⁸。

多數學說認為強制罪為開放性構成要件²⁹，開放性犯罪構成要件與閉鎖性犯罪構成要件（完備構成要件）最大的不同在於，閉鎖性犯罪構成要件下，具構成要件該當性之行為具有表徵違法性的功能，也就是同時被認定為具有違法性之行為。如果要否定此等行為之違法性，只能從反面的方式去推翻，亦即必須具有法定阻卻違法事由，始可否定行為之違法性。但強制罪屬開放性犯罪構成要件型態，而開放性犯罪構成要件欠缺表徵違法性的功能，也就是不能因構成要件該當就認為具有「刑事不法」。因而對於違法性之認定，不能只是從反面去尋找是否具有阻卻違法事由，還必須從正面去審查強制手段

²⁵ 王皇玉，強制罪之比較研究，軍法專刊，第 59 卷第 5 期，2013 年 10 月，頁 6。

²⁶ 王皇玉，強制罪之比較研究，軍法專刊，第 59 卷第 5 期，2013 年 10 月，頁 7。

²⁷ 曾淑瑜著前揭書，頁 112。

²⁸ 陳子平，《刑法總論》，臺北，元照，2017 年 9 月，四版，頁 134。

²⁹ 陳志龍，開放性構成要件理論—探討構成要件與違法性之關係，臺大法學論叢，第 21 卷第 1 期，1991 年 12 月，頁 151；林山田著前揭書，頁 204；盧映潔著前揭書，頁 574。不同見解：強制罪非屬開放性構成要件，是具有特定保護方向的一般性（或稱封閉性）構成要件。見許恆達，抗議、靜坐與強制罪—評臺灣高等法院高雄分院九十二年度上易字第八一一號刑事判決，月旦裁判時報，第 27 期，2014 年 6 月，頁 110。

與所企求的目的之間的關連性是否為法秩序所不允許，亦即是否具有可非難性來認定其違法性³⁰。換言之，個案事實已該當強制罪構成要件後，仍不具備推定違法效果，強制罪違法性之審查，須正面審查「行為人使用的手段與其欲達成之目的之間，是否具備可非難性」³¹。有學者認為，為達強制目的而使用強制手段，是強制罪的基本結構，無論立法者有無規定為成文構成要件要素，評價強制不法性時不能忽略「手段—目的」之間的關聯性，其係強制個案的審查重心所在³²。

手段—目的之間的「可非難性」，係一規範性構成要件要素、不確定的法律概念，法律適用者必須參照其他法律規範或社會生活中之價值、規範、倫理道德，以解釋構成要件之內容，最終可能必須以個案解決方式加以處理，令刑罰可罰性要件之明確性與安定的安定性受到挑戰及質疑。我國刑法並未將可非難性列為強制罪中成文的構成要件要素，而德國刑法第 240 條第 2 項則明文寫入「非難之可能性」。該法條之合憲性雖經聯邦憲法法院加以確認，但在學理及實務上仍存在爭議。德國實務與學理提出「高度的倫理道德不容許性」、「行為之社會違反性」、「社會不可容忍之行為」等概念補充，但仍未能解決可非難性概念不明確之問題³³。除了概念意義無法精確掌握以外，概念之定位亦存在不同看法：德國通說主張，強制罪中違法性條款屬於「特別阻卻違法事由」；聯邦憲法法院認為，該違法性條款之作用係針對合乎社會相當性之強制行為排除其可罰性，具有「構成要件之限制功能」³⁴。

現代社會變遷較過往迅速而複雜化，吾人如期待立法者對於所欲規範之具體事物及行為事實，完全避免運用規範性構成要件要素，恐已屬強人所難。對此，Baumann / Weber

³⁰ 王皇玉，強制罪之比較研究，軍法專刊，第 59 卷第 5 期，2013 年 10 月，頁 8。

³¹ 盧映潔，強制罪之違法性判斷，月旦法學教室，第 10 期，2003 年 8 月，頁 16-17；陳志龍著前揭文，頁 151。實務見解認同此等手段目的可非難性的審查者亦有之，例如臺灣高等法院 95 年度上易字第 825 號判決。

³² 林鈺雄著前揭文，頁 45。

³³ 高金桂，《利益衡量與刑法之犯罪判斷》，嘉義，自版，2003 年 2 月，頁 96-97。

³⁴ 高金桂著前揭書，頁 103。

建議：「所有能精確敘述的，就用描述性構成要件要素，只有當法官之個別評價有其必要性，而立法者之一般評價顯得太過空泛而不充足時，才採用規範性構成要件要素」³⁵。

有學者認為強制罪在性質上為其他針對各種特別情狀所規定之個別構成要件的概括性規定，而形成強制罪與他罪之法規競合關係一概括構成要件與個別構成要件之特別關係，若適用個別構成要件處斷，屬概括構成要件之強制罪即被排除而不適用，因此只有在個別構成要件條文無法適用時，始發生適用強制罪之問題³⁶。最高法院 100 年度台非字第 257 號判決認為：「…刑法第三百零四條以強暴、脅迫使人行無義務之事之強制罪，係屬一般概括補充性之規定，必行為人之行為不合於其他特別之規定時，始有適用之餘地…。(兒童及少年性交易防制條例第二十七條第四項)，係刑法第三百零四條強制罪之特別規定，應優先於強制罪而為適用，乃當然之理，實務上並無爭議。…」。須注意者是，上述判決之兒童及少年性交易防制條例第二十七條第四項，法定刑度為「五年」以上有期徒刑，強制罪之法定刑度為「三年」以下有期徒刑，違法搜索罪之法定刑度為「二年」以下有期徒刑。該則判決並無說明「優先於強制罪而為適用，乃當然之理」的具體論證，不宜貿然將該則判決之見解複製於違法搜索罪與強制罪之競合關係之上。意即對於「違法搜索罪優先於強制罪而為適用」之論點，本文認為容有商榷餘地。

基於法益單一或多元的補充關係，本文認為，亦可將強制罪視為剝奪他人行動自由罪、普通強盜罪、強制性交罪的補充條款、攔截條款或截堵構成要件。所謂截堵構成要件（亦有譯為網羅構成要件），指的是從規範目的而論，某些行為應該受到處罰，但實際上可能面臨可罰性認定障礙，為了貫徹規範處罰目的，並網羅（攔截圍堵）該行為於可罰範圍內，以免有漏於法網的行為人，立法者特別以該條文，涵括原本不受處罰的行為³⁷。換言之，當重罪（例如普通強盜罪）無法完全證明成立時，特別是重罪處於未遂

³⁵ 高金桂著前揭書，頁 97。

³⁶ 曾淑瑜著前揭書，頁 113。

³⁷ 許恆達，從貪污的刑法制裁架構反思財產來源不明罪，臺北大學法學論叢，第 82 期，2012 年 6 月，頁 175。

之階段，重罪之犯意又不夠明確時，則在輕罪得以證明成立的前提下，採用輕罪（例如強制罪）加以處罰行為人³⁸。

第三節 與侵入住居罪之關係

「無故侵入他人住宅、建築物或附連圍繞之土地或船艦者，處一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金（刑法第 306 條第 1 項）。無故隱匿其內，或受退去之要求而仍留滯者，亦同（刑法第 306 條第 2 項）。」侵入住居罪可區分為三種不法行為態樣：無故侵入、無故隱匿其內、受退去之要求而仍留滯。本罪之犯罪性質為繼續犯、行為犯，侵入乃是作為犯，隱匿其內與受退去之要求而仍留滯則是純正不作為犯³⁹，非難的重點在於作為義務（離去）之侵害⁴⁰。有學說認為行為人發現缺乏停留權限時，就應主動積極排除此一違法存續狀態，行為人對於結束侵入住居之違法存續狀態具有保證人地位，隱匿其內或受退去之要求而仍留滯之立法，似乎無存在價值，其不是遭到侵入住居的作為犯排除（因認為侵入是主要條款，隱匿其內與受退去之要求而仍留滯為補充規定），就是仍可以侵入住居的不純正不作為犯來替代⁴¹。但本文認為此一論點容有商榷餘地，蓋第 2 項之規定，行為人多是先前有正當理由，甚至是受到住居權人之邀請而進入他人之場域，或是交通處所、賣場於開放時間截止後行為人仍不離去之情形。第 2 項規範之情形與第 1 項所規範之侵入（含有負面價值判斷的概念）並不相同，故本文認為第 2 項之立法仍有存在之必要。

侵入住居罪之保護法益，文獻觀點不一，有認為是個人的住居權，住居權人享有決定誰得以進入或停留在受保護處所的權限⁴²；個人的住屋權，即個人對其住居處所及的範圍有決定何人可以進入或停留其內的自由，以及個人在其居住處所中私生活不被干擾

³⁸ 許恆達，從貪污的刑法制裁架構反思財產來源不明罪，臺北大學法學論叢，第 82 期，2012 年 6 月，頁 175。

³⁹ 許澤天，侵入住居罪的不作為犯與間接正犯，月旦法學教室，第 162 期，2016 年 4 月，頁 26。

⁴⁰ 蔡聖偉，開門揖盜（上）—論公共建物開放入內同意的射程，台灣本土法學雜誌，第 93 期，2007 年 4 月，頁 295。

⁴¹ 許澤天著前揭文，頁 26。

⁴² 許澤天著前揭文，頁 25。

或其居住安寧有不被破壞的自由⁴³；住宅、建築物及船艦之居住人或管理人所擁有是否允許他人進入此等場所之自由⁴⁴；事實上對於住居等一定場所的支配管理權（或稱住居自由權，包含隱私權與自我決定權的內涵）⁴⁵。本文認為，安全感之需求，亦宜認落於侵入住居罪的保護法益範圍之內。

所謂安全感需求（safety needs），是指個人需求保護及免於匱乏、威脅而獲得安全感的需求⁴⁶。安全感需求之滿足，客觀條件是免於基本生理需求之匱乏，即不必受到外來侵害或危險之威脅；安全感需求主觀上的意義，係個人於日常生活中，沒有焦慮、不安、恐懼之感覺⁴⁷。安全感需求雖非憲法明文保護之法益，但其內涵包含為免於匱乏及威脅的自由與個人對環境、未來預料及控制的可能性，吾人可於憲法明文保護之生命權、身體的不可侵犯權、人身自由權、意思決定自由權、營生權、表現自由權、秘密通訊自由權、受益權等等見到它的影子⁴⁸。在合於我國通訊保障及監察法的相關規定的前提下，以獲得法院所核發之通訊監察書為原則，允許對於住宅以外非公開談話的監聽行動，但住宅乃生活安全感的最後堡壘，各民主法治國家的現行法制仍禁止「大監聽」行為，即禁止對於住宅內之談話予以監聽或錄存的行為⁴⁹，意即禁止在屋內裝設竊聽器。刑法第 315 條之 1 的妨害秘密罪，即屬對於大監聽行為的禁止規範。

侵入住居罪所稱之「無故」之解釋，實務認為係「無正當理由」（最高法院 22 年上字第 891 號判例參照⁵⁰）。學者亦有持相同看法者，並進一步指出，正當理由並不以

⁴³ 林山田著前揭書，頁 211。

⁴⁴ 甘添貴著前揭書，頁 147。

⁴⁵ 陳子平著前揭書，頁 185。

⁴⁶ 高金桂，從安全感需求論少年與兒童之基本人權，臺灣法學會學報，第 20 期，1999 年 11 月，頁 116。

⁴⁷ 高金桂著前揭文，頁 116。

⁴⁸ 高金桂著前揭文，頁 133-134。

⁴⁹ 楊雲驊，保障「私人生活不可侵犯之核心領域」——德國聯邦憲法法院對於「住宅內監聽」（大監聽）違憲審查判決簡評，司法改革雜誌，第 62 期，頁 32。

⁵⁰ 刑法第三百二十條第一項所謂無故侵入他人住宅，指無正當理由擅入他人住宅而言。

如出於有權搜查之職務上行為，自不能謂為無故侵入。相同見解：林東茂著前揭書，頁 2-56。

法律有明文規定為限，即使在習慣上、道義上而不違反社會倫理規範（或公序良俗）者亦可⁵¹。無故之解釋，應包含下列三點：

一、無正當理由或無社會相當性原則之援用。所謂社會相當性原則，係指該行為本身，自形式上觀察，要與犯罪構成要件相合致，行為人復無法定之阻卻違法及責任事由，但從實質上評價，依行為當時之社會倫理通念，乃屬相當而得受容許者，或所侵害之法益極其微小，不足破壞社會倫理秩序或影響社會生活之正當或正常運作，無予非難處罰之必要性者，實質仍均得阻卻違法，不應令負刑事責任之情形而言⁵²。例如：見鄰居家中不斷流出清水，基於鄰里互助精神而自行進入鄰居屋內將水龍頭關閉，因具社會相當性而「非」屬「無故」。

二、未得住宅使用人之同意。

三、無法定之容許事由。所謂法定之容許事由，例如：刑事訴訟法第 131 條第 1 項，規範檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察得逕行搜索住宅之情形。

侵入住居罪所稱之「無故」之定位，學說認為「無故」屬於「構成要件要素化違法要素」，意指「欠缺阻卻違法事由」⁵³。另有學者主張，立法者已將「無故」前置化成為個別罪名之客觀構成要件之一部分，將其定位為「構成要件要素」⁵⁴，本文採之。

侵入住居罪「侵入」之意義，存有「平穩侵害說」、「意思侵害說」與「折衷說」之差異。平穩侵害說認為，侵入指侵害居住等事實上平穩之行為，不考慮居住權人之意思，僅客觀地判斷是否有危害居住平穩之行為。意思侵害說表示，只要是違反居住人或建築物看守者等居住權人之意思而進入住宅或建築物之行為，即解為侵入之行為⁵⁵。折衷說指出，侵入之意義採行平穩侵害說之立場，而認定危害平穩態樣的標準則採用違反

⁵¹ 陳子平著前揭書，頁 193。

⁵² 參閱最高法院 96 年度台上字第 1436 號刑事判決。

⁵³ 鄭逸哲，「欠缺同意」和「無故」不可混為一談—以刑法第三百五十九條構成要件的適用為例，軍法專刊，第 56 卷第 5 期，2010 年 10 月，頁 137。

⁵⁴ 高金桂著前揭書，頁 102。

⁵⁵ 林山田著前揭書，頁 212。

居住者等之意思或推定之意思。有學者認為我國實務見解似採折衷說，例如司法院 80 年度廳刑一字第 689 號法律座談可供參考：「甲積欠乙新台幣（下同）貳拾萬元，經乙屢催不還。某日乙上門按鈴向甲催討，甲不置理不開門，乙即翻牆進入，並強行推門進入屋內向甲討債，問乙之行為是否構成無故侵入住宅罪？研討意見結論採乙說：乙對甲雖有貳拾萬元之債權，惟甲對乙並非即有忍受其自由出入其住宅之義務。乙雖為討債而進入，然法律另有規定行使債權之正當方法，乙不能因對甲存有債權即得自由進出甲門戶之權利。故乙未經甲允許，強行侵入甲住宅，亦構成「無故侵入住宅罪」⁵⁶。

本文認為，侵入住居罪之侵入須以「無故」為必要，即指「一、無正當理由或無社會相當性原則之援用；二、未得住宅使用人之同意；三、無法定之容許事由。」之意。立法者已將「無故」列入構成要件之中，而成為構成要件要素之一部分，若行為人係「有故」，則不該當侵入住居罪之構成要件。換言之，「有正當理由」屬於「阻卻構成要件」事由⁵⁷，有社會相當性原則之援用、獲得住宅使用人之同意⁵⁸或有法定之容許事由，亦皆同屬於「阻卻構成要件事由」。

司法警察持搜索票進入住宅，因係具有正當理由（也可歸類於有法定之容許事由），非屬無故，阻卻構成要件。雖然有正當理由之進入住宅，於現實層面仍然對於他人之自由、支配管理權產生侵擾，但是為了維護更為重大之利益（例如為搜索殺人案件嫌犯是否藏匿於住宅之進入），基於利益優先性原則，立法者容許具有危害法益傾向的行為，於構成要件之設定時，將其納入考量，令特定的法益侵害行為排除在構成要件之外⁵⁹。

侵入住居罪之「無故」，可同本文第三章第一節關於違法搜索罪「不依法令」之說明，引入客觀歸責理論做犯罪判斷。尤其於獲得住居權人同意之面向，與客觀歸責理論中的「被害人自負責任原則」密切相關。

⁵⁶ 曾淑瑜著前揭書，頁 131-133。曾教授認為折衷說之解釋較為妥當，其主張在以有害平穩狀態下進入他人住宅或建築物，且違反居住者之意思者，始構成本罪之侵入。

⁵⁷ 陳子平著前揭書，頁 193

⁵⁸ 林山田著前揭書，頁 212；陳子平著前揭書，頁 193。

⁵⁹ 高金桂著前揭書，頁 102。

被害人自負責任原則，是不法構成要件目的之射程範圍以及行為人與被害人之間責任範圍的劃分問題。一個具有正常理解能力而可自負責任之人，自我決定侵害自己法益或讓自己陷於風險之中，一旦風險結果發生，則風險實現之結果應該屬於法益所有人的責任範圍⁶⁰。行為人若同意他人之危害行為者，在被害人自負責任原則的範圍之內，行為人不受歸責⁶¹。簡言之，客觀歸責理論將「被害人同意」前置化為阻卻客觀構成要件事由之一。當住居權人同意讓行為人進入住宅，行為人進入住宅之行為，阻卻侵入住居罪客觀構成要件之成立。

被害人同意或承諾其法益接受他人之侵害，足以顯示其拋棄法益之主觀意思。被害人之同意或承諾於侵入住居罪，係阻卻構成要件該當性。侵入住居罪的不法構成要件，係以違背自由法益持有人之意思或未經其同意的前提下，始成立該不法構成要件。倘自由法益持有人同意行為對於其所持有之法益的侵害，其同意阻卻犯罪構成要件該當性，不成立犯罪。被害人之自負責任，包含與他人關係中之自由決定，其具有兩個意義：一、個人自由之實踐；二、個人行為在法上的正當性，即尊重他人之自由。自負責任人之間的關係，即相互承認自由與自決的人際關係，經由正當的實踐行為，每個人都相互建構對方之自由，此即法社會之共同生活。

被害人自負責任，若適用於排除行為人之歸責，學者指出應符合下列要件：一、被害人具有意思能力；二、意思決定無瑕疵；三、對具體風險有所認識；四、對法益侵害之歷程居於支配地位，至少須有意思支配之能力；五、行為人須於被害人承諾之範圍內為之，且須行為為無失誤；六、被害人對於承諾之事項，應有處分權；七、被害人之承諾及行為人之行為不違背社會相當性⁶²。

⁶⁰ 王皇玉，《刑法總則》，臺北，新學林，2017年9月，三版，頁203-204。

⁶¹ 林鈺雄著前揭書，頁172。

⁶² 高金桂，被害人自我責任與刑法歸責問題，收錄於《蔡教授墩銘先生六秩晉五壽誕祝壽論文集》，1997年2月，頁275、283-284。

學者強調，住居權人之同意必須出於清楚掌握狀況，否則意思表示有瑕疵，不具法律效力，故不承認以欺騙方式而取得之同意⁶³。另有學者持不同看法，採取「區分詐術誘騙內容」之立場：若詐術誘騙被害人，令被害人誤以為自己法益未受侵害，但事實上行為人因被害人處分法益的客觀行為而實現侵害結果，此即因行為人詐術而發生被害人法益關係錯誤，被害人之同意可認定有嚴重瑕疵而無效；但若詐術所誘騙事項，僅止為被害人處分自己法益的作成動機，此時被害人只是誤會處分法益處分的理由，但對於自己將處分而損失法益有明確認知，則這種動機錯誤仍然不能排除其同意的有效性，此類錯誤僅是未能取得處分後預期效用的其他問題，其保護應該透過其他機制，而不是透過刑法功能予以貫徹⁶⁴。

具體的動機錯誤設例，如：甲某日持刀前往乙家欲尋仇殺乙，到乙家後，乙之妻丙前來應門，甲告知應乙之邀請前來拜訪，因為甲是舊識，丙乃邀請甲進入家中。有學者認為，丙雖被甲所騙，誤以為甲與乙有約，但該誤會並未涉及「甲是否進入家中」的法益關聯層次，而僅屬動機錯誤，丙讓甲進入乙家之同意仍然有效⁶⁵。

本文認為，前述設例之誤會，仍有涉及「決定是否讓甲進入家中」的自由法益。試想，若甲未對丙欺瞞佯稱係應乙之邀請，而坦承不諱表示就是要來殺乙，於合理狀況下，丙不會欣然同意甲進入家中。換言之，居住權人同意之意思並不會及於行為人以犯罪之目的進入之行為，基於錯誤所為之承諾應為無效。亦有文獻主張，以強盜、殺人等之違法目的進入住宅或建築物，已潛在地侵害居住平穩，成立侵入住居罪⁶⁶。簡言之，本文認為，行為人之意思、目的，應難以與居住權人之同意脫鉤，其恰為居住權人決定是否同意行為人進入的重要衡量因素，故本文採行「應排除欺騙式同意」之立場。若不排除欺騙式同意之效力，亦可能產生偵查犯罪之危險。例如司法警察不循正當法律程序，逕

⁶³ 林東茂著前揭書，頁 2-57；甘添貴著前揭書，頁 153。

⁶⁴ 許恆達，變質的友情：侵入住居與妨害性自主之個案檢討，月旦法學教室，第 166 期，2016 年 8 月，頁 25。

⁶⁵ 許恆達，變質的友情：侵入住居與妨害性自主之個案檢討，月旦法學教室，第 166 期，2016 年 8 月，頁 25。

⁶⁶ 曾淑瑜著前揭書，頁 131。

自以欺騙方式（例如冒稱為電力公司人員欲抄錄電表度數）獲得同意入屋查看，甚至動手翻搜物件，恐有架空強制處分法官保留原則之弊病⁶⁷。

侵入住居罪與違法搜索罪之競合問題，實務認為，無故侵入住宅為違法搜索之部分行為，只論以違法搜索罪，不另論無故侵入住宅罪（最高法院 49 年台上字第 149 號判決參照）。學說主張，搜索住宅行為當然包含侵入住宅之行為，成立主要行為與伴隨行為之間的吸收關係，只論以違法搜索罪，即為已足，侵入住居罪即被吸收而不適用⁶⁸。

本文對學說之見解持保留態度，蓋吸收關係的判斷標準不明，我國學理與實務對於「吸收關係」的運用，幾乎亂無章法，使得吸收關係無所不在。舉凡高度行為吸收低度行為⁶⁹、實害行為吸收危險行為⁷⁰、重罪吸收輕罪⁷¹、主行為吸收從行為⁷²等皆屬於吸收關係。學者強調，將行為作為吸收關係的準據，根本不屬於吸收關係的範疇。吸收關係所指涉者，係規範與規範間適不適用的取舍問題，以及除斥規範與適用規範間的關係，並不涉及評價客體的行為。從方法邏輯的觀點規範具體適用時，會發生吸收關係者，應僅限於特別關係下，適用特別條款除斥一般條款的情況，吸收關係應為特別關係具體適用時之相對應關係⁷³。

刑法第 55 條於 2005 年修正前規定：「一行為而觸犯數罪名，或犯一罪而其方法或結果之行為犯他罪名者，從一重處斷」。行為人侵入住居之行為乃為達成違法搜索之目的，兩罪具有「手段與目的之關係」，於刑法第 55 條修正前，依慣例應都以牽連犯加

⁶⁷ 林東茂著前揭書，頁 2-57

⁶⁸ 林山田著前揭書，頁 217。

⁶⁹ 參閱最高法院 42 年度台上字第 410 號判例：「刑法上所謂犯罪行為之吸收關係，係指其低度行為為高度行為所吸收（例如由收受偽造紙幣器械原料而偽造紙幣，其收受偽造紙幣器械原料之低度行為，為偽造紙幣之高度行為所吸收）…」。

⁷⁰ 參閱臺灣高等法院臺南分院 100 年度上易字第 236 號刑事判決：「…其先為之加害身體之恐嚇行為，應為其後實行之傷害行為所吸收，不另論以刑法第三百零五條恐嚇罪，且因該恐嚇罪與傷害罪之間具有實害吸收危險之關係…」。

⁷¹ 參閱最高法院 99 年度台上字第 6063 號刑事判決：「…其雖先後吸食第一、二級毒品，但犯意相同，時間緊接，應依重罪吸收輕罪法理，論以一罪…」。

⁷² 參閱最高法院 89 年度台上字第 1022 號刑事判決：「…其中主行為為吸收從行為，例如先幫助他人犯罪，繼而參與共同實施犯罪，即應論以共同正犯…」。

⁷³ 柯耀程，《刑法總則》，臺北，三民，2014 年 8 月，頁 401-402。

以處理。刑法第 55 條在 2005 年進行修正，將原刑法第 55 條後段之牽連犯規定加以刪除，修正理由提及：「至牽連犯廢除後，對於目前實務上以牽連犯予以處理之案例，在適用上，則得視其具體情形，分別論以想像競合犯或數罪併罰，予以處斷」，修正理由似僅論及侵害「數法益」之態樣。若侵害強度雖有不同，但皆係侵害「同一法益」之狀況，應視具體情形為行為單數或行為複數，論以補充關係或與罰行為。就侵入住居罪與違法搜索罪之競合而言，行為人雖有侵入住居與違法搜索住宅之二行為，但因侵入住居只是違法搜索住宅的前階行為，侵入住居的不法內涵得被違法搜索住宅的處罰規定包含在內，依與罰的前行為，只論以違法搜索罪。

至於追訴要件，侵入住居罪須告訴乃論，違法搜索罪則無告訴乃論之限制。

第四節 與強制猥褻罪之關係

第一項 概說

違法搜索罪之行為客體法律明文包含「他人身體」，又刑事訴訟法第 123 條規定：「搜索婦女之身體，應命婦女行之。但不能由婦女行之者，不在此限」。若雖然有女性司法警察在場，但是仍由男性司法警察親自搜索婦女身體者，將成立違法搜索罪。

又司法警察如假借搜索婦女身體之名，而對婦女為強制猥褻之實，則司法警察之行為應如何論罪？最高法院 26 年滬上字第 57 號判例（一）指出：「刑法第三百零七條之罪，係指以真正搜索之意思，而不依法令實行搜索者而言。上訴人僅託詞搜索，以遂行其強制猥褻之目的，即非以真正搜索之意思實行搜索，自不應論以該條罪名」。然而，有學者並不贊同該判例之見解，認為違法搜索罪並無所謂「真正搜索意思」之限制，判例卻自創真正搜索的意思，並以此概念認定行為人之行為並不構成違法搜索罪，實有未

當⁷⁴。本文支持學者見解，蓋違法搜索罪之主觀構成要件並無真正搜索意思之要求，僅須對於違法搜索具有認識與意欲之直接故意或間接故意即為已足。

搜索他人身體於搜索過程中，難免對於他人身體有所碰觸，不排除有成立刑法「強制猥褻罪」或性騷擾防治法第 25 條之「乘人不及抗拒觸摸罪」之可能，以下整理並分析學說與實務見解對於該二罪之成立要件。

第二項 強制猥褻罪

刑法第 224 條強制猥褻罪之構成要件為：「對於男女以強暴、脅迫、恐嚇、催眠術或其他違反其意願之方法，而為猥褻之行為者」。其中何謂「其他違反其意願之方法」與何謂「猥褻」，學說與實務有豐沛討論，以下分別整理學說與實務見解說明之。

所謂之「其他違反其意願之方法」，行為人是否須施以「強制手段」為前提？學說見解莫衷一是，學者將其分類為三種看法：「高度強制手段說」、「低度強制手段說」與「強制手段不要說」⁷⁵。高度強制手段說係指「其他違反意願之方法」解釋上仍必須具有與強暴、脅迫、恐嚇或催眠術等類似強制性質之方法，始足當之⁷⁶。低度強制手段說則指令被害人出於畏懼恐怖不得已之狀態而接受容忍⁷⁷或達到類似優越支配的手段⁷⁸或行為人製造一個使被害人處於無助而難以反抗或難以逃脫的狀態⁷⁹。強制手段不要說認為「違反其意願之方法」的意義比被害人的意思受到壓抑涵蓋更廣，接近日常用語「非心甘情願」之涵義，一般平常人皆可能基於各種因素而心不甘情不願地做成任何決定⁸⁰，或是只要壓制對方意志，不顧對方意志選擇的方式，均屬之⁸¹。有學者認為可以參考德

⁷⁴ 林山田著前揭書，頁 218。

⁷⁵ 王皇玉，強制手段與被害人受欺瞞的同意：以強制性交猥褻罪為中心，臺大法學論叢，第 42 卷第 2 期，2013 年 6 月，頁 395。

⁷⁶ 高金桂，強制性交罪的強制力行使：高雄地方法院九十九年度訴字第四二二號判決評析，月旦法學雜誌，第 189 期，2011 年 2 月，頁 256；林山田著前揭書，頁 225；盧映潔著前揭書，頁 384；林東茂著前揭書，頁 2-68。

⁷⁷ 褚劍鴻，《刑法分則釋論上冊》，臺北，商務，2004 年，四版，頁 650。

⁷⁸ 李聖傑，妨害性自主：第三講：類型闡述，月旦法學教室，第 23 期，2004 年 9 月，頁 103-104。

⁷⁹ 王皇玉，引狼入室，月旦法學教室，第 87 期，2010 年 1 月，頁 26。

⁸⁰ 許玉秀，妨害性自主罪與打擊錯誤，台灣本土法學雜誌，第 2 期，1999 年 6 月，頁 117。

⁸¹ 許玉秀，重新學習性自主：勇敢面對問題，月旦法學雜誌，第 200 期，2012 年 1 月，頁 313。

國刑法第 177 條性強制罪的第三種「使被害人無助並利用之」的型態，將違反意願理解成行為人利用被害人難以逃脫、反抗的無助狀態⁸²。另有學者指出，違反意願係指行為人利用被害人所處的既存（物理或心理）強制狀態來遂行性侵目的⁸³。

實務見解則以最高法院 97 年第 5 次刑事庭會議決議為代表性見解：「修正後所稱其他『違反其意願之方法』，應係指該條所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術以外，其他一切違反被害人意願之方法，妨害被害人之意思自由者而言，不以類似於所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等相當之其他強制方法，足以壓抑被害人之性自主決定權為必要，始符立法本旨。」最高法院此決議明確表達對於「其他違反意願其意願之方法」，不採前述學說分類之「高度強制手段說」，在該決議做成後，有實務判決認為採取「強制手段不要說」：「…刑法第二百二十四條所定「其他違反其意願之方法」，在學說上雖有所謂強制手段必要說、低度強制手段說與強制手段不必要說之分，惟本院向採強制手段不必要說…」（最高法院 103 年度台上字第 720 號判決參照）。

有學者認為此決議似乎是在婦權團體壓力下所做出，恐有架空性騷擾防治法之疑慮，尤其恐令性騷擾防治法第 25 條所謂「乘人不及抗拒觸摸罪」形同具文⁸⁴。此一決議所稱之「不以類似於所列舉之強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等相當之其他強制方法，足以壓抑被害人之性自主決定權為必要」，看似採取不需要強制手段的立場，但實際上仍必須存在「妨害被害人之意思自由」的手段⁸⁵，

⁸² 許恆達，乘機襲胸案刑責再考—評台灣高等法院台中分院 102 年度侵上訴字第 47 號判決，台灣法學雜誌，第 233 期，2013 年 10 月 1 日，頁 158；許澤天，面臨合法惡害威脅下的性自主，台灣法學雜誌，第 181 期，2011 年 8 月，頁 124；王皇玉，強制手段與被害人受欺瞞的同意：以強制性交猥褻罪為中心，臺大法學論叢，第 42 卷第 2 期，2013 年 6 月，頁 399。

⁸³ 蔡聖偉，非禮勿試—強制猥褻罪違反被害人意願之他法，月旦法學教室，第 165 期，2016 年 7 月，頁 26。

⁸⁴ 盧映潔，強制猥褻與性騷擾「傻傻分不清」？—評最高法院九十七年度第五次決議，月旦法學雜誌，第 171 期，2009 年 8 月，頁 216。參閱 2008 年 9 月 3 日聯合報記者王文玲之報導：「…彰化地院法官在「襲胸十秒」、「舌吻五秒」案，都認定被告並未施用強暴、脅迫、恐嚇、催眠術等方法，且兩名被害者在短暫時間內，沒有感到性自主權遭到壓制或影響，不構成強制猥褻罪，引發爭議。行政院婦權會今天上午將拜會司法院長賴英照表達意見，最高法院恰於昨天作成相關決議，適時化解司法院面對婦權團體的壓力。…」，<http://city.udn.com/54532/3012628#ixzz4e1R0TpZy>，最後瀏覽日：2017 年 4 月 10 日。

⁸⁵ 王皇玉，強制手段與被害人受欺瞞的同意：以強制性交猥褻罪為中心，臺大法學論叢，第 42 卷第 2 期，

本文認為，「其他違反意願其意願之方法」必須結合條文所訂之強暴、脅迫、恐嚇或催眠術等手段來解釋，即學者所分類之「高度強制手段說」。

其他違反其意願之方法若定位為強制手段不必要說，將使條文列舉的強暴、脅迫、恐嚇、催眠劑等行為，全部失卻其作為構成要件要素的意義，並忽略強制性交與強制猥褻是一種妨害自由罪的特殊型態⁸⁶，亦將使強制猥褻罪、乘機猥褻罪、與幼男幼女猥褻罪及性騷擾防治法第 25 條的乘人不及抗拒觸摸罪，處於混淆而難以釐清的狀態⁸⁷。另外，低度強制手段說與認為可參考德國刑法的看法，將其他違反其意願之方法理解為行為人利用被害人難以逃脫、反抗的無助狀態。最高法院有判決同此見解：「…A 女對上訴人表示「不要摸我」，顯見並非出於自主意願而讓上訴人撫摸，而是當下處於無助狀態而未能即時反應；已說明上訴人…係以違反 A 女意願之方法，壓迫 A 女之性自主決定權，該當於強制猥褻處罰要件之理由。…」（最高法院 105 年度台上字的 2115 號刑事判決參照）。然而，「無助情境」的概念仍必須再做相當程度之具體化，其係被害人主觀認定或須客觀認定亦是有待澄清的議題⁸⁸。

1999 年修法後的強制性交罪與強制猥褻罪，因已無強制力程度之要件，「其他違反意願之方法」此概括要件於解釋與適用上界線不明，恐有違反法律構成要件明確性之疑慮，是以宜結合前面列舉之強暴、脅迫、恐嚇或催眠術等手段來解釋，經由目的性限縮，將此要件限於與強暴、脅迫具有相同之心理強制作用或剝奪行動自由效果之行為⁸⁹。

至於「其他違反意願其意願之方法」的具體態樣，實務認為「宗教鬼神迷信」屬之：「…人之智能本有差異，於遭逢感情、健康、事業等挫折，而處於徬徨無助之際，其意

2013 年 6 月，頁 403。王教授主張不能解讀為最高法院打算完全棄守強制手段的必要性，反而可以認為是採取類似於「低度強制手段」的看法。

⁸⁶ 林山田，評一九九九年的刑法修正，月旦法學雜誌，第 51 期，1999 年 8 月，頁 31。

⁸⁷ 王皇玉，強制手段與被害人受欺瞞的同意：以強制性交猥褻罪為中心，臺大法學論叢，第 42 卷第 2 期，2013 年 6 月，頁 399。

⁸⁸ 蔡聖偉著前揭文，頁 27。

⁸⁹ 高金柱，強制性交罪的強制力行使：高雄地方法院九十九年度訴字第四二二號判決評析，月旦法學雜誌，第 189 期，2011 年 2 月，頁 256。

思決定之自主能力顯屬薄弱而易受影響，若又以科學上無法即為印證之手段為誘使（例如法力、神怪、宗教或迷信等），由該行為之外觀，依通常智識能力判斷其方法、目的，欠缺社會相當性，且係趁人急迫無助之心理狀態，以能解除其困境而壓制人之理性思考空間，使之作成通常一般人所不為而損己之決定，此行為即屬一種違反意願之方法。…」（最高法院 102 年度台上字第 3692 號刑事判決參照）；以及「詐術」亦屬之：「…被告二人係以詐術之方式，影響 A 女性自主決定權，以致形成其心理強制狀態，是其案發時雖未明示反對，惟此係因遭詐欺所致，故案發之反應並非基於其自由意志，實堪認定。被告二人所施用之詐術，仍應該當該條項所指之「其他違反意願之方法」…」（臺灣高等法院臺南分院 101 年度侵上訴字第 660 號刑事判決參照）。

修法後的強制猥褻罪，將「其他違反其意願之方法」列入構成要件。有學者認為就強制猥褻罪的構成要件結構而言，「違反意願」與「猥褻」是兩個獨立的要素，在涵攝猥褻要素時，毋須也不應考慮是否違反被害人的意願。真正的關鍵在於行為人之行為本身是否具有性關聯、性意涵，而非是否違反意願。一個不具性意涵的行為，既便是被迫實施，也不會因此構成猥褻行為⁹⁰。

強制猥褻罪中「猥褻」之概念，實務認為，所謂猥褻，係指其行為在客觀上足以誘起他人性慾，在主觀上足以滿足自己性慾之謂⁹¹。或稱猥褻係姦淫以外有關風化之一切色慾行為⁹²，足以興奮或滿足性慾之一切色情行為⁹³而言，苟其行為在客觀上尚不能遽認為基於色慾之一種動作，即不得謂係猥褻行為⁹⁴。司法院釋字第 617 號認為「猥褻」屬於評價性之不確定法律概念，指客觀上足以刺激或滿足性慾，其內容可與性器官、性行為及性文化之描繪與論述聯結，且須以引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化者為限。

⁹⁰ 蔡聖偉，親吻與猥褻—評最高法院一〇三年度台上第一二五四號判決，月旦裁判時報，第 41 期，2015 年 11 月，頁 45。

⁹¹ 參閱最高法院 17 年民刑庭會議決議。

⁹² 參閱最高法院 45 年台上字第 563 號判例。

⁹³ 參閱最高法院 63 年台上字第 2235 號判例。

⁹⁴ 參閱最高法院 27 年上字第 558 號判例。

釋字第 617 號（與釋字 407 號）對猥褻意義之說明，學者強調，皆是針對刑法第 235 條猥褻出版品之猥褻作為詮釋基礎，其所稱的猥褻概念，並不能直接移植到強制猥褻罪的猥褻概念。對於強制猥褻罪之被害人而言，非但無法產生性慾望，也不會達到性滿足，若果有釋字所稱之情況，則根本無由造成強制猥褻。實際上被害人反而會因此產生性厭惡，對於行為人之行為產生極度排斥感⁹⁵。學者進一步指出，刑法規範三種猥褻類型：強制猥褻、公然猥褻與猥褻物品，三者猥褻的概念，並非統一的概念⁹⁶。

強制猥褻列於妨害性自主罪章，強制猥褻的猥褻概念不包含性交，蓋同罪章之中另有強制性交罪，禁止以性交行為對於性自主權之戕害；公然猥褻與散布猥褻物品列於妨害風化罪章，公然猥褻與猥褻物品的猥褻概念則包含性交。公然猥褻之實務判決如：「…被告二人在上開時、地，均有裸露下半身露出性器並為性交行為，已符合刑法規定主觀上足以滿足或刺激性慾，客觀上足以使他人生羞恥或厭惡感之猥褻行為，自無疑義。…」（臺灣高等法院 103 年度上易字第 1022 號刑事判決參照）；猥褻物品之實務判決如：「…該 54 片含有人獸交行為之光碟片，係屬硬蕊之猥褻物品；該 190 片描述男女性交、口交等行為之光碟片係屬軟蕊之猥褻物品，且被告未以適當安全措施阻隔，而使一般人得以見聞。核被告所為，係犯刑法第 235 條第 1 項之販賣猥褻物品罪。…」（臺灣臺北地方法院 101 年度簡字第 612 號刑事簡易判決參照）。刑法不同的罪章保護不同的法益，對於法律概念意義的詮釋有所不同為當然之理，學者見解應屬的論。

前述實務判例見解多將「強制猥褻罪」之「猥褻」概念與「是否能夠引起與滿足性慾」做高度的緊密連結，此種看法並不足採，理由在於：是否引起或足性慾，外人如何加以認定？又行為人若稱並未滿足其性慾，難道只能對其論以未遂犯？且強制猥褻罪位在「妨害性自主罪章」，其保護法益應著重於個人性自主決定權與身體控制權。在性自主決定權的保護方向下，對於強制猥褻的不法非難重點，應該要和（行為人或第三人）

⁹⁵ 柯耀程，強制猥褻與性騷擾之界限，月旦法學教室，第 68 期，2008 年 6 月，頁 16；盧映潔，由強吻案談起—論我國刑法第二二四條強制猥褻罪之猥褻行為的界定，台灣本土法學雜誌，第 42 期，2003 年 1 月，頁 98。

⁹⁶ 柯耀程著前揭文，頁 17；林東茂，猥褻的概念，台灣本土法學雜誌，第 42 期，2003 年 1 月，頁 77-78。

主觀上的性慾脫鉤，轉向至相對人性自主決定權受到的戕害⁹⁷。若將「是否能夠引起與滿足性慾」作為強制猥褻罪的成立要件，更有不當擴張強制猥褻罪主觀構成要件，違反罪刑法定原則的疑慮。蓋強制猥褻罪並非傾向犯，行為人是否有刺激或滿足自己之情慾、被害人之情慾⁹⁸、第三人之情慾及主觀意圖或是行為人抱持復仇或羞辱之意圖，均與強制猥褻罪之主觀構成要件無關⁹⁹。亦即採取強制猥褻罪之行為人主觀之性傾向「不必要說」，此亦為日本通說見解¹⁰⁰。

學說認為由於猥褻概念本身為規範性構成要件要素，須根據法的價值、文化的價值之尺度加以判斷的要素，因此猥褻的存在與否，依然無法脫離社會一般人的思考，須委由法官依當時社會通念對個案做獨立之價值判斷¹⁰¹。有學者即主張，凡以一般人皆會明顯感受到性的厭惡感、羞恥心之方法侵害被害人性自主自由的行為，即構成強制猥褻罪的猥褻概念，至於是否得以刺激或滿足自己或他人的性慾，並非所問¹⁰²。

本文認為，立法者已將強制猥褻罪所在的第十六章章名改為「妨害性自主罪章」，無疑揭示要脫離過去「妨害風化罪」道德風化犯的意旨，對於強制猥褻罪中猥褻概念的解釋，也應排除與性道德有關之概念¹⁰³，亦有學說明確表示，強制猥褻罪之猥褻概念應

⁹⁷ 蔡聖偉，親吻與猥褻—評最高法院一〇三年度台上字第一二五四號判決，月旦裁判時報，第41期，2015年11月，頁45。

⁹⁸ 被害人之情慾無法也不可能藉由強制猥褻之猥褻行為所滿足，否則無由成立強制猥褻的猥褻概念。但實務上仍曾有以是否引發被害人性慾，做為判斷是否成立猥褻的荒謬判決。見臺灣高等法院89年度上訴字第3516號判決：「…被告此舉，在客觀上尚不足以引起告訴人之性慾，亦不足滿足被告個人性慾，被告之行為固然失檢，惟尚與猥褻之構成要件有間…」。

⁹⁹ 高金桂，突襲式的猥褻—高等法院台中分院九十九年上訴字第六三二號判決評析，月旦裁判時報，第6期，2010年12月，頁104；陳子平，從強吻案談強制猥褻罪，台灣本土法學雜誌，42期，2003年1月，頁92-93。不同見解：基於性滿足的傾向，基於性慾的飢渴而發動攻擊，即是猥褻。見林東茂著前揭文，頁78。雖然林教授認為強制猥褻罪係基於性滿足的傾向，但其主張無須性慾得到滿足，更無須被攻擊者的性慾受到激惹。

¹⁰⁰ 陳子平著前揭書，頁249。

¹⁰¹ 陳子平著前揭書，頁243；蔡聖偉，親吻與猥褻—評最高法院一〇三年度台上字第一二五四號判決，月旦裁判時報，第41期，2015年11月，頁40。

¹⁰² 陳子平著前揭書，頁243。

¹⁰³ 相同見解：蔡聖偉，親吻與猥褻—評最高法院一〇三年度台上字第一二五四號判決，月旦裁判時報，第41期，2015年11月，頁46。

從被害人個人法益（性自主決定權、身體行動自由等）的角度加以理解，與是否引起被害人或公眾之性道德上的羞恥感或嫌惡感應無關聯性¹⁰⁴。

有文獻認為對於各罪名條文中的「猥褻」一詞，可以參考德國學界的理解，將其中性地解讀成「具有性關聯（性意涵）的行為」。此性關聯（性意涵）必須根據相關行為在客觀上的外在顯現來判斷，取決於客觀第三人能否從中辨識該行為與性的關聯性。若行為不具任何性關聯，便自始無關猥褻；若行為具有性關聯，則法律適用者還必須再行斟酌該行為的影響程度，唯有當該行為業已逾越社會不再容忍的界限時，始能肯定猥褻要素的該當。德國刑法 184 之 7 第 1 款明文：本法所稱性的行為，僅限於在各自保護法益之觀點下具有一定重要性者（重要性門檻）。德國通說認為，在所有性犯罪中，與幼童猥褻罪的重要性門檻應該最低，而公然猥褻罪的重要性門檻則應該調高¹⁰⁵。

本文認為，猥褻一詞是一個規範性的構成要件要素，也具有負面道德評價，更是一個難以明確定義的不確定法律概念。在立法者尚未變更猥褻一詞之前，社會事實中具有性接觸（或沒有接觸）的行為，對應不同保護法益下的構成要件，猥褻光譜的深與淺（或謂核心與邊緣）呈現極端的差距。淺色光譜（光譜邊緣）例如舌吻；深色光譜（光譜核心）例如強迫他人觀看自己自慰、撫摸他人生殖器官。不同的社會事實是否該當不同構成要件中的猥褻概念，如能接納德國學說的理解，首先對行為判斷是否具有性關聯，而後根據所涉罪名之規範目的及其所欲保護之法益，判斷行為是否業已逾越重要性門檻，對於猥褻概念似可有較為踏實的掌握。

¹⁰⁴ 高金桂，突襲式的猥褻——高等法院台中分院九十九年上訴字第六三二號判決評析，月旦裁判時報，第 6 期，2010 年 12 月，頁 103。高教授指出，若屬於妨害風化罪的猥褻概念，因屬於無被害者的犯罪，保護法益是社會秩序、善良風俗及兒童與少年之保護利益，其概念之意涵，與是否引起被害人或公眾之性道德上的羞恥感或嫌惡感，則有重要的關聯性。

¹⁰⁵ 蔡聖偉，親吻與猥褻——評最高法院一〇三年度台上字第一二五四號判決，月旦裁判時報，第 41 期，2015 年 11 月，頁 46-47。相似見解：將強制猥褻罪之猥褻行為，以「客觀上涉及性之關聯的行為」來描述。盧映潔，由強吻案談起——論我國刑法第二二四條強制猥褻罪之猥褻行為的界定，台灣本土法學雜誌，第 42 期，2003 年 1 月，頁 99。

第三項 乘人不及抗拒觸摸罪

性騷擾防治法第 25 條第 1 項規定：「意圖性騷擾，乘人不及抗拒而為親吻、擁抱或觸摸其臀部、胸部或其他身體隱私處之行為者」，成立「乘人不及抗拒觸摸罪」。

性騷擾防治法第 2 條對性騷擾為如下之定義：本法所稱性騷擾，係指性侵害犯罪以外，對他人實施違反其意願而與性或性別有關之行為，且有下列情形之一者：一、以該他人順服或拒絕該行為，作為其獲得、喪失或減損與工作、教育、訓練、服務、計畫、活動有關權益之條件。二、以展示或播送文字、圖畫、聲音、影像或其他物品之方式，或以歧視、侮辱之言行，或以他法，而有損害他人人格尊嚴，或造成使人心生畏怖、感受敵意或冒犯之情境，或不當影響其工作、教育、訓練、服務、計畫、活動或正常生活之進行。

有學者認為所謂「性騷擾」，是性侵害犯罪以外，對他人實施違反其意願而與性或性別有關的行為。而「乘人不及抗拒」是指瞬間的碰觸，襲擊者的手沒有餘暇停留在被害人的身體上¹⁰⁶。

文獻指出，上述立法者對於性騷擾之定義乃錯誤定義，因為公共場所之性騷擾類型特徵，多半出自身分未明者的性方面之言詞、視覺侵擾或偷襲式的身體侵擾，因此騷擾這與被騷擾者之間往往並不熟識，也不是隸屬於同一個環境空間下，更沒有一方對另一方提供工作、教育、訓練或服務的情形，亦無權利義務關係或支配關係存在。根據性騷擾防治法中性騷擾之定義要件，不但無法將公共場所之性騷擾行為涵攝在內，反而會因為公共場所性騷擾行為的特徵而造成完全排除的效果¹⁰⁷。

實務對於性騷擾防治法第 25 條第 1 項所稱之「其他身體隱私處」，認為應就個案不同情形結合具體事實綜合判斷，指出「小腿」與「腳趾」仍可能該當其他身體隱私處：

¹⁰⁶ 林東茂著前揭書，頁 2-72。

¹⁰⁷ 盧映潔，強制猥褻與性騷擾「傻傻分不清」？一評最高法院九十七年度第五次決議，月旦法學雜誌，第 171 期，2009 年 8 月，頁 218。

「…性騷擾犯行處罰之目的在於因行為人所為破壞被害人所享有關於性、性別等，與性有關之寧靜、不受干擾之平和狀態，是所謂「其他身體隱私處」，解釋上當非僅以該身體部位是否外露為斷，而係以該等身體部位如遭行為人親吻、擁抱或觸摸，該等作為是否與性有關，而足以引發被害人與性有關之寧靜、不受干擾之平和狀態遭受破壞以為認定，而此等認定應依社會通念及被害人個別情狀，並參酌個案審酌事件發生之背景、環境、當事人之關係、行為人之言詞、行為及相對人之認知等具體事實綜合判斷之…」；

「…小腿及腳趾非我國一般正常禮儀下所得任意撫摸碰觸之身體部位，甚至碰觸小腿及親吻腳趾之動作，不乏在男女間之親密行為中，被作為帶有性含意、性暗示之挑逗、調戲舉動，是以，如他人以性騷擾之犯意，未經本人同意而刻意就該等部位為帶有性暗示之不當碰觸，適足以引起本人嫌惡之感，自應認係前揭條文所稱身體隱私部位…」（高院暨所屬法院具參考價值裁判：臺灣高等法院 103 年度上易字第 1368 號刑事判決參照）。

至於「乘人不及抗拒觸摸罪（性騷擾罪）」與「強制猥褻罪」如何區分，學者提出下列四項區分標準¹⁰⁸：

一、概念意義之不同：強制猥褻罪的猥褻行為，指一般人皆會明顯感受到性的厭惡感、羞恥心之方法侵害被害人性自主自由的行為；性騷擾罪則指性侵害犯罪以外，基於性騷擾意圖，乘被害人不及抗拒而對其為與性或性別有關之親吻、擁抱或觸摸其臀部、胸部或其他身體隱私處之行為。

二、性傾向與否之不同：強制猥褻罪有否行為人的性傾向，不影響犯罪成立；性騷擾罪則以「性騷擾的意圖」為必要。

三、保護法益之不同：強制猥褻罪之保護法益在於「個人的性自由（性自主）」，及個人的決定自由；性騷擾罪則為個人性決定自由之前的安全感。

¹⁰⁸ 陳子平著前揭書，頁 246-247。

四、行為態樣之不同：強制猥褻罪非僅短暫的干擾，不以身體接觸為必要，須影響被害人性意思形成與決定自由；性騷擾罪則係於被害人不及抗拒之際，出其不意乘隙為短暫之觸摸。

另有學者主張性騷擾防治法第 25 條之規定，是將性騷擾與強制猥褻混為一談的規定，有規範錯誤之嫌。其以「侵害部位」做簡明之區分，認為行為人所侵害的部位若屬於具有特定「性象徵意義」的部位（例如男女之私處、臀部及與私處臀部密接之大腿，以及女性之胸部等），則行為屬於強制猥褻；如否，則屬於性騷擾之行為¹⁰⁹。

第四項 小結

強制猥褻罪並非傾向犯，毋須更不應討論多則判例反覆強調的「是否能夠引起與滿足性慾」。行為人出於強制猥褻故意，對於被害人施以與強暴、脅迫具有相同之心理強制作用或剝奪行動自由效果的性交以外之性關聯行為，即成立強制猥褻罪。被害人性的自尊感受到嚴重羞辱，性的專屬感及私密感受到嚴重侵犯，人性尊嚴也受到強烈的否定，生理與精神上嚴重痛苦一併而至¹¹⁰。本文認為，學者將性的自尊感、性感受的專屬感、私密感與人性尊嚴，列入強制猥褻罪保護法益的範圍之內，恰說明刑法作為具體的憲法，有依憲法價值秩序創造與保護法益之義務。

設發生雖然有女性司法警察在場，但是仍由男性司法警察親自搜索婦女身體，且係假借搜索婦女身體之名，而對婦女為強制猥褻之實的情況。則該男性司法警察因違反刑事訴訟法第 123 條之規定而成立違法搜索罪以外，亦另犯強制猥褻罪。最高法院 26 年滬上字第 57 號判例認為行為人基於強制猥褻之目的，非以真正搜索之意思實行搜索，不應論以違法搜索罪之見解，顯有誤會。違法搜索罪之主觀構成要件並無真正搜索意思之要求，僅須對於違法搜索具有直接故意或間接故意即為已足。學說認為兩罪屬於主要行為與伴隨行為的吸收關係，只要適用強制猥褻罪處斷，即為已足，違法搜索罪被吸收

¹⁰⁹ 柯耀程著前揭文，頁 17。

¹¹⁰ 高金桂，突襲式的猥褻——高等法院台中分院九十九年上訴字第六三二號判決評析，月旦裁判時報，第 6 期，2010 年 12 月，頁 103。

而不適用¹¹¹。然本文前述即已敘及吸收關係的判斷標準不明¹¹²，於概念的適用上相當紛亂，故本文對此持保留態度。本文以為，在假借搜索之名，行強制猥褻之實的情況，行為人一行為侵害自由法益、隱私權與性自主決定權，該當違法搜索罪與強制猥褻罪，適用想像競合，從一重處斷，僅成立強制猥褻罪。

至於行為人若假藉搜索之名，實際上意圖性騷擾，乘婦女不及抗拒而為觸摸其臀部、胸部或其他身體隱私處之行為者，則將成立違法搜索罪與性騷擾防治法第 25 條之乘人不及抗拒觸摸罪。競合部分同上述設例之說明，僅成立乘人不及抗拒觸摸罪。

本文以為，乘人不及抗拒觸摸罪之行為人必須限於瞬間的觸摸，亦即僅對於被害人造成極短時間的干擾。若係觸摸被害人臀部、胸部或其他身體隱私處長達數十秒甚至數分鐘者，被害人將產生強烈之生、心理痛苦，無疑對於個人性自主造成劇烈侵害。又行為人如更有施加強制力等行為，則該行為之不法性應已突破性騷擾之保護領域，躍升落入刑法強制猥褻罪的處罰範圍。

第五節 與妨害秘密罪之關係

「無故利用工具或設備窺視、竊聽他人非公開之活動、言論、談話或身體隱私部位。或無故以錄音、照相、錄影或電磁紀錄竊錄他人非公開之活動、言論、談話或身體隱私部位」，將成立刑法第 315 條之 1 的妨害秘密罪。其與違法搜索罪之交集，例如於外遇捉姦時，不依法令搜索他人住宅，進入房內對於通姦人與相姦人之照相、錄影之情形。

妨害秘密罪之保護法益係個人信賴得以較為輕率、不拘謹的方式，在非公開場合進行言論、談話與活動的權利，以及個人就其言論、談話與活動射程範圍的支配掌控權¹¹³。換言之，即隱私權與個人私密領域不受他人刺探、干擾的權利¹¹⁴。此外，私領域生活的

¹¹¹ 林山田著前揭書，頁 216。

¹¹² 參閱論文第 51-52 頁。

¹¹³ 王皇玉，汽車內活動是「非公開」活動嗎？，月旦法學教室，第 76 期，2009 年 2 月，頁 14。

¹¹⁴ 王皇玉，短裙下的大腿是隱私部位嗎？，月旦裁判時報，第 7 期，2011 年 2 月，頁 125。

安全感、精神上的安逸感、人際關係的信賴感及屬有感，皆為本罪值得保護之私生活秘密¹¹⁵。構成要件行為限於無故「利用工具或設備」對他人之私生活秘密加以窺視、竊聽，或無故以錄音、照相、錄影或電磁紀錄竊錄之行為。其中窺視、竊聽之行為，若僅以肉眼與耳朵聽窺探他人私生活秘密，尚不足以該當本罪之行為，只能視情節依社會秩序維護法加以處罰¹¹⁶，必須利用「可以強化聽覺或視覺（擴張人類感官功能）」之工具，始足當之。例如裝小型麥克風透過竊聽器竊聽、用高倍速望遠鏡窺視等¹¹⁷。

對於「非公開」此一要素，文獻上多以是否具有「合理隱私期待」為判斷標準¹¹⁸。所謂合理隱私期待，必須符合主觀與客觀兩個要件：「主觀上，受侵害者展現了具有不與他人知悉的隱私期待；客觀上，依社會一般通念，該隱私期待係屬合理¹¹⁹」。此主觀與客觀要件之要求，似受我國大法官所採納：「…在公共場域中個人所得主張不受此等侵擾之自由，以得合理期待於他人者為限，亦即不僅其不受侵擾之期待已表現於外，且該期待須依社會通念認為合理者…」（司法院釋字第 689 號解釋理由書參照）。實務判決認為「非公開活動」係指不對公眾公開而具有隱密性，應滿足下列兩要件：一、個人主觀上欲隱密進行其活動而不欲公開；二、在客觀上所選擇之場所或所使用之設備足以確保活動的隱密性¹²⁰。多數學說與實務見解對「非公開」之理解，存在主、客觀要件之要求¹²¹。

¹¹⁵ 高金柱，拍攝婦女大腿是否成立妨害秘密罪—臺中地方法院九十九年度易字第二九二六號判決評析，月旦法學教室，第 103 期，2011 年 5 月，頁 25。

¹¹⁶ 高金柱，拍攝婦女大腿是否成立妨害秘密罪—臺中地方法院九十九年度易字第二九二六號判決評析，月旦法學教室，第 103 期，2011 年 5 月，頁 24。

¹¹⁷ 王皇玉，拘禁、違法搜索與竊拍？，台灣法學雜誌，第 131 期，2009 年 7 月，頁 136；林東茂著前揭書，頁 2-105。林教授並指出，戴眼鏡偷窺他人洗澡，因眼鏡僅使視覺回復常態，但無法延展視覺，故不成立本罪。

¹¹⁸ 薛智仁，衛星定位追蹤之刑責—評臺灣高等法院 100 年度上易字第 2407 號判決，科技法學評論第 11 卷 1 期，2014 年 6 月，頁 132；蔡聖偉，《刑法問題研究（一）》，臺北，元照，2008 年 7 月，頁 283；蔡蕙芳，刑法第 315 條之 1「非公開」與「無故」要件，月旦裁判時報，第 2 期，2010 年 4 月，頁 142；林東茂著前揭書，頁 2-106；陳子平著前揭書，頁 352；王皇玉，短裙下的大腿是隱私部位嗎？，月旦裁判時報，第 7 期，2011 年 2 月，頁 127。

¹¹⁹ 王皇玉，短裙下的大腿是隱私部位嗎？，月旦裁判時報，第 7 期，2011 年 2 月，頁 127。

¹²⁰ 參閱高院暨所屬法院具參考價值裁判：臺灣高等法院 100 年度上易字第 2407 號判決。

¹²¹ 不同見解：認為刑法第 315 條之 1 非公開的概念，應純從客觀指標認定，考量行為人侵害手法、被害人隱匿手段，以及侵害時間、空間關係綜合判斷有無「社會承認的合理隱私」，不必考量被害人的主觀意思。見許恆達，GPS 抓姦與行動隱私的保護界限—評臺灣高等法院一〇〇年度上易字第 2407 號判決。

妨害秘密罪所稱之「無故」，指無正當理由而言。夫妻在婚姻關係中，懷疑他方有外遇，竊錄其談話內容時，是否非「無故」？即是否有正當理由？過去實務見解有認為具有正當理由者¹²²，惟 2013 年起亦有實務見解認為屬於無正當理由，仍該當無故¹²³。有學者認為，是否具有正當理由，須透過利益衡量加以認定，不同行為態樣的侵害強度各異，自然也會影響具體個案中的判斷結果，是以必須個別認定¹²⁴。本文贊同是否無故應個案判斷之見解，而個案是否無故，宜審查個案行為人之行為是否係為維護重大公共利益，亦可參考最高法院對於刑事訴訟法第 158 條之 4 違法取證有無證據能力的權衡審酌標準：「…宜就(一)違背法定程序之程度。(二)違背法定程序時之主觀意圖(即實施搜索、扣押之公務員是否明知違法並故意為之)。(三)違背法定程序時之狀況(即程序之違反是否有緊急或不得已之情形)。(四)侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重。(五)犯罪所生之危險或實害。(六)禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果。(七)偵審人員如依法定程序，有無發現該證據之必然性。(八)證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度等情狀予以審酌，以決定應否賦予證據能力」(最高法院 93 年度台上字第 664 號判例參照)。若刑事偵查機關依據通訊保障及監察法規範取得通訊監察書，屬基於依法令之行為¹²⁵。由於立法者已將「無故」前置化成為個別罪名之客觀構成要件要素之一部分¹²⁶，違法性之判斷亦前置到構成要件加以判斷，則此類依法令之行為，自始阻卻構成要件。若外遇捉姦時，不依法令搜索他人住宅，進入房內對於通姦人與相姦人之照相、錄影之情形，將成立違法搜索罪與妨害秘密罪，適用實質競合，依刑法第 50 條併合處罰之。

號刑事判決，月旦裁判時報，第 24 期，2013 年 12 月，頁 63-66、78。

¹²² 參閱最高法院 97 年度台上字第 4546 號判決、100 年度台上字第 6345 號判決。

¹²³ 參閱最高法院 102 年度台上字第 2300 號判決、102 年度台上字第 2302 號判決、102 年度台上字第 4570 號判決、103 年台上字第 3839 號判決。

¹²⁴ 蔡聖偉，私裝 GPS 跟監與刑法第三一五條之一——評臺灣高等法院一〇〇年度上易字第二四〇七號判決，月旦裁判時報，第 32 期，2015 年 2 月，頁 33。

¹²⁵ 許恆達，GPS 抓姦與行動隱私的保護界限——評臺灣高等法院一〇〇年度上易字第二四〇七號刑事判決，月旦裁判時報，第 24 期，2013 年 12 月，頁 70。

¹²⁶ 高金桂著前揭書，頁 102。

第六節 與普通竊盜罪之關係

最高法院 82 年度第 2 次刑事庭會議（二）（節錄）：「今後我國在司法審判實務上，對於竊盜罪之著手時點，除應就眾多學說斟酌損益，並參酌各國之立法例及判例演變趨勢，於行為人以行竊之意思接近財物，並進而物色¹²⁷財物，即可認為竊盜行為之著手外，實務上似不妨從個案詳加審認，另創竊盜著手時點之新見解，以期符合現代社會環境之實際需要，始為上策。」違法搜索罪與普通竊盜罪之關係，本文聚焦於「竊盜未遂」與「違法搜索既遂」之區別。即當「搜索行為¹²⁸」被視作「物色行為」時，因為竊盜有未遂罪之規定，而其（大部分的）實行行為為物色行為，行為人於物色時即遭逮捕的情形，究應成立「竊盜未遂」抑或「違法搜索既遂」之問題。本文以為，行為人之主觀意思，乃區別關鍵之所在。

竊盜罪主觀構成要件要求行為人除了具有「竊盜故意」（即行為人認識自己透過竊取行為破壞他人對財物的持有支配，並建立自己對該財物的持有支配關係）以外，尚須具有「不法所有意圖」。不法，指行為人對於物之移轉沒有請求權¹²⁹；所有意圖，其內容包含兩部分：一、就他人之動產排除他人持有支配的消極意思（以下簡稱「排除意思」），二、就進入自己持有支配下的他人動產進行利用、處分的積極意思（以下簡稱「利用處分意思」）。透過「排除意思」可以區別一般被稱為「使用竊盜」這種未經他人同意一時使用他人之物的不可罰行為與可罰的竊盜行為，展現「可罰性限定機能」；透過「利用處分意思」，則可於體系解釋上與同樣以個別財產為對象的毀損罪區別，發揮「犯罪個別化的構成要件功能」¹³⁰。所有意圖中的「排除意思」要如何與「竊盜故意」相區分，

¹²⁷ 尋找、訪求之意，教育部重編國語辭典修訂本網站，<http://dict.revised.moe.edu.tw/cgi-bin/cbdict/gswweb.cgi> 最後瀏覽日：2017 年 4 月 17 日。

¹²⁸ 廣義的搜索概念：凡對人之身體、物品或處所，以視覺及觸覺結合而進行之接觸行為，藉以尋找或探知特定之人或物。林山田著前揭書，頁 215；盧映潔著前揭書，頁 585。

¹²⁹ 黃惠婷，竊盜罪之所有意圖，台灣本土法學雜誌，第 45 期，2003 年 4 月，頁 133。

¹³⁰ 黃士軒，一時使用他人之物與竊盜罪的所有意圖，臺大法學論叢，第 45 卷第 4 期，2016 年 12 月，頁 1941-1942。

有學者認為，應要求行為人於行為時，認識進行竊取行為後，其行為將使原所有人對所有物回復原持有支配狀態陷入困難狀態的事實¹³¹。

人非全知全能者，行為人主觀面的想法必須藉由客觀之情事加以推敲。例如究係殺人故意或傷害故意，行為人對於被害人身體之攻擊部位、攻擊強度與攻擊次數，可做為參考的判斷標準。搜索行為與物色行為，在意義上皆有「尋找」之意。行為人的尋找行為，是否具有竊盜之故意與不法所有意圖，可由客觀情事判斷行為人是否有「欲對動產建立起類似於現持有人或所有人的實力支配設定」加以認定。如果透過客觀情事，並無法認定有如此設定之意思或設定可能性時，將不會成立竊盜未遂，而僅會成立違法搜索。例如懷疑配偶與朋友有染，任意打開朋友家中的各個房門，想發現自己的配偶是否藏匿於朋友家中，或是否能發現配偶之衣物留置於朋友家中。此時客觀上的尋找行為，自不會與竊盜的物色行為有所關聯，該行為不成立竊盜未遂，僅成立違法搜索既遂。

第七節 結語

違法搜索罪與剝奪他人行動自由罪：由保護法益的範圍觀之，剝奪他人行動自由罪保護個人的行動自由；違法搜索罪除了保護人身自由與居住安寧自由外，尚擴及對於隱私權利之保護。很難想像僅依一個「搜索行為」便得以剝奪他人行動自由，應再有其他行為（如私行拘禁、恐嚇等），始能造成拘束、剝奪他人行動自由之效果。故，如行為人之數行為，皆該當此兩罪之構成要件時，依刑法第 50 條併合處罰之。

違法搜索罪與侵入住居罪：若行為人獲得住居權人之同意而進入住宅，阻卻侵入住居罪之構成要件，但其如擅行開啟搜索行動，仍會成立違法搜索罪。違法侵入他人住宅並開啟搜索行為，只論以違法搜索罪，此為學說與實務見解之相同結論。本文認為，在牽連犯廢除後，侵入住居罪似應依與罰的前行為加以處理，僅論以違法搜索罪。而在追訴要件上，侵入住居罪須告訴乃論，違法搜索罪不須告訴乃論。

¹³¹ 黃士軒著前揭文，頁1980。

違法搜索罪與強制猥褻罪、乘人不及抗拒觸摸罪：在違法搜索行強制猥褻（或意圖性騷擾，乘人不及抗拒而為親吻、擁抱或觸摸其臀部、胸部或其他身體隱私處之行為）之情形，行為人一行為侵害自由法益、隱私權與性自主決定權，該當違法搜索罪與強制猥褻罪（或乘人不及抗拒觸摸罪），適用想像競合，從一重處斷，僅成立強制猥褻罪（或乘人不及抗拒觸摸罪）。

違法搜索罪與妨害秘密罪：不依法令搜索他人住宅，進入房內對於通姦人與相姦人之照相、錄影之情形，數行為侵害自由、隱私權與個人私密領域不受他人刺探、干擾的權利，成立違法搜索罪與妨害秘密罪，適用實質競合，依刑法第 50 條併合處罰之。

違法搜索罪與普通竊盜罪：搜索行為與實務認為之竊盜罪著手行為一物色，皆有尋找之意。行為人的尋找行為，是否具有竊盜之故意與不法所有意圖，可依客觀情事判斷行為人是否有「欲對動產建立起類似於現持有人或所有人的實力支配設定」加以認定。



第五章 搜索法制之現況與檢討

違法搜索罪之構成要件規定「不依法令搜索他人身體、住宅、建築物、舟、車或航空機者」。所謂之「法令」為刑法以外之法律或命令，且並不限於刑事程序法（例如刑事訴訟法、軍事審判法等），其他行政法令亦多有規範搜索之實體或程序要件。本章聚焦於刑事訴訟法有關搜索法制之相關規定，就其現況與相關議題進行說明與檢討。

第一節 強制處分法定原則與令狀主義

第一項 強制處分之意義

強制處分之定義，文獻對之論述不一。例如：刑事訴訟程序進行當中，偵查機關或法院為了確保訴訟程序之進行，為發現或保全證據，或確保被告之到場，對犯罪嫌疑人、被告或其他訴訟關係人基本權利所為的侵害行為¹；「決定」含有強制力之意思表示及其「執行」而言。在刑事訴訟程序中，為確保被告到場、保全證據、刑罰之執行，必須作成含有強制力之意思表示及其執行²；國家機關追訴犯罪時，為保全被告或蒐集、保全證據之必要，而對受處分人施加的強制措施³；於刑事程序中，偵查機關或審判機關為確保刑事程序的進行，釐清犯罪事實與保全刑事證據，並確保刑罰權最終實現的可能性，而於程序中所使用具有基本權利限制或剝奪的強制性手段⁴。

總體而言，強制處分為刑事程序中，偵查機關或審判機關為「確保偵查實施」、「確立訴訟條件」、「保全刑事證據」、「確保程序進行」、「釐清犯罪事實」、「預防犯罪發生」及「確定刑罰權最終獲得實現」等複合意義，而於程序中運用具有限制或剝奪人民基本權利之強制性措施⁵。如何區辨「強制處分」與「任意處分」，有學者認為並

¹ 黃朝義，《刑事訴訟法》，臺北，新學林，2017年9月，五版，頁139。

² 林俊益，《刑事訴訟法概論（上）》，臺北，新學林，2017年9月，十七版，頁223。

³ 林鈺雄，《刑事訴訟法（上冊）—總論編》，臺北，自版，2017年9月，八版，頁309。

⁴ 柯耀程，刑事訴訟法：第一講：強制處分基礎思維，月旦法學教室，第76期，2009年2月，頁89-90。

⁵ 郭亦騏，搜索程序適用法官保留原則妥適性之研究，中正大學法律學研究所碩士論文，2012年7月，頁11。

非易事，應就各個具體偵查活動中，偵查對象所涉之犯罪嫌疑的型態、程度、偵查之手段以及個人權益遭受侵害之性質、程度等相互交錯之要素，多方面觀察檢討。若已產生足以壓抑或違反個人的自由意思，而對其個人實質或重要之自由權益造成侵害，則應屬強制處分⁶。

第二項 強制處分法定原則之內涵

強制處分之手段及結果足以實質地侵害國民之重要權益，故須以法定之嚴格要件及程序加以規範，以防止偵查權限之濫用。學者強調，強制處分法定原則並非僅是透過法律之形式來確認國家得實施強制處分爾，實質意涵包含經由立法程序的多數民意，認為為了達到有效而正當地實現刑罰權之目的，不得不容許國家機關得對人民憲法上所保障的自由權益予以適度地干預或限制⁷。

我國憲法與刑事訴訟法雖未明文規定採行強制處分法定原則，但可自憲法第 8 條與第 23 條所揭示之精神找到其根據。憲法第 23 條明示，因為防止他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益等有必要限制國民之自由權利時，應事先以法律明文規定；憲法第 8 條更具體地就國民之自由權利中最基本之人身自由予以保障，該條文規定關於限制國民人身自由之逮捕拘禁的強制處分（除現行犯之逮捕由法律另定外），非由司法或警察機關依法定程序不得為之，乃直接強調「強制處分法定原則」⁸。

強制處分法定原則除了得以憲法第 8 條與第 23 條作為根據，亦可由其他規定或原理原則推導得出。自實體法之角度，刑法第 1 條規範罪刑法定主義，何謂「犯罪」以及對於犯罪應科以何種刑罰，均須有法律明文規定；從訴訟法之觀察，欲為逮捕、拘提處分或對某一場所進行搜索扣押或為羈押處分時，均會直接衝擊個人之自由與權益，此些行為之發動，應有法律上之明文規定始可為之⁹，此即「追訴法定原則」。

⁶ 陳運財，《偵查與人權》，臺北，元照，2014 年 4 月，頁 296。

⁷ 陳運財著前揭書，頁 296、299。

⁸ 陳運財著前揭書，頁 298-299。

⁹ 黃朝義，偵查中之強制處分與檢警關係，月旦法學雜誌，第 108 期，2004 年 5 月，頁 57。

第三項 令狀主義之內涵

令狀主義，本於憲法對國家機關進行偵查行為時之權力分立的要求，由中立超然之司法者對於偵查機關之偵查作為加以監督制衡¹⁰。有學者認為，令狀主義之內涵應包含下列四點：一、核發令狀之權限主體，應由獨立於偵查機關以外之有權機關。二、事前審查原則，應由執行之偵查機關於事前向獨立公正的有權機關聲請審查。三、應具備相當理由，關於特定案件，認有犯罪嫌疑，且有證據存在的相當性及搜索的必要性。四、禁止空白令狀或概括令狀，應明示應搜索之處所、應扣押之物等，亦即令狀之記載必須符合「明確性原則」¹¹。

令狀主義於美國、日本與德國皆具憲法之地位：

美國憲法第四條修正案 (Fourth Amendment to the United States Constitution) 規定：「人人具有保障人身、住所、文件及財物的安全，不受無理之搜索和拘捕的權利；此項權利，不得侵犯；除非有可成立的理由，加上宣誓或誓願保證，並具體指明必須搜索的地點，必須拘捕的人，或必須扣押的物品，否則一概不得頒發搜捕狀」¹²。

日本憲法第 33 條規定：「任何人，除現行犯之逮捕外，非依具有權限之司法機關所核發，且明示犯罪理由之令狀，不受逮捕。」同法第 35 條規定：「任何人對其住居、書類及所持物品享有不受侵入、搜索及扣押之權利，除有第 33 條之情形，若無基於正當理由所核發，且明示搜索處所及扣押物品之令狀，不得予以侵犯」¹³。

¹⁰ 黃翰義，《程序正義之理念（一）》，臺北，元照，2010 年 9 月，頁 73。

¹¹ 陳運財著前揭書，頁 302。

¹² Amendment IV: "The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized." 美國在台協會網站，<https://web-archive-2017.ait.org.tw/zh/the-bill-of-rights.html> 最後瀏覽日：2017 年 9 月 10 日。

¹³ 陳運財著前揭書，頁 301。

德國基本法第 13 條第 2 項針對「住宅搜索規定」：「搜索唯法官命令，或遇有緊急危險時，由其他法定機關命令始得為之，其執行並須依法定程序」¹⁴。

我國憲法本文及憲法增修條文雖無明文規範令狀主義，但仍可由其他法律之規定，見到令狀主義之具體展現。例如刑事訴訟法第 128 條規定：「搜索，應用搜索票。」、「搜索票，由法官簽名。法官並得於搜索票上，對執行人員為適當之指示。核發搜索票之程序，不公開之。」，且搜索票應明確記載搜索處所及應扣押之物等；刑事訴訟法第 101 條規定：「被告經法官訊問後，認為犯罪嫌疑重大，而有下列情形之一，非予羈押，顯難進行追訴、審判或執行者，得羈押之：…」羈押被告之決定，由法官經依法定程序訊問被告後決定有無羈押之要件及必要；通訊保障及監察法第 5 條第 2 項規定：「前項通訊監察書，偵查中由檢察官依司法警察機關聲請或依職權以書面聲請該管法院核發。聲請書應記載偵、他字案號及第十一條之事項…」偵查機關實施通訊監察應向法院聲請核發通訊監察書，且明定應記載內容。

通訊保障及監察法第 11 條第 1 項列舉九款通訊監察書應記載事項，與刑事訴訟法第 128 條第 2 項列舉四款搜索票應記載事項，皆可謂令狀記載必須符合「明確性原則」的具體立法落實。實務同時指出，刑事訴訟法第 128 條第 2 項之規定係「概括搜索票禁止原則」：「刑事訴訟法第 128 條第 2 項列舉 4 款搜索票應記載之事項，規範目的在於藉由特定搜索之對象與範圍，達成明確性原則，避免過度或恣意的基本權侵犯，此項指導搜索票應記載事項之法理，稱為『概括搜索票禁止原則』」（臺灣高等法院暨所屬法院 98 年法律座談會刑事類提案第 35 號參照）。

美國、日本、德國與我國，皆在各自的法律規範之中採行令狀主義。何以各國採行令狀主義，令狀主義之理論基礎何在，學理上存在不同之看法：

¹⁴ 德意志聯邦共和國基本法，司法院中譯外國法規，<http://www.judicial.gov.tw/db/db04.asp>
最後瀏覽日：2017 年 5 月 8 日。

一、檢警不能作出正確的判斷。此一論點的缺失在於，依照法官與檢察官所受之法律教育、訓練，在具體的個案當中，檢察官通常在第一線之犯罪現場，法官未必能較檢察官作出正確的判斷¹⁵。

二、書面紀錄的建立。藉由書面記錄的建立，若審判中被告異議令狀係無相當理由而簽發，審判法官得藉由事先所建立的書面紀錄，再次審核是否有相當理由存在¹⁶。然而，若基於留下書面紀錄之理由，則令狀亦可由檢察官甚至直接由司法警察官簽發，蓋令狀無論由何人簽發，皆得以留下書面紀錄。此一論點顯然無法成為採行令狀主義之基礎。

三、事先審查制，避免事後判斷的偏頗。令狀制度在建立事先審查的機能，防止法官事後判斷的偏頗。對人民搜索必須有相當理由，而此一相當理由的判斷，在搜索行為及證據發現前，法官較易做出公正客觀的判斷；若在搜索成功發現證據後，因不利被告之證據已被發現，在事後判斷搜索前是否具相當理由，法官恐較無法形成公正客觀的判斷¹⁷。本文認為，此一論點似為採行令狀主義之效益，而非採行令狀主義之理論根據。

四、簽發者中立超然理論。若做為偵查犯罪主體之檢察官得自行決定實施強制處分，形同「球員兼裁判」，不免令人對之處分之正當性產生懷疑¹⁸。與之相對的，法官沒有打擊犯罪之壓力，較能期待以客觀、中立超然之立場對令狀做出准駁決定。

本文認為，「簽發者中立超然理論」得作為採行令狀主義之理論基礎¹⁹。我國刑事訴訟法第 2 條雖指出檢察官負有客觀義務：「實施刑事訴訟程序之公務員，就該管案件，應於被告有利及不利之情形，一律注意」，但檢察官做為偵查犯罪之主體，要求其同時保障被告權益之期待可能性仍然較低。司法院釋字第 631 號即指出，通訊保障及監察法

¹⁵ 王兆鵬，《刑事訴訟講義》，臺北，自版，2010 年 9 月，五版，頁 85-86。

¹⁶ 王兆鵬著前揭書，頁 89-90。

¹⁷ 王兆鵬著前揭書，頁 88。

¹⁸ 陳運財著前揭書，頁 305。

¹⁹ 相同見解：黃翰義著前揭書，頁 49。

(按：舊法)讓檢察官擁有通訊監察書之核發權限，與合理、正當之程序規範有間：「…中華民國八十八年七月十四日制定公布之通訊保障及監察法第五條第二項規定：『前項通訊監察書，偵查中由檢察官依司法警察機關聲請或依職權核發』，未要求通訊監察書原則上應由客觀、獨立行使職權之法官核發，而使職司犯罪偵查之檢察官與司法警察機關，同時負責通訊監察書之聲請與核發，難謂為合理、正當之程序規範…」。

對於憲法保障人民之自由、隱私、財產造成侵犯之行為，應交由客觀中立之法官進行合法性審查後做出准駁決定。例如鑑定留置一因鑑定被告心神或身體之必要，得預定七日以下之期間，將被告送入醫院或其他適當之處所(刑事訴訟法第 203 條第 3 項)。依刑事訴訟法第 203 條之 1 第 4 項，鑑定留置票須由法官簽發，採取法官保留原則。2016 年 5 月，法院組織法增訂第 14 條之 1，地方法院與高等法院分設「刑事強制處分庭」，專門辦理偵查中強制處分聲請案件之審核。但司法院得視法院員額及事務繁簡，指定不設刑事強制處分庭之法院。承辦審核強制處分案件之法官，不得辦理同一案件之審判事務。此一增訂條文自 2017 年 1 月 1 日施行。

有學者認為，就搜索行為而言，法院事前審查搜索之權限，僅及於「合法性審查」，而「合目的性」與否以及「妥當性」之問題，應由職司偵查的機關自行判斷並自行承擔責任。例如：法院不能以「從蒐集證據的偵查技術來看，此時應該實施監聽而非發動搜索」為由，駁回搜索之聲請，蓋如何形成偵查行為及運用偵查技巧，係屬於偵查機關之職責²⁰。至於「令狀主義」與「法官保留原則」，兩者並非相同之概念，說明如下：

法官保留原則，是指專由法官決定而不得由其他憲法機關代為行使的權限²¹。於刑事程序上，涉及「強制處分之決定權歸屬」的課題。即關於強制處分的決定權由法官決

²⁰ 林鈺雄，《搜索扣押註釋書》，臺北，自版，2001 年 12 月，頁 105-106。

²¹ 李念祖，從憲法上法官保留原則論提審之射程修正，臺灣環境與土地法學雜誌，第 245 期，2014 年 4 月 1 日，頁 6。

定，執行則交由偵查機關，此稱為法官保留。以司法抑制行政權，並藉由行政機關的聲請，可特定強制處分的範圍，避免無範圍限制之公權力行使²²。

令狀主義的重要意涵之一，則在於由獨立於偵查機關以外的公正第三者進行事前審查。然而，須注意者是，令狀主義不僅在審查決定者的問題，更重在防止概括搜索的弊端，要求令狀的記載必須合於明確性原則，以促使偵查機關審慎聲請、法院盡其所能嚴格審查，並藉由令狀的明確記載，防止執行過程的權力濫用，同時有助於受處分人依令狀記載內容判斷有無逾越範圍的權力濫用，並據以尋求事後的救濟。故有學者認為，令狀主義所有的意涵，是否完全能由法官保留原則演繹得之，尚難定論²³。換言之，法官保留原則尚無法含括令狀主義之全體內涵。

以令狀主義規制強制處分，係以事前審查的機制，抑制偵查機關恣意發動強制處分，維護憲法對於人民基本權利之保障。藉由法官保留原則，作為衡量偵查機關所為之強制處分等偵查作為有無侵害人民基本權利，手段與目的間是否過當，以法官保留原則作為犯罪偵查與保障人民基本權利間之衡量基準²⁴。

我國審判實務曾有判決將「要式原則」誤解為「令狀主義」。例如最高法院 95 年度台非字第 102 號判決：「刑事訴訟上檢查身體及其採樣等處分，係為便利執行鑑定，以判別、推論犯罪相關事實，而對人之身體進行觀察、採集或檢驗之取證行為，乃鑑定之前置準備，常為鑑定之必要處分，或對人之身體健康及不可侵犯性等基本權造成干預、侵害，而具有強制處分之性質，為保障人權，因而採令狀主義，鑑定人固須依同法第二百零四條、第二百零四條之一及第二百零五條之一之規定，於偵查中經檢察官、審判中經審判長或受命法官許可，始得進行。」此判決誤解之處在於，作為偵查主導機關的檢察官，得核發鑑定許可書交付鑑定人執行身體採樣等強制處分，恰是令狀主義所欲禁止之行為。

²² 吳景欽，從刑事訴訟法的修正談司法警察的強制採取身體樣本權—以英國 PACE 法為參考例，軍法專刊，第 51 卷第 2 期，2005 年 2 月，頁 16。

²³ 陳運財著前揭書，頁 303。

²⁴ 黃翰義著前揭書，頁 49-50。

最高法院 100 年度台上字第 5864 號判決，則將「要式原則」與「令狀原則」做正確之釐清：「法院或檢察官於實施刑事訴訟程序中為某特定處分，依法須具備書面，以符合一定之形式，但該書面之核發，則視訴訟程序進行之程度，規定偵查中由檢察官、審判中由法院（法官）為之，並未要求必須『發動與審查分離』以發揮制衡功能之情形者，僅屬單純要式行為，學理上稱為『要式原則』；此與偵查中對被告、犯罪嫌疑人或其他第三人施加之強制處分，因常以限制、剝奪人民權利之干預行為為內容，故除須有法律明文為依據外，原則上，檢察官並應於實施強制處分前，以相當理由為據提出聲請，由客觀、中立之法院進行事前之審查、許可（至無令狀搜索等，則屬例外之特別規定），俾藉此『發動與審查分離』機制，節制強制處分之濫用，亦即所謂『令狀原則』者，顯然有別。」偵查中強制處分的合法與否，不在於有無書面，而在於有無經司法審查。

第四項 小結

「強制處分法定原則」與「令狀主義」，皆屬於對於國家機關偵查活動的監督及制衡，但尤須注意兩者概念有下列之區別：

一、強制處分法定原則係由立法機關經立法審議程序制定法律，對偵查及司法施以規範的民主法治之機制，要求強制處分的容許要件均須由法律規範，不承認有例外情形；令狀主義則是刑事程序當中透過法院對偵查機關予以監督制衡的司法機制，承認有例外情形，於緊急情形得不先經法院事前審查。例如刑事訴訟法第 131 條，規範雖無搜索票但偵查機關得逕行搜索之情形。

二、強制處分法定原則係基於民主法治的要求，由立法機關明定國家機關得否容許使用該項強制處分、其發動要件如何設定（應由何人、何種要件下始得發動），必須由法律加以規範；令狀主義則是對於偵查機關個別、具體的偵查活動予以事先審查控制的作用²⁵。

²⁵ 陳運財著前揭書，頁 303、314。

若無「發動與審查分離」之機制，僅要求一定之書面或形式者，則為「要式原則」之要求。必須有「發動與審查分離」之機制，節制強制處分之濫用，始可謂「令狀主義」之展現。

第二節 令狀搜索與無令狀搜索

刑事訴訟，係以確定國家具體之刑罰權為目的，為保全證據並確保刑罰之執行，於訴訟程序之進行，固有許實施強制處分之必要，惟強制處分之搜索、扣押，足以侵害個人之隱私權及財產權，若為達訴追之目的而漫無限制，許其不擇手段為之，於人權之保障，自有未周。故基於維持正當法律程序、司法純潔性及抑止違法偵查之原則，實施刑事訴訟程序之公務員不得任意違背法定程序實施搜索、扣押²⁶。

第一項 令狀搜索「必要時」、「相當理由」之審查基準

由刑事訴訟法第 128 條之規定可知，我國搜索法制以「令狀搜索」為原則，令狀之核發採行法官保留原則：搜索，應用搜索票（第一項）。搜索票則應記載案由，應搜索之被告、犯罪嫌疑人或應扣押之物，應加搜索之處所、身體、物件或電磁紀錄以及有效期間，並載明逾期不得執行搜索及搜索後應將搜索票交還之意旨（第二項）。搜索票，由法官簽名（第三項）。

搜索之客體與對象，依刑事訴訟法第 122 條之規定，因應主體不同而有發動要件之差異，對被告搜索係「必要時」；對第三人則須達到「有相當理由可信」之程度：對於被告或犯罪嫌疑人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，**必要時**得搜索之（第一項）；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（第二項）。司法院發布之《法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項》第六十三點指出，所稱「必要時」，須有合理之根據認為被告、犯罪嫌疑人之身體、物件、居住處所或電磁紀錄可能藏（存）有

²⁶ 參閱最高法院 93 年度台上字第 664 號判例。

得作為犯罪或與之相關之證據存在；而是否有「相當理由」，非以搜索者主觀標準判斷，尚須有客觀之事實為依據，其與「必要時」之於搜索權之發動，差別在「相當理由」之標準要比「必要時」高。審判實務主張，「…所稱相當理由，必須有相當之情資、線報或跡象作為基礎，據此可以合理相信犯罪之人、事、物存在，或然率要有百分之五十以上，既非憑空想像，亦非杯弓蛇影，須有一定程度之把握。…」（最高法院 102 年度台上字第 3127 號刑事判決參照）。有學者認為，所謂「必要時」，係指比例原則之標準，以比例原則作為審查搜索合法性要件，適用前提應係國家偵查機關必須提供足以做為判斷比例原則事實之根據，據此事實僅須足夠明確且合理即為已足；而對第三人搜索須具備之「相當理由」，與必要時之差別在於，相當理由所要求之證明程度更高，必須有更明確事實根據，足以證明有搜索理由存在時，始具有相當理由²⁷。總體而言，無論是對被告搜索之「必要時」或對第三人搜索之「相當理由」，雖然用語不同、程度有別，但皆須以有合理根據為前提。學者進一步將合理根據之具體內涵細分為三：

- 一、存在犯罪嫌疑之合理根據（何以認為存在犯罪嫌疑？）；
- 二、存有搜索標的之合理根據（何以認為存有應受拘捕之人或應扣押之物？）；
- 三、存於搜索範圍之合理根據（何以認為應受拘捕之人或應扣押之物存在被告或第三人之身體、物件、宅處？），並認為「存於搜索範圍之合理根據」乃是刑事訴訟法第 122 條第 1 項與第 122 條第 2 項的關鍵區別所在²⁸。

學者以「刑罰權對象」之差異（即被告為刑罰權的對象，第三人並非刑罰權的對象），解釋本條對於搜索之客體與對象之不同，定不同之發動搜索嫌疑門檻²⁹。然而人、事、時、地、物交織而成錯綜複雜的犯罪事實，尤其當犯罪事實涉及多數人時，更多有推諉卸責、栽贓嫁禍的情形，其中所涉及之人究竟為「犯罪嫌疑人」或「第三人」，恐非在

²⁷ 何賴傑，成大 MP3 搜索事件之法律檢討，台灣法學雜誌，第 23 期，2001 年 6 月，頁 87。

²⁸ 林鈺雄，《刑事訴訟法（上冊）—總論編》，臺北，自版，2017 年 9 月，八版，頁 427。

²⁹ 林鈺雄，《刑事訴訟法（上冊）—總論編》，臺北，自版，2017 年 9 月，八版，頁 424。

偵查階段即可輕易釐清³⁰。亦有學者質疑偵查機關是否因本條之規定，將本應屬「第三人」者列為「犯罪嫌疑人」，規避較高的搜索嫌疑門檻，擴大搜索範圍³¹。本文認為，在刑事訴訟法「發現真實、保障人權」利益衡量之天秤上，無論係對犯罪嫌疑人或第三人發動搜索之嫌疑門檻，宜統一為「相當理由」³²，始為適當。

第二項 無令狀搜索

搜索採行令狀主義，應用搜索票，由法官審查簽名核發之，目的在保護人民免受非法之搜索、扣押。惟因搜索處分具有急迫性、突襲性之本質，檢察官、司法警察官難免發生時間上不及聲請搜索票之急迫情形³³，故刑事訴訟法第 130 條規定附帶搜索、第 131 條規定逕行搜索、緊急搜索、第 131 條之 1 規定同意搜索，乃無搜索票而得例外搜索之規範，稱為無票搜索（無令狀搜索）³⁴。

第一款 附帶搜索

第一目 基礎與目的

國內通說³⁵見解認為，刑事訴訟法第 130 條容許執法人員在合法拘捕之後，進行附帶搜索之規範目的有二：一、保護執法人員之人身安全，被拘捕人為脫免逮捕可能以身邊之武器攻擊執法人員³⁶；二、防止被拘捕人立即湮滅或隱匿隨身攜帶的犯罪證據。例

³⁰ 相同見解：王兆鵬著前揭書，頁 123。

³¹ 黃翰義著前揭書，頁 44。

³² 相同見解：黃翰義著前揭書，黃教授並主張，統一以「相當理由」作為發動搜索之嫌疑門檻，並不違反憲法之平等原則，頁 66。

³³ 林鈺雄，《刑事訴訟法（上冊）—總論編》，臺北，自版，2017 年 9 月，八版，頁 429。

³⁴ 不同見解：第 131 條之搜索，因事後仍須陳報法院審查，無法視其為令狀原則之例外。見柯耀程，刑事訴訟法第三講：對物及處所之強制處分，月旦法學教室，第 81 期，2009 年 7 月，頁 69。

³⁵ 李榮耕，附帶搜索及其要件，月旦法學雜誌，第 243 期，2015 年 8 月，頁 127；何賴傑，逮捕、搜索與扣押，台灣本土法學雜誌，第 25 期，2001 年 8 月，頁 121；朱石炎，《刑事訴訟法論》，臺北，三民，2016 年 8 月，修訂六版，頁 133；黃東熊、吳景芳，《刑事訴訟法論（上）》，臺北，三民，2010 年 2 月，修訂七版，頁 213；張麗卿，《刑事訴訟法理論與運用》，臺北，五南，2016 年 9 月，十三版，頁 281；林鈺雄，《刑事訴訟法（上冊）—總論編》，臺北，自版，2017 年 9 月，八版，頁 430；王兆鵬著前揭書，頁 149；黃朝義著前揭書，頁 270；林俊益著前揭書，頁 319；陳運財著前揭書，頁 320；黃翰義著前揭書，頁 76-77。

³⁶ 參閱刑事訴訟法第 130 條之立法理由：「…二、逮捕被告或犯罪嫌疑人時，除其身體之外，對其隨身攜帶之物件、立即可以觸及之處所及所使用之交通工具，於逮捕時均得併搜索，以保護責施或執行拘提、逮捕人員之安全」。

如吸食毒品之現行犯，可能將毒品丟入馬桶中。實務看法與通說見解相同：「…刑事訴訟法第一百三十條所規定之附帶搜索，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形，於實施拘捕行為之際，基於保護執行人員人身安全，及防止被拘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…」（最高法院 102 年度台上字第 293 號刑事判決參照）。確立附帶搜索之規範目的，乃界定附帶搜索之時間點及搜索範圍之重要關鍵。

第二目 發動要件

一、合法之逮捕、拘提或羈押

合法之逮捕、拘提或羈押乃發動附帶搜索之要件，此觀刑事訴訟法第 130 條之規定自明：「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」。刑事訴訟法第 178 條第 1 項亦有拘提之規定，證人經合法傳喚，無正當理由而不到場者，得科以罰鍰，並得拘提之。「拘提證人時，是否也可以對之附帶搜索？」。肯定說主張：第一、自最基本的法律適用解釋方法一文義解釋而言，刑事訴訟法第 130 條所稱之「得逕行搜索『其』身體…」，似指被告、犯罪嫌疑人之身體，但該代名詞（即「其」字）亦可指涉為「受逮捕、拘提或羈押之人」。第二、保護執法人員之人身安全乃附帶搜索主要之規範目的，證人也有可能攜帶武器危害執法人員，且偵查中的證人與被告之間不排除成立共犯之關係。是以拘提證人時亦得對之附帶搜索³⁷。否定說主張：拘提證人之立法目的，僅係當證人違反出庭作證義務時，以強制力迫使證人到審判庭上接受詰問，以保全審判程序之進行，與附帶搜索避免湮滅隨身證據之立法目的不同³⁸。但此一論點遺漏「保護執法人員之人身安全」，同為附帶搜索之規範目的。另有學者指出，刑事訴訟法第 130 條附帶搜索之對象，依立法理由與立法委員之提案說

³⁷ 林鈺雄，拘提證人與附帶搜索，月旦法學雜誌，第 75 期，2001 年 8 月，頁 14-15；王兆鵬著前揭書，頁 150；李榮耕著前揭文，頁 128。

³⁸ 簡陳由，論附帶搜索與隱私權保障之衝突，中國文化大學法律學院法律學研究所碩士論文，2015 年 1 月，頁 90。

明，僅限於「被告」與「犯罪嫌疑人」，故不得對證人附帶搜索³⁹。本文認為，對於人民權益產生干預的司法強制處分應以「被告」為主要作用對象，對於「證人」不宜行使司法強制處分（含附帶搜索）。且若文義解釋與論理解釋有所衝突時（依文義解釋應採肯定說；依立法者原意之歷史解釋應採否定說），應以論理解釋為準⁴⁰。是以，本文認為，拘提證人時，應不得對之附帶搜索。

執法人員依法執行拘提或逮捕之現場，若為嫌疑人或其家屬之住居所，為保護執法人員免受共犯或其親屬之攻擊，可容許執法人員對於拘捕之現場進行「保護性掃視」，以目視之方式查看現場有無存在危險人物與危險物品⁴¹。

二、即時性

附帶搜索之規範目的在於保護執法人員的人身安全與保全犯罪證據，附帶搜索行為與合法之逮捕、拘提或羈押行為之間，時間上須同時或具有時間密接性⁴²。被捕人若有武器早在第一時間即可攻擊執法人員，並將犯罪證據湮滅殆盡。故若已距離合法拘捕一段時間，執法人員不得再行附帶搜索⁴³。

三、合法之搜索範圍

刑事訴訟法第 130 條明文附帶搜索之範圍包含「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」。「身體」包括已經穿著的衣物口袋及戴上的帽子⁴⁴。「隨身攜帶之物件」包含已經手提之皮包、背包、手提包、已經上肩之背包、提袋⁴⁵。「所使用之交通工具」，實務認為係指「正使用」之交通工具：「…刑事訴訟法第一百三十條規定…所稱「所使用之交通工具」，係指被告、犯罪嫌疑人被逮捕當時，**正使用**

³⁹ 黃翰義著前揭書，頁 77-79。

⁴⁰ 鄭玉波著，黃宗樂修訂，《法學緒論》，臺北，三民，2016 年 8 月，二十二版，頁 78。

⁴¹ 保護性掃視的概念可參閱美國聯邦最高法院 *Maryland v. Buie* 案，王兆鵬著前揭書，頁 159-160。

⁴² 黃朝義著前揭書，頁 271。

⁴³ 李榮耕著前揭文，頁 128。

⁴⁴ 林俊益著前揭書，頁 320；林鈺雄，《搜索扣押註釋書》，臺北，自版，2001 年 12 月，頁 141。

⁴⁵ 林俊益著前揭書，頁 320。

之交通工具而言。本件警方係於九十一年六月十五日上午五時三十分，在上開 KTV 包廂逮捕上訴人，至同日上午十時至十時二十分，始在上訴人停放於該 KTV 旁六合二路附近之汽車內，搜索扣得大麻等物，顯與附帶搜索之要件不符，原判決認定該搜索所得之證物，有證據能力，殊非適法。」(最高法院 98 年度台上字第 2281 號刑事判決參照)。本文肯定此一判決之論點，且該案進行附帶搜索時，距離逮捕已近五小時，早已逸脫附帶搜索「即時性」要件之要求。「所使用之交通工具」，若舉極端之例，例如在民航客機上拘捕被告時，是否可對所使用之整架民航客機附帶搜索？學者主張，應配合附帶搜索前後文之規範（前文：隨身攜帶之物件；後文：立即可觸及之處所），將「所使用之交通工具」予以限縮解釋，以「受拘捕人所能立即觸及、控制之處」為基準⁴⁶，例如汽車前座之置物箱。循此基準，執法人員逮捕汽車駕駛人時，汽車之後行李箱並非立即可觸及、控制之處所，應不得對之附帶搜索。「立即可觸及之處所」，因每個人身形高矮各異，應個案認定：「…所謂立即可觸及之處所，則應依犯罪嫌疑人體格、身體自由是否受限制、行動機靈程度與扣押物所在距離遠近、關閉是否上鎖情形等具體狀況而為判斷…」(最高法院 96 年度台上字第 1630 號刑事判決參照)。至於現今科技社會中，可謂人手一支的行動電話⁴⁷（內之數位資料），是否可列入隨身攜帶之物件成為附帶搜索之範圍？本文於下述「第三目 行動電話內資訊之搜索與附帶搜索之關係」討論之。

四、法未明文之其他要件

附帶搜索之發動要件，除了前述「合法之逮捕、拘提或羈押」、「即時性」、「合法之搜索範圍」，有學者主張須有「附帶搜索與逮捕、拘提或羈押事由，必須出於同一事實」、「同案取證必要性」⁴⁸。逮捕與搜索行為必須出於同一事實，否則將形成毫無

⁴⁶ 王兆鵬著前揭書，頁 158-159；林俊益著前揭書，頁 321；林鈺雄，《刑事訴訟法（上冊）—總論編》，臺北，自版，2017 年 9 月，八版，頁 431；陳運財著前揭書，頁 323。

⁴⁷ 財團法人資訊工業策進會 2014 年 10 月間，針對台灣地區民眾進行調查，12 歲以上民眾智慧型手機普及率為 65.4%，約有 1,355 萬人擁有智慧型手機。

<http://www.chinatimes.com/newspapers/20141231000127-260204>

最後瀏覽日：2017 年 6 月 10 日。

⁴⁸ 柯耀程，逮捕通緝犯附帶搜索問題之重新思考—兼評最高法院九十一年度台上字第五六五三號判決，月旦法學雜誌，第 101 期，2003 年 10 月，頁 171。

限制之附帶搜索。對於搜索而言，其存在的意義與作用在於取證，搜索之本質在於實現證據取得之目的⁴⁹。若僅係為保護人身安全所為之搜查，並非精確意義之附帶搜索。附帶搜索須具備同案取證必要性之原因，不得假附帶之名，行恣意搜索之實⁵⁰。

第三目 行動電話內資訊的搜索與附帶搜索之關係

一、美國實務⁵¹

由於行動電話內的紀錄及檔案多為高度個人的資訊，美國在司法實務上，一致採取人們可主張享有合理隱私期待之立場。故美國實務認為，拘捕後，查看被拘捕人身上的行動電話，會構成搜索。一個關鍵的問題是：「在逮捕後，警察是否可以附帶搜索被逮捕人身上所扣得行動電話內的數位資料？」。2014 年前，美國下級法院有肯定與否定之見解，審判實務莫衷一是。2014 年，聯邦最高法院受理 *Riley v. California* 案⁵²，最終判定該案警察搜索查看 Riley 智慧型手機內簡訊與照片之行為，違反聯邦憲法第四增修條文，違憲。「否定」警察得附帶搜索被逮捕人身上行動電話內之數位資料。以下將該案檢察官之主張與聯邦最高法院多數意見，以表格方式整理比較：

檢察官主張	聯邦最高法院多數意見
保護執法官員人身安全	儲存於行動電話內的數位資料不可能對於任何人構成任何危險，不可能成為攻擊執法人員的武器，或是脫免逮捕的工具
可以得知是否有共犯 正前來逮捕的現場	一、檢察官並無法提出證據證明在現實上有此等需要 二、逾越過往只承認為防止被逮捕人取得武器的範圍 三、若在個案中確實有此需要，警察應該循其他令狀原則的例外為之，如緊急搜索

⁴⁹ 柯耀程，刑事訴訟法第三講：對物及處所之強制處分，月旦法學教室，第 81 期，2009 年 7 月，頁 68。

⁵⁰ 柯耀程，逮捕通緝犯附帶搜索問題之重新思考—兼評最高法院九十一年度台上字第五六五三號判決，月旦法學雜誌，第 101 期，2003 年 10 月，頁 170。

⁵¹ 李榮耕，數位資料及附帶搜索——以行動電話內的資訊為例，臺北大學法學論叢，第 100 期，2016 年 12 月，頁 267-283。

⁵² 該案之詳細事實經過，參閱李榮耕，數位資料及附帶搜索——以行動電話內的資訊為例，臺北大學法學論叢，第 100 期，2016 年 12 月，頁 269-270。

<p>資訊被加密或清除</p>	<p>一、如果發現行動電話時，其尚未上鎖，警察可以先予以扣押，關閉其自動上鎖的功能，避免資料的加密。再向法官聲請令狀，獲准後，即可查看電話內資料</p> <p>二、只要將行動電話從無線網路斷線，就可以避免其中的資料被從遠端清除。例如將電話關機或是移除電池。警察也可以將行動電話放入由鋁箔作成的「法拉第袋 (Faraday bags)」，由於該袋材質特性的緣故，可以完全阻絕無線訊號的傳遞</p> <p>三、假設個案中的具體情狀特殊且危急，確實有即時保全證據的必要，警察得依據緊急搜索進行搜索</p>
<p>檢閱被逮捕人身上行動電話的內容，就像是查看在其身上密閉容器內的物件，兩者間並無差別</p>	<p>行動電話與其他在被逮捕人身上找到的東西難以相比擬</p> <p>一、行動電話內存在一般物件中難以單一擁有的資訊，例如攝影機、影片播放器、電話簿、行事曆、錄音機、日記、相簿、電視、地圖、個人移動路徑及所停留的位置、照片及其拍攝的時間及地點等等</p> <p>二、行動電話能夠裝載大量的個人資訊，可以知悉過往生活中的各樣細節、得知社交及與特定人往來情形，對於個人隱私有巨大影響</p> <p>三、人們隨身攜帶著行動電話，代表人們隨時隨地攜帶各式各樣，極為大量的私密資訊在身上，和被逮捕人身上之密閉容器並不相同，應回歸到令狀原則。</p>
<p>將行動電話內得查看的範圍，僅限制在有合理相信存在有與犯罪有關、被逮捕人身份及警察官員人身安全的資訊</p>	<p>此種方式無法有效地控制警察的行為。在具體個案中，警察亦無法事前知悉在電話內會查看到什麼資訊，也因而會接觸到大量無關的個人資訊</p>
<p>過去可以查看被拘捕人身上皮夾中的照片，現在也可以檢閱其身上行動電話內的照片。</p>	<p>容許檢視皮夾中的一兩張照片不代表可以瀏覽行動電話中數以千計的照片。</p>

該案主筆之 Roberts 大法官指出，該案判定附帶搜索不適用於行動電話，是保障隱私所必須要付出的代價 (privacy comes at a cost)，因為行動電話已經不只是一個科技產品，而是承載著個人生活上大量私密事項的設備。但這並非代表禁止警察查看行動電話內的資訊，只是必須要回歸令狀主義，事前取得法官所核發的搜索票。且警察還是可

以援用其他無令狀搜索，例如緊急搜索。也正因為有緊急搜索可以因應個案之需要，故不須容許警察可以一律附帶搜索被拘捕人的行動電話。

二、我國法制

有學者認為，查看行動電話內的資訊之行為，並不適用於附帶搜索。我國執法人員查看被拘捕人行動電話內資訊之行為，可能適用通訊保障及監察法或刑事訴訟法。基於相對人是否知悉、對於通訊隱私影響時間長短不同、範圍不同、通訊所會涵蓋的範圍過大，以及徒增個案中不必要爭議等原因，認為行動電話內的資訊應不屬於通訊保障及監察法所定義的通訊。執法人員查看行動電話內資訊之行為，不構成通訊監察，也因而沒有通訊保障及監察法的適用。此種行為應屬刑事訴訟法所規範的搜索，但不合於附帶搜索的規範目的：第一、資訊本身無法成為攻擊執法人員的武器，若基於被拘捕人可能會利用電話聯繫同夥前來現場之理由，容許執法人員可以檢視相對人電話內的資訊，但此一理由亦可能完全出自臆測，未獲保障執法人員安全之利，反而先對相對人造成巨大的隱私侵害。即使在極端個案中確實存在前述需要，執法人員可以援用緊急搜索的規範，以保護自身或其他第三人的人身安全。第二、電話內的資訊都是以數位型態儲存，即使被拘捕人刪除，也不會完全消失無蹤。從電話中被刪除的檔案，多可藉由適當的軟體或程式予以追回⁵³。

本文贊同上述學者之見解，總結而言，附帶搜索之規範目的在於：保護執法人員之人身安全，以及防止被拘捕人立即湮滅或隱匿隨身攜帶的犯罪證據。但執法人員查看受拘捕人行動電話內各種資訊之行為，並未能與附帶搜索之規範目的精準嵌合，反而令受拘捕人之隱私受到嚴重侵犯。是以，應認查看行動電話內資訊的行為，沒有附帶搜索的適用，應回歸令狀原則。立法者應對此類科技社會下之議題進行立法或修法，讓第一線執法人員有明確規範得以遵循。

⁵³ 李榮耕，數位資料及附帶搜索——以行動電話內的資訊為例，臺北大學法學論叢，第 100 期，2016 年 12 月，頁 304-316。

第二款 逕行搜索

第一目 基礎與目的

偵查犯罪現場情況急迫時，若仍要求執法人員在搜索前須取得法院核發之搜索票，不僅妨礙犯罪偵察也阻擾有效打擊犯罪，故應准許執法人員在此情形下得為無令狀搜索⁵⁴。刑事訴訟法第 131 條第 1 項之逕行搜索，係允許無令狀搜索「人」之規範：「…按刑事訴訟法第一百三十一條規範之緊急搜索…，為即刻逮捕或拘提跑入『住宅或其他處所』之人，或為即刻發現在『住宅或其他處所』內犯罪或避免犯罪擴大，雖無搜索票，亦得逕行進入『住宅或其他處所』搜索該被拘捕之人或犯罪人。此際之搜索，係以緝捕嫌犯、發現現行犯為目的，亦即在於搜索人，而非搜索物…」（最高法院 95 年度台上字第 3979 號刑事判決參照）。因此，執法人員不得翻動書本、信件或抽屜等不可能藏匿人的地方⁵⁵，如逕行搜索已經發現應受拘提或逮捕之人後，就必須停止搜索⁵⁶，否則該搜索便屬於違法搜索⁵⁷。

第二目 發動要件

刑事訴訟法第 131 條第 1 項逕行搜索之發動，須被告、犯罪嫌疑人、現行犯等之蹤跡，已有事實足認其藏身於住宅或其他處所，始符合發動要件。其中第 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。」之規定，學理上之討論甚豐。

本款執行拘提之拘票，是否會因由檢察官或由法官簽發，而有所不同？單純觀察法條文義，並無作出區分。當警察持有拘票時，即得以執行拘提之目的，進入到其認為「有

⁵⁴ 王兆鵬著前揭書，頁 161。

⁵⁵ 林俊益著前揭書，頁 323；林鈺雄，《刑事訴訟法（上冊）—總論編》，臺北，自版，2017 年 9 月，八版，頁 431。

⁵⁶ 參閱最高法院 100 年度台上字第 2966 號刑事判決。

⁵⁷ 參閱最高法院 94 年度台上字第 3062 號刑事判決。

事實足認被告或犯罪嫌疑人確實在內」的私人住所中。但須注意者是，拘提與搜索，無論是對於人民權利之干預，或是依刑事訴訟法是否受令狀主義約束之問題，皆非相同。

搜索，屬於對個人隱私的侵害；拘提則影響相對人的人身自由。依刑事訴訟法之規定，搜索應用搜索票，而搜索票（僅得）由法官簽名（第 128 條第 1 項及第 3 項）。至於拘提，偵查中之拘票得由檢察官簽名，並未如同搜索，採取令狀主義，僅得由法官簽名（第 77 條第 3 項準用第 71 條第 4 項，即傳票，於偵查中由檢察官簽名之規定，於拘票準用之）。立法者在此做了相當明確的價值判斷及政策決定：在偵查中，檢察官有權決定個案中是否存有限制人民人身自由的相當理由，但就是否得限制相對人的隱私權益，即進行搜索一事，就只有法官能夠審查判斷。是否能夠進入到私人住宅內（搜索），並非檢察官所得決定⁵⁸。本文認為，拘提乃限制人民人身自由之強制處分，應同搜索由法官決定，現行刑事訴訟法容許檢察官簽發拘票，恐有牴觸憲法第 8 條保障人民人身自由的疑慮。

如容許司法警察執檢察官簽發之拘票實施搜索、扣押，無異鼓勵「假拘提之名而行搜索、扣押之實」，以規避法院就搜索、扣押之合法性審查。職是之故，本文基於搜索僅得由法官決定，檢察官簽發之拘票無法取代中立法官判斷之立場⁵⁹，以及避免偵查機關藉拘票之名，行搜索之實，造成濫行搜索、恣意侵害人民隱私之理由，認為司法警察若僅持有檢察官所簽發的拘票，「不得」進行刑事訴法第 131 第 1 項第 1 款的搜索⁶⁰。

若警察係持「法官」所簽發之拘票，有學者主張，警察得依刑事訴訟法第 131 條第 1 項第 1 款之規定，逕行搜索「該犯罪嫌疑人」之處所。依照現行刑事訴訟法之規定，法官同時擁有簽發搜索票以及拘票的權限，當法官已經簽發拘票拘提犯罪嫌疑人時，應無不准警察進入到其家中拘提該犯罪嫌疑人之理，當法官准許拘提特定犯罪嫌疑人時，

⁵⁸ 李榮耕，拘提及緊急搜索，東海大學法學研究，第 42 期，2014 年 12 月，頁 144。

⁵⁹ 不同見解：於逕行搜索之情形，拘票乃與搜索票有相同的保障功能，拘票可代替搜索票，無須搜索票。見黃東熊、吳景芳著前揭書，頁 216。惟黃教授與吳教授未說明何以此時拘票可代替搜索票之原因。

⁶⁰ 相同見解：王兆鵬，逾越搜索權之拘提，月旦法學雜誌，第 81 期，2002 年 2 月，頁 101。李榮耕，拘提及緊急搜索，東海大學法學研究，第 42 期，2014 年 12 月，頁 112-113。

應認法官也同時准許警察官員搜索其住宅，以達到拘提之目的⁶¹。但警察「不得」進入「第三人的住宅」中進行拘提。理由在於，法官事實上並未事先審查有無相當理由可信犯罪嫌疑人位處於第三人的處所中，在拘票上又無第三人住居所的記載，根本無法推知法官已准許警察進入特定第三人的處所拘提犯罪嫌疑人。是以，持有法官所簽發之拘票，必須另外聲請搜索票，才能夠進入到第三人的住宅中執行拘提⁶²。

有學者則將「個案是否具有緊急情狀」，列入得否開啟刑事訴訟法第 131 條第 1 第 1 款逕行搜索之判斷標準。其認為不論警察所持有的是檢察官或法官所簽發的拘票，若個案「不存在緊急情狀」，警察皆「不得」以執行拘票的理由，進入私人（包含犯罪嫌疑人、第三人）之處所執行拘提。為了周延保障人民的隱私，應認為刑事訴訟法第 131 條第 1 項第 1 款所稱之「拘提」，應僅指同法第 88 條之 1 的「緊急拘提」⁶³。其進一步指出，唯有此種型態的拘提，存有「情況急迫」無法即時聲請拘票之緊急情狀，正因為存有如此之緊急情狀，故除了可容許偵查機關逕行拘提外（第 88 條之 1 第 1 項），亦可容許其在無拘票的情形下，進入私人住宅內搜索特定對象，並執行拘提（第 131 條第 1 項第 1 款）。如果遇有緊急情狀（例如屋內傳出打鬥聲或槍聲，或是屋外追捕犯罪嫌疑人，見到其進入房屋內），警察無論是否持有拘票，都可以進入該私人處所內（第 131 條第 1 項第 2、3 款），拘提或逮捕處所內的犯罪嫌疑人或應受拘提之人⁶⁴。此一論點係採取論理解釋之解釋方法，雖然與直觀的文義解釋有所衝突，但若文義解釋與論理解釋有所衝突時，應以論理解釋為準⁶⁵。本文認為，此一論點對於人民隱私權利之保障，採取高強度標準，但未排除偵查機關面臨緊急情狀下發動搜索，在保障人權與打擊犯罪間取得適切平衡。

⁶¹ 王兆鵬著前揭書，頁 175。

⁶² 王兆鵬著前揭書，頁 178。

⁶³ 不同見解：該款所稱之拘提包含對被告之一般拘提（刑事訴訟法第 71 條之 1、第 75 條）、逕行拘提（刑事訴訟法第 76 條）、對受死刑或自由刑判決而未經羈押之人的拘提（刑事訴訟法第 469 條）。見林鈺雄，《搜索扣押註釋書》，臺北，自版，2001 年 12 月，頁 152。

⁶⁴ 李榮耕，拘提及緊急搜索，東海大學法學研究，第 42 期，2014 年 12 月，頁 149-155。

⁶⁵ 鄭玉波著，黃宗樂修訂，《法學緒論》，臺北，三民，2016 年 8 月，羅一二十二版，頁 78。

第三款 緊急搜索

第一目 基礎與目的

刑事訴訟法第 131 條第 1 項之逕行搜索為「拘捕搜索」⁶⁶；刑事訴訟法第 131 條第 2 項之緊急搜索為「偵查搜索」⁶⁷。緊急搜索之目的在於避免證據有遭偽造、變造、湮滅或隱匿的危險，迅速取得證據並加以保全證據。簡言之，刑事訴訟法第 131 條第 2 項之緊急搜索，以「保全證據」為目的⁶⁸。

第二目 發動要件

緊急搜索之發動要件有二：一、急迫性：應審查實質上是否具備相當理由得發現證據，情況急迫來不及向法院聲請核發搜索票；二、必要性：非迅速搜索，24 小時內證據有偽造、變造、湮滅或隱匿之虞⁶⁹。

發動緊急搜索主體限於檢察官，警察機關作為第一線偵查犯罪者，依現行條文之規定卻無緊急搜索權，必須在檢察官之「指揮」下始得執行緊急搜索。有學者主張，此一立法過於限縮發動主體，忽視偵查實際情況，應將檢察事務官、司法警察官或司法警察一併納入緊急搜索之發動主體⁷⁰。本文認為，上述說法雖然言之有理，但相較於找人的逕行搜索，緊急搜索蒐集保全證據之概念較不明確，現行法謹慎地將發動緊急搜索之主體僅限於檢察官，乃避免第一線之偵查機關泛泛云稱為保全證據便逕自發動搜索，造成對人民權益之重大侵害⁷¹。另依 2017 年 5 月 24 日修正之《檢察機關實施搜索扣押應行注意事項》第二十三點：「檢察官依本法第一百三十一條第二項、第一百三十三條之二第三項規定指揮檢察事務官、司法警察官、司法警察執行逕行搜索、逕行扣押時，為迅速及便捷起見，得以口頭指揮或發指揮書之方式為之；其以口頭為之者，於執行搜索、

⁶⁶ 參閱臺灣高等法院高雄分院 105 年度抗字第 55 號刑事裁定、臺灣新北地方法院 103 年度急搜字第 14 號刑事裁定。

⁶⁷ 林鈺雄，《刑事訴訟法（上冊）—總論編》，臺北，自版，2017 年 9 月，八版，頁 432。

⁶⁸ 林俊益著前揭書，頁 328；參閱臺灣板橋地方法院 97 年度急搜字第 22 號刑事裁定。

⁶⁹ 林俊益著前揭書，頁 329。

⁷⁰ 王兆鵬著前揭書，頁 180-181；黃朝義著前揭書，頁 248-249。

⁷¹ 林俊益著前揭書，頁 328。

扣押後應補發指揮書。」檢察官得以「口頭」指揮司法警察，例如司法警察得以行動電話連絡檢察官請求核可緊急搜索⁷²。是以，現行緊急搜索主體限於檢察官之規定，應尚未對於偵查犯罪保全證據之效能產生嚴重侵害。

第四款 同意搜索

第一目 基礎與目的

同意搜索的法理基礎，國內學者採取「基本權拋棄理論」：同意搜索係基本權利之拋棄，被搜索人的同意，成為正當化執法機關侵害人民隱私之事由⁷³。基本權拋棄，並非指「全面」拋棄基本權，亦非拋棄作為基本權主體的能力（基本權權利能力之拋棄）。基本權拋棄的具體內涵有二：一、基本權利主體以其相對於國家的地位，表示在特定的情況下以及一定的時間內，「不行使」源自於基本權的個別機能（基本權行使的放棄）。例如向國家表明在新兵入伍訓練期間放棄結婚；二、「同意」國家干預基本權利（基本權干預的同意），在法律上有拘束性的聲明，放棄特定基本權的保護。例如人民同意警察進入家中實施搜索。「基本權之拋棄」須與「單純不行使基本權利」之概念區分，單純不行使基本權利，例如不表達意見。釋字第 577 號揭示憲法第十一條保障人民有積極表意之自由，及消極不表意之自由。因此不表達意見，實際只是消極地行使言論自由⁷⁴。

須注意者是，基本權利主體並非對於任何基本權均得以拋棄，若某一基本權的作用在於保障公益（目的在於維持或支持政治上與社會上的各種基本原則），則此時不存在對於基本權的處分權限。例如憲法第 129 條保障「秘密投票權（無記名投票權）」，目

⁷² 林鈺雄，《搜索扣押註釋書》，臺北，自版，2001 年 12 月，頁 155。

⁷³ 林俊益著前揭書，頁 330；林鈺雄，《刑事訴訟法（上冊）—總論編》，臺北，自版，2017 年 9 月，八版，頁 433；黃惠婷，同意搜索與違反令狀原則之法律效果—臺灣高等法院八十八年度上訴字第二九五七號判決評釋，台灣本土法學雜誌，第 27 期，2001 年 10 月，頁 69-70。不同見解：即使當事人放棄，國家機關亦無法取得侵入住居搜索的正當性基礎。見陳運財著前揭書，頁 329。美國聯邦最高法院 1973 年於 *Schneekloth v. Bustamonte* 案中則採取「合理搜索理論」：同意搜索係合理的搜索方式，經過相對人之同意，執法機關的搜索成為合理的搜索，為憲法所容許。合理搜索理論亦為嗣後美國聯邦最高法院判斷同意搜索是否有效的主流標準。詳參閱蔡榮耕，Yes, I do！—同意搜索與第三人同意搜索，月旦法學雜誌，第 157 期，2008 年 6 月，頁 106-109。

⁷⁴ 程明修，基本權拋棄，月旦法學教室，第 35 期，2005 年 9 月，頁 6；法治斌、董保城，《憲法新論》，臺北，自版，2014 年 9 月六版，頁 197-198。

的在於讓選舉制度得以正確反應人民的民主意志，因此無基本權之拋棄可能。故人民無法主張在選票上記名或為亮票之行為是對於秘密投票權之拋棄⁷⁵。

第二目 發動要件

刑事訴訟法第 131 條之 1 同意搜索，因受搜索人之自願性同意，令原本屬於強制權利干預的搜索行為，成為任意性的蒐證行為⁷⁶。於實體要件，如何判斷受搜索人之同意係出於「自願」？學說⁷⁷與最高法院 94 年度台上字第 1361 號判決認為應「綜合一切情狀判斷」：「…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、警察所展現之武力是否暗示不得拒絕同意、拒絕警察之請求後警察是否仍重複不斷徵求同意、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。…」。

是否課予偵查機關負有告知受搜索人其於法律上並無配合或忍受之義務？有學者認為此舉有利於擔保同意之自願性⁷⁸，或基於避免以同意名義卻行違法搜索之情形⁷⁹，而採取肯定見解。關於此議題，本文贊同學說持肯定立場，並支持地方法院之清晰論述：「…搜索之強制處分性質上為基本權之干預，雖屬得捨棄之基本權，惟礙於現實情境，個人於訴訟程序面對國家機關時，一來往往誤以為其有忍受之義務，二來難以判斷合法與違法強制處分之區別，三來必須擔心不同意而帶來更不利益之後果，為免檢警以同意之名行違法搜索之實，應行踐行一定程序後，始能主張其搜索程序因經同意而合法，此即本於

⁷⁵ 程明修著前揭文，頁 7；法治斌、董保城著前揭書，頁 199。

⁷⁶ 柯耀程，刑事訴訟法第三講：對物及處所之強制處分，月旦法學教室，第 81 期，2009 年 7 月，頁 73。

⁷⁷ 王兆鵬著前揭書，頁 196；林俊益著前揭書，頁 330；林鈺雄，《搜索扣押註釋書》，臺北，自版，2001 年 12 月，頁 168。

⁷⁸ 林鈺雄，《刑事訴訟法（上冊）—總論編》，臺北，自版，2017 年 9 月，八版，頁 433；陳運財著前揭書，頁 330-331。

⁷⁹ 張麗卿著前揭書，頁 283。

憲法第 8 條第 1 項正當程序原則之要求，故執行搜索之人員應盡事先的告知義務，告知受搜索人同意搜索之法律效果及在於法律上並無配合或忍受之義務…始符法定程序」（臺灣高雄地方法院 103 年度訴字第 468 號刑事判決參照）⁸⁰。至於同意搜索程序要件之規定，執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄。被搜索人同意之筆錄只能在搜索之前或當時完成，不能於事後補正⁸¹。

第三項 搜索之程序與限制

行為主體縱有搜索權，但若未依法定要件或法定程序而搜索，依然該當不依法令搜索，成立違法搜索罪。茲將刑事訴訟法對於搜索之程序與限制之相關規定分列於次：

- 一、搜索婦女之限制：搜索婦女之身體，應命婦女行之⁸²。但不能由婦女行之者，不在此限（第 123 條）⁸³。
- 二、搜索之保密原則：搜索應保守秘密，並應注意受搜索人之名譽（第 124 條）。
- 三、經搜索而未發見應扣押之物者，應付與證明書於受搜索人（第 125 條）。
- 四、公務物件之限制：政府機關或公務員所持有或保管之文書及其他物件應扣押者，應請求交付。但於必要時得搜索之（第 126 條）。理論上以請求交付為原則，以直接搜索為例外。

⁸⁰ 不同見解：「…不得徒憑在場員警未予口頭告知被告得拒絕同意搜索之語，即全盤否認該自願性搜索之合法性…」，見臺灣高等法院臺中分院 105 年度上訴字第 679 號刑事判決。而最高法院對此議題似尚未明確表態。

⁸¹ 參閱最高法院 100 年度台上字第 7112 號刑事判決。

⁸² 相同立法，參閱《海岸巡防法》第 6 條第 2 項、《海關緝私條例》第 11 條。

⁸³ 至於搜索「總統」之特別情形，參閱司法院釋字第 627 號解釋：「…總統之刑事豁免權，不及於因他人刑事案件而對總統所為之證據調查與證據保全。惟如因而發現總統有犯罪嫌疑者，雖不得開始以總統為犯罪嫌疑人或被告之偵查程序，但得依本解釋意旨，為必要之證據保全，即基於憲法第五十二條對總統特殊身分尊崇及對其行使職權保障之意旨，上開因不屬於總統刑事豁免權範圍所得進行之措施及保全證據之處分，均不得限制總統之人身自由，例如拘提或對其身體之搜索、勘驗與鑑定等，亦不得妨礙總統職權之正常行使。其有搜索與總統有關之特定處所以逮捕特定人、扣押特定物件或電磁紀錄之必要者，立法機關應就搜索處所之限制、總統得拒絕搜索或扣押之事由，及特別之司法審查與聲明不服等程序，增訂適用於總統之特別規定。於該法律公布施行前，除經總統同意者外，無論上開特定處所、物件或電磁紀錄是否涉及國家機密，均應由該管檢察官聲請高等法院或其分院以資深庭長為審判長之法官五人組成特別合議庭審查相關搜索、扣押之適當性與必要性，非經該特別合議庭裁定准許，不得為之，但搜索之處所應避免總統執行職務及居住之處所。其抗告程序，適用刑事訴訟法相關規定…」。

五、軍事處所之限制：軍事上應秘密之處所，非得該管長官之允許，不得搜索。前項情形，除有妨害國家重大利益者外，不得拒絕（第 127 條）。是否有妨害國家重大利益，應由法院就軍事機關長官所提出之具體事由客觀判斷之⁸⁴。

六、搜索之比例原則：抗拒搜索者，得用強制力搜索之。但不得逾必要之程度（第 132 條）。

七、檢察官或司法警察官於聲請核發之搜索票執行後，應將執行結果陳報核發搜索票之法院，如未能執行者，應敘明其事由（第 132 條之 1）。

八、法官、檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察執行搜索及扣押，除依法得不用搜索票或扣押裁定之情形外，應以搜索票或扣押裁定示第一百四十八條在場之人（第 145 條）。

九、住宅搜索之時間限制：

（一）原則：不得於夜間入內搜索。

有人住居或看守之住宅或其他處所，不得於夜間入內搜索或扣押（第 146 條第 1 項本文）。稱「夜間」者，為日出前，日沒後（第 146 條準用第 100 條之 3）。

（二）例外：仍得於夜間入內搜索。

1、無人住居或看守之住宅或其他處所；2、經承諾者。實務認為，此處所謂之承諾，應以當事人之自願且明示之同意為限，而不包括當事人未為反對表示之情形（最高法院 96 年度台上字第 5508 號刑事判決參照）；3、有急迫之情形者；4、特殊時間：日間已開始搜索或扣押者，得繼續至夜間（第 146 條第 3 項）。5、特殊處所：下列處所，夜間亦得入內搜索或扣押：（1）假釋人住居或使用處所。（2）旅店、飲食店或其他於夜間公眾可以出入之處所，仍在公開時間內者。（3）常用為賭博、妨害性自主或妨害風化之行為者。（第 147 條）

⁸⁴ 林俊益著前揭書，頁 335。

十、住宅搜索應有人在場：蓋執行搜索容易發生爭端，故命一定之人會同在場⁸⁵。

(一) 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 148 條)。

(二) 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(第 149 條)。

(三) 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(第 150 條)。須注意者是，因被告並無主動協助偵查的義務，故被告若不願在場，不能對被告加以拘束⁸⁶。

第四項 搜索救濟途徑

第一款 令狀搜索之救濟

令狀搜索之救濟途徑包含「抗告」與「準抗告」，分述如下。

一、抗告：法院對於搜索之裁定，屬於判決前關於訴訟程序的裁定，依刑事訴訟法第 404 條第 1 項本文，本來屬於不得抗告之裁定，但「搜索裁定」依同項但書第 2 款，例外得提起抗告。檢警聲請搜索經「法院裁定駁回」者，依刑事訴訟法第 128 條第 3 項之規定，不得聲明不服。無令狀搜索並無經法院裁定，故無法適用「抗告」之救濟途徑，僅「法院裁定准許」之「令狀搜索」得以提起抗告。

⁸⁵ 張麗卿著前揭書，頁 284。

⁸⁶ 林俊益著前揭書，頁 337；黃東熊、吳景芳著前揭書，頁 212。

二、準抗告：對於審判長、受命法官、受託法官或檢察官所為之特定處分有不服者，受處分人得聲請所屬法院撤銷或變更之（刑事訴訟法第 416 條第 1 項），一般稱為準抗告。搜索處分依刑事訴訟法第 416 條第 1 項第 1 款，為得提起準抗告之處分。

第二款 無令狀搜索之救濟

以下以表格方式說明無令狀搜索之救濟途徑與事後審查⁸⁷：

發動主體 搜索類型	檢察官		檢察事務官、 司法警察（官）
	準抗告§416 I①	無事後審查	無事後審查
附帶搜索§130	準抗告§416 I①	無事後審查	無事後審查
逕行搜索§131 I	準抗告§416 I①	事後審查§131 III	事後審查§131 III
緊急搜索§131 II	準抗告§416 I①	事後審查§131 III	事後審查§131 III
同意搜索§131-1	準抗告§416 I①	無事後審查	無事後審查

從上表之整理比較，可明顯發現無令狀搜索之救濟途徑出現明顯漏洞。其一，刑事訴訟法第 416 條第 1 項關於準抗告之規定，漏未將檢察事務官、司法警察（官）列入規範主體，以致無法對由檢察事務官、司法警察（官）所發動之無令狀搜索，提起準抗告之救濟。其二，檢察事務官、司法警察（官）所執行之附帶搜索、同意搜索，應係偵查實務中經常執行之無令狀搜索，未料竟毫無任何事後審查之特別救濟途徑。有學者即主張，此舉顯然違背法治國原則與正當法律程序的精神，宜準用刑事訴訟法第 131 條第 3 項事後審查程序之規定⁸⁸。本文認為，附帶搜索與同意搜索，對於人民之隱私權益產生干預侵擾，於「應然面」即應接受事後審查。

⁸⁷ 林俊益著前揭書，頁 332。

⁸⁸ 張麗卿著前揭書，頁 283。

第三節 科技社會下的搜索課題—線上搜索

承本文前述第三章之說明，廣義之搜索概念，係指不限於刑事程序上之目的，凡對人之身體、物品或處所，以視覺及觸覺結合而進行之接觸行為，藉以尋找或探知特定之人或物。吾人可以發現，縱然已從廣義之視角觀察搜索概念，但過往傳統看法將搜索概念聚焦於「公開對於物理性空間之有體物為探索」，恐已不足因應人們對隱私權益之需求。在科技進步及偵查技術發達的今日，借助於各種設備，偵查機關已經不需要進入到特定空間，就可以知悉當中的情況、人們之間的對話，或是發生過的活動。如果繼續以進入到特定處所或侵入物理空間來理解搜索，偵查機關許多得以探知人民隱私的行為，不受到搜索相關規範的節制，人民的隱私也將全然暴露在公權力之下，無法受到必要的保護⁸⁹。換言之，違法搜索罪構成要件中之「搜索」概念，也隨科技技術偵查方式的進展而可能有所變動，因而有必要重新建構搜索概念，本文於下一節嘗試提出淺見。以下先予說明新型態之偵查方法—「線上搜索」。

第一項 意義

線上搜索之意義，一般認為是指利用間諜程式（例如，特洛伊木馬或蠕蟲等）抑或利用系統後門（Backdoors）等線上侵入技術，秘密侵入資訊科技系統後，使用電腦程式進行徹底而全面性的自動探索、解析，進而取得其系統內所儲存之目標數位資料的偵查手法⁹⁰。學者認為，線上搜索之概念包含四要素：一、國家機關之行為；二、秘密侵入私人資訊系統；三、以科技方式侵入；四、擷取得作為證據之資訊⁹¹。

線上搜索，自字面上觀之，容易令人誤解為是傳統搜索處分的一種類型，但實則其概念不同於傳統搜索處分。「行為隱密性」之有無，為其明顯之區別。搜索處分欠缺隱

⁸⁹ 李榮耕，數位資料及附帶搜索——以行動電話內的資訊為例，臺北大學法學論叢，第100期，2016年12月，頁294。

⁹⁰ 劉芳伶，遠距搜索扣押與令狀之明示特定，東海大學法學研究，第49期，2016年8月，頁54-55。

⁹¹ 何賴傑，論德國刑事程序「線上搜索」與涉及電子郵件之強制處分，月旦法學雜誌，第208期，2012年9月，頁232。

密性，被搜索人亦得於搜索現場。線上搜索，則以秘密、隱密方式為之，被搜索人對於線上搜索一事毫無所悉⁹²。另一明顯之區別是，線上搜索已跳脫傳統搜索以有體物為對象之既有框架，而係以「無形的數位資訊等情報」為其行為之對象，換言之，線上搜索與家宅等物理性場所或於其內所放置之有體物無涉⁹³。由上述之區別說明可知，線上搜索於性質上已與傳統之搜索處分大相逕庭，因而有學者嘗試使用其他用語，例如「線上擷取資料」⁹⁴、「秘密侵入資訊系統」⁹⁵。但由於國內文獻撰文討論仍多使用線上搜索一詞，且其仍是目前德國刑事訴訟法學界較常使用之用語⁹⁶，故本文之行文並不置換使用其他用語。

線上搜索對於人民隱私權之侵害極為巨大，民主法治國家是否允許線上搜索？自比較法觀點觀察，2006年，德國北萊茵-西法倫邦透過修法程序，在該邦憲法保護法新增第5條第2項第11款，授權憲法保護機關得進行線上搜索⁹⁷。但該授權法律，於2008年2月遭到德國聯邦憲法法院認為侵害「保障資訊系統之私密性與完整性之基本權」，構成違憲。德國聯邦憲法法院所持之理由為：使用資訊科技與人格發展及人格之危害緊密連結，因此形成基本權保護的需求。鑑於不受阻礙之人格發展，人民對國家尊重資訊系統之保障資訊系統之私密性與完整性具有正當期待與信賴⁹⁸。一般人格權包含保障資訊科技系統私密性與完整性的基本權，其保護範圍主要在讓使用者享有資訊科技系統製作、處理、儲存資料的私密性；一旦資訊系統受到攻擊，以致他人可使用該資訊系統的

⁹² 何賴傑，論德國刑事程序「線上搜索」與涉及電子郵件之強制處分，月旦法學雜誌，第208期，2012年9月，頁233。

⁹³ 劉芳伶著前揭文，頁57。

⁹⁴ 何賴傑，論德國刑事程序「線上搜索」與涉及電子郵件之強制處分，月旦法學雜誌，第208期，2012年9月，頁234。

⁹⁵ 何賴傑，論德國刑事程序「線上搜索」與涉及電子郵件之強制處分，月旦法學雜誌，第208期，2012年9月，頁234。

⁹⁶ 何賴傑，論德國刑事程序「線上搜索」與涉及電子郵件之強制處分，月旦法學雜誌，第208期，2012年9月，頁234。

⁹⁷ 德國法制上所稱之「憲法保護」，指國家安全情報工作，性質上相當於我國的國家情報工作法。謝碩駿，警察機關的駭客任務—論線上搜索在警察法領域內實施的法律問題，臺北大學法學論叢，第93期，2015年3月，頁5。

⁹⁸ 王士帆，網路之刑事追訴—科技與法律的較勁，政大法學評論，第145期，2016年6月，頁350-351。

效能、運算與儲存內容，即構成此基本權的侵害⁹⁹。有學者認為，保障資訊系統之私密性與完整性之基本權，為德國基本法第 2 條第 1 項(一般人格權)與第 1 條 1 項(人性尊嚴)之特別表現形式¹⁰⁰。值得留意者是，德國聯邦憲法法院並不認為線上搜索被該國基本法絕對禁止，若擁有法律明文之授權，且該法律必須符合比例原則與法明確性原則¹⁰¹，且有事實證據顯示，個人之重要優越利益或公共之重要優越利益（避免危害國家存立、人類生存之公共利益）存有具體危害，並有相當高的可能性，該具體危害於可見之未來即將發生，於符合法官保留原則¹⁰²及採行高度的科學技術門檻（防止第三人順道擅入他人 IT 系統）之節制下，則該授權規定即不至於違憲。

如具體個案確實係為維護重大法益、具高度的損害發生可能性，並有完善的監督機制與配套措施時，德國仍容許執行線上搜索。2008 年 12 月，德國聯邦立法者於德國聯邦刑事局法制定第 20 k 條，授權聯邦刑事局為防止國際恐怖主義之危害，得實施線上搜索，利用科技工具秘密侵入人民的資訊科技系統設備內從中蒐集資訊，即為一例¹⁰³。

第二項 與其他概念之區別

第一款 線上檢閱

線上檢閱，係指「偵查機關對於被處分人所有的電磁紀錄媒體已經合法占有，而利用該媒體的連線狀態，藉以取得該媒體所連結之遠端電腦內所儲存之數位資料」之偵查手法（德國刑事訴訟法 110 條 3 項）¹⁰⁴。偵查機關實施線上檢閱之際，「不得使用線上侵入技術」，而只能直接利用已經合法占有之被處分人的電腦內既存的連線設定狀態進

⁹⁹ 王士帆著前揭文，頁 351。

¹⁰⁰ 德國學界對德國憲法法院所創設之此一新興基本權，容有批判與懷疑之意見，例如質疑德國憲法法院並未說明為何在 1983 年從德國基本法第 2 條第 1 項(一般人格權之保障)結合第 1 條第 1 項(人性尊嚴之保障)所導出之「資訊自主決定權」，不能用來對抗(涉及大規模資料擷取的)線上搜索措施？詳參閱謝碩駿著前揭文，頁 24-26。

¹⁰¹ 劉芳伶著前揭文，頁 86-87、89。

¹⁰² 何賴傑，論德國刑事程序「線上搜索」與涉及電子郵件之強制處分，月旦法學雜誌，第 208 期，2012 年 9 月，頁 237。

¹⁰³ 謝碩駿著前揭文，頁 6。

¹⁰⁴ 劉芳伶著前揭文，頁 57。

入其所連結的遠端電腦，而且必須是具有保全證據之必要性，始得為之¹⁰⁵。然而，線上搜索必須運用線上侵入技術，故線上檢閱之概念並不等於線上搜索。

第二款 遠距搜索

遠距搜索可定義為「偵查機關親赴現場以利用被處分人之終端裝置公然侵入 IT 系統後，使用電腦程式進行自動探索、解析，進而取得其系統內所儲存之目標數位資料的偵查手法」。遠距搜索與線上搜索之區別如下表所示¹⁰⁶：

	遠距搜索	線上搜索
要否親赴現場	要，具公然性	否，具秘密性
要否利用被處分人的終端裝置	要，具物理性	否，不具物理性

第三款 網路電信監察

網路電信監察，指對人民的網路電子通訊過程採取監看或監聽措施，換言之，趁人民正在進行網路電子通訊時，將通訊雙方傳遞的數位資料從中攔截、複製並予以分析。從「行為目標」的角度觀察，即可知「線上搜索」與「網路電信監察」是兩種截然不同的干預措施。線上搜索之行為目標是「儲存在電腦硬碟(或其他資訊科技系統)內的數位資料」，是為了找尋證據或其他可能之偵查線索，偵查機關刻意鎖定特定電腦，在電腦開始通訊之前，即啟動所儲存的電腦資料傳輸至偵查單位¹⁰⁷；而網路電信監察要監察的則是「正在進行中的網路電子通訊」¹⁰⁸。

第四款 源頭電信監察

「源頭電信監察」則是將「網路電信監察（的行為目標）」與「線上搜索（的行為方式）」結合為一的偵查技術：在人民的電腦或其他網路通訊設備中秘密植入木馬程式或其他惡意軟體（施用侵入技術），一旦網路電子通訊的發訊方發出訊息，該侵入技術

¹⁰⁵ 劉芳伶著前揭文，頁 58。

¹⁰⁶ 劉芳伶著前揭文，頁 57-59。

¹⁰⁷ 王士帆著前揭文，頁 379。

¹⁰⁸ 謝碩駿著前揭文，頁 19。

可以即時發揮功能，搶先在電子通訊的內容還沒有被加密處理前，同步將發訊方發出的訊息複製並傳輸給電信監察機關。源頭電信監察之目的是在通訊內容尚未被加密處理前，「監看或監聽網路電子通訊的內容」，而非同線上搜索般係為「窺視儲存在電腦通訊設備內的數位資料」。德國聯邦刑事局法第 201 條第 2 項已設有「源頭電信監察」的授權規定¹⁰⁹。

下列表格比較線上搜索、線上檢閱、網路電信監察、源頭電信監察之差異：

	有無施用侵入技術	行為目標
線上搜索	有	儲存在電腦硬碟(或其他資訊系統)內的數位資料
線上檢閱	無	合法占有之電磁媒體後，其所連結之遠端電腦內儲存之數位資料
網路電信監察	無	正在進行中的網路電子通訊
源頭電信監察	有	正在進行中的網路電子通訊

第三項 於我國法律制度下之探討

線上搜索以線上侵入技術秘密侵入資訊科技系統後，使用電腦程式進行徹底而全面性的自動探索、解析，進而取得其系統內所儲存之目標數位資料的偵查手法，讓偵查機關可謂一網打盡相對人儲存於資訊科技系統之文件、圖片、照片、影片、email 通郵紀錄等各種資訊，無疑是犯罪偵查之利器，但同時亦對相對人之隱私權造成巨大侵害。

釋字第 603 號指出，基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，保障個人生活私密領域免於他人侵擾，及個人資料之自主控制，隱私權乃不可或缺之權利，受憲法第 22 條所保障。有學者認為，隱私權本質上屬相對性極高之權利概念，乃個人主張自己私生活領域不被他人侵擾或私事不被揭露之權，每每與個別當事人主觀認知、當下所處風土民情或社會文化有密切關連，殊難有一普世、客觀標準以界定其範圍¹¹⁰。

以下探討我國現行各法律制度，得否成為線上搜索之法律依據。

¹⁰⁹ 謝碩駿著前揭文，頁 14。

¹¹⁰ 范姜真嫩，個人資料保護法關於「個人資料」保護範圍之檢討，東海大學法學研究，第 41 期，2013 年 12 月，頁 106。

第一款 刑事訴訟法第 122 條

2001 年刑事訴訟法第 122 條將「電磁紀錄」增列為搜索對象。電磁紀錄，「謂以電子、磁性、光學或其他相類之方式所製成，而供電腦處理之紀錄」（刑法第 10 條第 6 項參照）。對於電磁紀錄之搜索，得否作為線上搜索之法律依據？本文採否定之立場。

首先，刑事訴訟法第 122 條就立法技術而言，已存在缺失。有學者認為，該條除了電磁紀錄以外之搜索客體（被告或犯罪嫌疑人之身體、物件、住宅或其他處所），皆是立基在「物質空間」所為之探索，有賴於偵查人員之肉眼等感覺系統。然而，2001 年立法者將位於「虛擬空間」之電磁紀錄增列為搜索客體時，並未針對「虛擬空間」與「物質空間」之不同特性分別作適當規制，忽視電磁紀錄與其他搜索客體本質上之差異，恐造成解釋之衝突與矛盾¹¹¹。且單以電磁紀錄一詞，並無法有效節制與控制偵查機關以之所取得之資訊量。

其次，自概念所涵蓋的範圍觀之，偵查機關透過線上搜索之方式，將可能完全掌握資訊科技系統使用者之所有相關資訊。若貿然認為刑事訴訟法對於電磁紀錄之搜索，其射程範圍已可及於線上搜索，恐嚴重忽視線上搜索乃迥異於傳統搜索（公開對物理性空間之有體物為探索）之特性，以及其所可能帶來之隱私權與涉及人性尊嚴之侵害¹¹²。

更有學者認為，線上搜索並非刑事訴訟之搜索。原因在於，線上搜索具備秘密性，對於人民權益之侵害強度，遠高於刑事訴訟法之公開搜索，已成為一種具有獨立新性質的強制處分。公開執行搜索時，視個案之情形，受干預者可能主動交付搜索標的，以避免被搜索，甚至當欠缺搜索要件時，受搜索人可阻止搜索。然而，秘密搜索卻使被告失去這些防禦可能性¹¹³。

¹¹¹ 劉芳伶著前揭文，頁 82。

¹¹² 劉芳伶著前揭文，頁 83-84。

¹¹³ 王士帆著前揭文，頁 378-379。

綜上所述，現行刑事訴訟法對於電磁紀錄之搜索，並未針對「虛擬空間」與「物質空間」之不同特性分別作適當規制，且線上搜索具秘密性，一網打盡資訊科技系統使用者的所有相關資訊，嚴重侵害人民權益。故本文認為，電磁紀錄雖已列為刑事訴訟法之搜索標的，但仍無法以之做為線上搜索之法律依據。

第二款 通訊保障及監察法

通訊監察之性質與線上搜索並不相同，通訊監察與線上搜索乃是兩種不同的資訊蒐集方式。線上搜索之行為目標是「儲存在電腦硬碟(或其他資訊科技系統)內的數位資料」；而通訊監察的行為目標則是「正在進行中的網路電子通訊」¹¹⁴。故線上搜索不能以通訊保障及監察法作為法律授權規定。

第三款 警察職權行使法第 28 條第 1 項

有學者認為，線上搜索得以警察職權行使法第 28 條第 1 項：「警察為制止或排除現行危害公共安全、公共秩序或個人生命、身體、自由、名譽或財產之行為或事實狀況，得行使本法規定之職權或採取其他必要之措施。」作為線上搜索適用於警察法之領域唯一可能的法律依據¹¹⁵。

借鏡他國經驗，2008 年 2 月，德國聯邦憲法法院允許在符合數項要件下進行線上搜索，包含：①須存在有對極為重大的法益之具體危險；②須有法官所發付的事前令狀；③應提供足資保護私生活形成之核心領域之預防措施；④應採行高度的科學技術門檻之制約¹¹⁶。

¹¹⁴ 劉芳伶著前揭文，頁 82-83；何賴傑，論德國刑事程序「線上搜索」與涉及電子郵件之強制處分，月旦法學雜誌，第 208 期，2012 年 9 月，頁 233；謝碩駿著前揭文，頁 29；王士帆著前揭文，頁 379。

¹¹⁵ 謝碩駿著前揭文，頁 58。

¹¹⁶ 劉芳伶著前揭文，頁 86。

線上搜索乃一高度侵害人民隱私權之偵查措施，然而，警察職權行使法第 28 條第 1 項，欠缺令狀主義之事前監督機制，亦未有完善的配套措施。本文認為，現行警察職權行使法之規範方式，尚不足以之為線上搜索的法律授權規定。

第四款 小結

傳統搜索處分乃公開對於物理性空間之有體物為探索，但線上搜索則展現其虛擬空間之獨特性，具「非物理性」與「秘密性」。其將相對人儲存在電腦硬碟(或其他資訊科技系統)內的數位資料一網打盡的行為方式，係完全剝奪人民之隱私權之強制性措施，乃一新型態之強制處分。國家欲實施強制處分干預人民基本權利時，須有法律之授權依據，並以最小侵害手段為之，否則即屬違法侵害人民基本權利之行為¹¹⁷。於我國法律制度下之探討，刑事訴訟法、通訊保障及監察法、警察職權行使法等法律規範，皆尚不足成為線上搜索之法律依據。本文認為，我國至少在立法者完成符合前述德國聯邦憲法法院對其所提出的數項合憲性要求之具體規範前，不應允許偵查機關實施線上搜索。

第四節 搜索概念之重建—連結合理隱私期待理論

科技時代下偵查手法與相關設備日新月異，對於搜索意涵之理解，不應再侷限於公開對物理性空間之有體物為探索之見解。人們儲存在虛擬空間的隱私資訊量，遠高於過去儲存於物理空間。舉例而言，一個 1TB (terabyte) 雲端硬碟的儲存空間，足以儲存一個人一生中產生的文字、照片、音訊和影片等所有資訊¹¹⁸而綽綽有餘。搜索行為主要對個人隱私權造成莫大侵害，本文認為，宜從保護隱私權之角度，重新建構搜索概念。

¹¹⁷ 黃翰義著前揭書，頁 227。

¹¹⁸ 一個人的一生中，閱讀過的所有文字，加起來不會超過幾個 GB。事實上，1GB 可以儲存 5 億多個漢字，相當於 700 多部一百二十回的《紅樓夢》。文字的存儲量在 1TB 中只占了不到 0.5%。

<http://cicihsieh315.tian.yam.com/posts/69486708>

最後瀏覽日：2017 年 7 月 19 日。

搜索於事實上之意義，乃搜尋、探求之意¹¹⁹，此種行為可能跨越他人不願受侵擾之界限。本質上，個人不受侵擾界限之存在，本即每個社會關於人我互動，基於彼此相互尊重與禮儀，所發展出來之社會行為規範。《論語》裡孔子回答弟子顏淵問「仁」，所言之「非禮勿視，非禮勿聽，非禮勿言，非禮勿動」，即屬東方社會長久以來所重視之行為規範。此種行為規範在不同社會，或同一社會在不同時代，因社會文化之歧異，而會有所不同。此亦係每一個社會雖然均有隱私之概念，但其內涵並不當然相同，對其保護之程度與方法也各有差異¹²⁰。釋字第 689 號，運用比較法上「合理隱私期待理論」之內涵¹²¹，劃定公共場域中個人所得主張不受侵擾之要件：以得合理期待於他人者為限，亦即不僅其不受侵擾之期待已表現於外，且該期待須依社會通念認為合理。

不同的社會文化與個人不同的主觀意識皆會影響隱私權的範圍，隱私權時至今日仍屬於一個外延、內涵皆尚未明確的浮動概念¹²²。本文肯定學說借重比較法上之「合理隱私期待理論」，嘗試劃定個案之隱私權範圍，在合理隱私期待理論之操作下，個人必須顯現其對所主張之隱私有真正之主觀期待，且該期待必須是社會認為屬於客觀合理之期待。

對於搜索概念導入合理隱私期待理論，將可涵括無論是傳統搜索概念裡對於物理性空間公開為探索之行為、科技社會下對於虛擬空間所含資訊之祕密蒐集行為、國家偵查機關以執行刑事程序為目的，或個人非以執行刑事程序為目的，為求發現人或物之搜查行為。而合理隱私期待所要求個人須顯現其對所主張之隱私有真正主觀期待，且該期待必須是社會認為屬於客觀合理之期待。

¹¹⁹ 教育部重編國語辭典修訂本網站

<http://dict.revised.moe.edu.tw/cgi-bin/cbdic/gsweb.cgi?ccd=6Rfc4j&o=e0&sec=sec1&op=v&view=0-1>

最後瀏覽日：2017 年 7 月 18 日。

¹²⁰ 釋字第 689 號解釋—部分協同及部分不同意見書—大法官林子儀、徐壁湖，頁 12。

¹²¹ 美國 1967 年 *Katz v. United States* 案中，Harlan 大法官協同意見書對於合理隱私期待（reasonable expectation of privacy）提出解釋：一、個人必須顯現其對所主張之隱私有真正之主觀期待；二、該期待必須是社會認為屬客觀合理之期待。

¹²² 范姜真嫩著前揭文，頁 106。

個人須顯現對隱私真正之主觀期待，本文認為無須要求達到強烈之程度。舉例而言，當他人將筆記型電腦闔上螢幕，即可認其展現不欲讓第三人知曉電腦內之資訊，已符合顯現對隱私真正之主觀期待。若要求他人必須對筆記型電腦設下密碼，所儲存之各種檔案必須加密，應認已對於他人課予過高之負擔。而此一期待須是社會認為客觀合理，可避免他人浮濫主張隱私權遭受侵害，造成日常的人際往來風聲鶴唳，時刻驚慌疑懼是否侵害他人之隱私權。

有學者主張，以偵查機關是否侵害人民具「合理隱私期待」的空間或是資訊，作為判斷是否實施搜索行為的標準。若是，檢警的行為構成了搜索。個人在主觀上對於某個空間、物件或資訊表露有隱私的期待，而該期待是社會大眾所認為是合理的時，該個人便得主張享有隱私權，警察侵入該空間或取得該資訊，便會構成搜索，也因而必須遵守搜索的相關程序規定，如相當理由的要求（刑事訴訟法第 122 條）與令狀主義（刑事訴訟法第 128 條）等¹²³。此種判斷標準，已有最高法院的判決採納¹²⁴。

上述之見解似可得出結論：「隱私權遭受侵害，係因搜索行為所致」。在此出現一個根本的問題是：何以侵害人民隱私權的行為，即可認為構成搜索行為？是否可能存在隱私權遭受侵害，但該行為之不法評價並非搜索行為的情況？本文認為，答案應為肯定。例如戶政人員擅自向媒體告知某藝人已完成離婚程序。此時該藝人之隱私權已遭受侵害，但是該戶政人員的「告知」行為，恐難以與「搜索」行為發生關連。基此，本文認為，搜索行為會造成隱私權之侵害，但隱私權之侵害，並非僅得由搜索行為所致。職是之故，法官對於個案某行為侵害隱私權，判斷是否為「搜索」行為時，應掌握搜索係「搜尋、探求」之行為本質，具備「釐清事實之作用」、「取得證據之目的」¹²⁵，以產生該侵害隱私權之行為是否確為「搜索」行為之心證。

¹²³ 李榮耕，電磁紀錄的搜索及扣押，臺大法學論叢，第 41 卷第 3 期，2012 年 9 月，頁 1066-1067。

同樣以合理隱私期待作為搜索之判斷標準者，見林東茂，《刑法綜覽》，臺北，一品，2015 年 8 月八版，頁 2-60；王兆鵬，《新刑訴·新思維》，臺北，自版，2004 年 10 月，頁 60-62。

¹²⁴ 參閱最高法院 95 年台上字第 4879 號刑事判決、最高法院 99 年台上字第 4117 號刑事判決。

¹²⁵ 柯耀程，刑事訴訟法第三講：對物及處所之強制處分，月旦法學教室，第 81 期，2009 年 7 月，頁 68。

第五節 結語

令狀主義之功能，係在藉由法院對於個案的司法審查及令狀的明確記載，以獲對於個案之事前控制、執行過程之節制以及事後救濟的擔保效果。有學者認為，是否設定令狀主義的規範，應綜合審酌該項處分是否為直接之積極性干預處分，其所干預人民自由權利的範圍是否不易特定，並審酌對於該項處分是否有經過事前司法審查的必要性、可行性以及得否由事後聲明不服或救濟管道可回復其權益等事項，以資決定應否採取令狀主義¹²⁶。

回歸「搜索」具備「搜尋、探求」之行為本質，現行違法搜索罪對人身自由、居住安寧自由之保護，宜認為兼含個人身體隱私、居住處所之隱私，應得一併列入隱私權之保護範圍。隱私權本質上屬相對性極高之權利概念，權利範圍隨當事人主觀認知、所在之風土民情或社會文化有密切關連，殊難有一普世、客觀標準以界定其範圍。搜索行為對於人民之基本權利造成嚴重之侵害，應受令狀主義之約束。以令狀搜索為原則，無令狀搜索為例外。

傳統見解認為搜索係公開對物理性空間之有體物為探索之行為，已難以含括現今科技社會下各式新型態之搜索行動。有別於過去傳統搜索標的乃「有體物」，無具體形體之「資訊」亦為搜索客體。美國實務及我國學者認為，對於行動電話內資訊的搜索，必須要回歸令狀主義，事前取得法官所核發的搜索票。由於警察可以援用緊急搜索因應個案之需要，故不須容許警察可以一律附帶搜索被拘捕人的行動電話。

嶄新的搜索型態—線上搜索，係以線上侵入技術秘密侵入資訊科技系統後，使用電腦程式進行徹底而全面性的自動探索、解析，進而取得其系統內所儲存之目標數位資料的偵查手法，讓偵查機關可謂一網打盡相對人儲存於資訊科技系統之各種資訊。線上搜索為偵查效率帶來巨大之利，但同時也對人民權益造成巨大之弊。我國現行之刑事訴訟

¹²⁶ 陳運財著前揭書，頁 362。

法第 122 條、通訊保障及監察法、警察職權行使法第 28 條第 1 項等法律規範，皆尚不足成為線上搜索之法律依據。立法機關應盡速立法，以求妥善保障人民之權益。

本文嘗試將搜索概念與「合理隱私期待理論」進行連結：「個人須顯現對隱私真正之主觀期待，且該期待必須是社會認為客觀合理之期待」。須注意者是，搜索行為會造成隱私權之侵害，但隱私權之侵害，並非僅得由搜索行為所致。故法官對於個案某行為侵害隱私權，判斷是否為「搜索」行為時，應掌握搜索係「搜尋、探求」之行為本質，具備「釐清事實之作用」、「取得證據之目的」，以產生該侵害隱私權之行為是否確為「搜索」行為之心證。希冀得以將日新月異的犯罪偵查措施，歸屬於搜索行為，令其受令狀主義之約束。



第六章 結論與建議

第一節 結論

一、違法搜索罪之保護法益包含人身自由、居住安寧自由與隱私權

法益是刑法規範意義及目的之標竿，刑法分則之體例及構造係以法益侵害之種類為基礎，在同一罪章內，各罪名的設計亦是以法益侵害之量數或程度為依據。故探尋並界定罪名之保護法益，是得以正確解釋不法構成要件的重要前提。自刑法罪名的規範體系角度，違法搜索罪置於妨害自由罪章，顯見立法者欲保護自由法益之意旨。觀察現行條文所列之行為客體（身體、住宅、建築物、舟、車或航空機），本罪所欲保護的自由類型，應至少包含「人身自由」與「居住安寧自由」。除自由法益外，本文贊同多數學者看法，違法搜索罪尚擴及對於「隱私權」之保護。隱私權的概念係指攸關個人一己，得拒絕他人知悉所有資訊之總稱，性質上在於保障不欲為人所知之私密遭他人探知與干擾之權利，其內涵包括有權保持自己的安寧，有不允許造成對本人干擾的權利。違法搜索之行動，干擾他人隱私與知悉他人相關之資訊，隱私權亦為違法搜索罪之保護法益。

參照美國實務所發展之「暈影理論」，我國憲法第 8 條保障身體自由、憲法第 10 條保障人民的居住自由，第 12 條保障人民的秘密通訊自由、第 13 條保障信仰自由、第 14 條保障集會結社自由、第 22 條概括基本權，以及在憲法增修條文第 10 條第 6 項增加對婦女人格尊嚴之保障等，應均可導出隱私權在憲法上之保障基礎。須注意者是，對於隱私法益的保護必非絕對保障，就如同個人名譽一樣，可能與憲法上的表現自由產生衝突之情形。保護隱私法益之目的在於保障私人領域，如果個人私行進入公共領域，就不再屬於個人領域。亦即與公共利益相衝突時，個人的隱私仍必須退讓。換言之，當個人隱私利益與公共利益相衝突時，經由個案利益衡量之判斷，個人的隱私並非總是處於優先保障之地位。此一論點之立法明文，於外國立法例可參閱德國刑法第 201 條第 2 項。

二、違法搜索罪之行為主體係一般犯

違法搜索罪行為主體範圍的論爭，過去最高法院 32 年非字第 265 號判例認為限於有搜索權之公務員，而學說認為一般人民亦得成為本罪之行為主體，雙方立場壁壘分明許久。最高法院於 2016 年 9 月 13 日做出 105 年度第 15 次刑事庭會議決議，不再援用該則判例，此舉已改變實務對於違法搜索罪之犯罪判斷。現今審判實務已與學說立場相同，即採取違法搜索罪係一般犯之見解。本文肯定最高法院以刑事庭會議決議之方式，作出正確判斷，揚棄判例之不當見解。其後之審判實務亦與學說立場一致，故實務與學說對於本罪行為主體範圍的長久論爭，已不復存在。

三、搜索之意涵並不限於刑事訴訟法所規定者

違法搜索罪「搜索」之意涵，本文贊同學說之主張，違法搜索罪並不以刑事訴訟法所規定之搜索為限，凡是對於他人身體或居住處所進行搜查，而足以侵犯他人隱私或破壞他人居家安寧的行為，均足以該當本罪之搜索。

四、「不依法令」指行為主體無搜索權，或有搜索權但未依法定要件或法定程序而搜索

違法搜索罪之「法令」，為刑法以外之法律或命令，且並不限於刑事程序法（例如刑事訴訟法、軍事審判法等），其他行政法令亦多有規範搜索之實體或程序要件。關於「不依法令」之解釋，本文認為包含兩種態樣：

一、行為主體「無」搜索權而為搜索：例如司法警察未獲法院所核發之搜索票，亦未符合無令狀搜索之相關規定，逕自展開搜索行動；一般人民逕行進入他人住宅搜索之態樣，亦歸屬於此類情形。

二、行為主體「有」搜索權，但未依法定要件或法定程序而搜索：例如司法警察逾越刑事訴訟法第 130 條附帶搜索之搜索範圍。

五、「不依法令」定位為「構成要件要素」有利於犯罪判斷經濟

行為人是否「不依法令」，法律適用者尚難根據單純事實之認識即能確定，仍須參酌刑法以外之規範，依個案情形作評價與判斷，而帶有價值判斷的色彩，因而本文將之定位為「規範性構成要件要素」，即認定為「客觀構成要件要素」之一部分，如此亦可獲得下述二點對於犯罪判斷經濟簡明之利。

其一，導入客觀歸責理論作犯罪判斷。本文認為客觀歸責理論係「實質的構成要件理論」、「客觀的構成要件理論」。縱然違法搜索罪為舉動犯、危險犯，仍得倚重客觀歸責理論行犯罪判斷。若行為人係「依法令(符合相關法令之所有實體要件與程序要件)」搜索，則此時之搜索，雖然現實上對於隱私、自由產生侵擾，但是為了維護更為重要的法益(生命法益、身體法益或重大之社會利益)，並未製造法所不容許的風險(容許風險)，而排除客觀歸責，阻卻構成要件。

其二，將違法搜索罪之「不依法令」定位為構成要件要素，使刑法第 21 條第 1 項「阻卻違法事由」「依法令之行為」的判斷，提前於「構成要件該當性」判斷之階段完成。

六、對「不依法令」之誤認，成立「構成要件錯誤」而阻卻故意

本文認為「不依法令」為客觀構成要件要素之一部份，行為人之構成要件故意的射程範圍當然包含之。因此，如行為人對之發生錯誤，成立構成要件錯誤而阻卻故意。

當行為主體為公務員時，若公務員主觀上認為自身之搜索行為，乃係「依法令」之合法行為，但客觀上其搜索行為並未符合相關法令之所有實體要件與程序要件，因違法搜索罪之「不依法令」屬於客觀構成要件要素之一部份，行為人對之的錯誤，成立構成要件錯誤而阻卻故意。

當行為主體為一般民眾時，則較不至於產生刑法錯誤之問題。例如先生外遇，妻子偕親友擅自進入先生外遇對象之住宅內搜索，此類情況行為人依「通常人之一般評價」，多係認知自身沒有法令依據得以進入他人住宅內搜索，但因憤恨不甘的情緒戰勝理性之故，而落入本罪之處罰範圍。

七、國家對違法搜索罪行為人發動刑罰權之時機

本文並不認同行為人得泛泛云稱主觀認知自身之搜索行為係依法令之搜索，而主張阻卻本罪之故意。國家對違法搜索罪行為人發動刑罰權之時機有二：其一，行為人明知搜索行為「違反法令依據」或「沒有法令依據」，即為直接故意之情形；其二，行為人對於搜索行為是否係「違反法令依據」或「沒有法令依據」並未有完全肯定之心證，但對於侵擾他人之隱私、自由，卻抱持著無所謂，容任其發生，發生也不會感到後悔的心態，即屬間接故意之情形。在公務員為本罪行為主體時，直接故意或間接故意之情形應皆可能發生；一般民眾為本罪行為主體時，直接故意應為合理的多數情形。

八、數行為成立違法搜索罪與剝奪他人行動自由罪，併合處罰

由保護法益的範圍觀之，剝奪他人行動自由罪保護個人的行動自由；違法搜索罪除了保護人身自由與居住安寧自由外，尚擴及對於隱私權利之保護。很難想像僅依一個「搜索行為」便得以剝奪他人行動自由，應再有其他行為（如私行拘禁、恐嚇等），始能造成拘束、剝奪他人行動自由之效果。故，如行為人之數行為，皆該當此兩罪之構成要件時，依刑法第 50 條之規定併合處罰。

九、侵入住居罪與違法搜索罪，依與罰前行為，僅論以違法搜索罪

若行為人獲得住居權人之同意而進入住宅，阻卻侵入住居罪之構成要件，但其如擅行開啟搜索行動，仍會成立違法搜索罪。違法侵入他人住宅並開啟搜索行為，只論以違法搜索罪，此為學說與實務見解之相同結論。本文認為，在牽連犯廢除後，若侵害強度雖有不同，但皆係侵害「同一法益」之狀況，應視具體情形為行為單數或行為複數，論

以補充關係或與罰行為。就侵入住居罪與違法搜索罪之競合而言，行為人雖有侵入住居與違法搜索住宅之二行為，但因侵入住居只是違法搜索住宅的前階行為，侵入住居的不法內涵得被違法搜索住宅的處罰規定包含在內，依與罰的前行為，只論以違法搜索罪。而在追訴要件上，侵入住居罪須告訴乃論，違法搜索罪不須告訴乃論。

十、違法搜索罪與強制猥褻罪、乘人不及抗拒觸摸罪，依想像競合，從強制猥褻罪、乘人不及抗拒觸摸罪處斷

在違法搜索行強制猥褻（或意圖性騷擾，乘人不及抗拒而為親吻、擁抱或觸摸其臀部、胸部或其他身體隱私處之行為）之情形，行為人一行為侵害自由法益、隱私權與性自主決定權，該當違法搜索罪與強制猥褻罪（或乘人不及抗拒觸摸罪），適用想像競合，從一重處斷，僅成立強制猥褻罪（或乘人不及抗拒觸摸罪）。

十一、數行為成立違法搜索罪與妨害秘密罪，併合處罰

違法搜索罪與妨害秘密罪：不依法令搜索他人住宅，進入房內對於通姦人與相姦人之照相、錄影之情形，數行為侵害自由、隱私權與個人私密領域不受他人刺探、干擾的權利，成立違法搜索罪與妨害秘密罪，適用實質競合，依刑法第 50 條之規定併合處罰。

十二、搜索與竊盜著手之區分，依行為人是否有「欲對動產建立起類似於現持有人或所有人的實力支配設定」加以認定

搜索行為與實務認為之竊盜罪著手行為一物色，皆有尋找之意。行為人的尋找行為，是否具有竊盜之故意與不法所有意圖，可依客觀情事判斷行為人是否有「欲對動產建立起類似於現持有人或所有人的實力支配設定」加以認定。

十三、「強制處分法定原則」與「令狀主義」之區別

強制處分為刑事程序中，偵查機關或審判機關為確保偵查實施、確立訴訟條件、保全刑事證據、確保程序進行、釐清犯罪事實、預防犯罪發生及確定刑罰權最終獲得實現

等複合意義，而於程序中運用具有限制或剝奪人民基本權利之強制性措施。我國憲法與刑事訴訟法雖未明文規定採行「強制處分法定原則」，但可自憲法第 8 條與第 23 條所揭示之精神，以及其他規定或原理原則推導得出。例如刑法第 1 條「罪刑法定主義」與刑事訴訟法之「追訴法定原則」等。

本文認為，「簽發者中立超然理論」為採行令狀主義的理論基礎。令狀主義之功能，係在藉由法院對於個案的司法審查及令狀的明確記載，以獲對於個案之事前控制、執行過程之節制以及事後救濟的擔保效果。搜索行為對於人民之基本權利造成嚴峻之侵害，應受令狀主義之約束。以令狀搜索為原則，無令狀搜索為例外。

「強制處分法定原則」與「令狀主義」，皆屬於對於國家機關偵查活動的監督及制衡，但尤須注意兩者概念有下列之區別：

一、強制處分法定原則係由立法機關經立法審議程序制定法律，對偵查及司法施以規範的民主法治之機制，要求強制處分的容許要件均須由法律規範，不承認有例外情形；令狀主義則是刑事程序當中透過法院對偵查機關予以監督制衡的司法機制，承認有例外情形，於緊急情形得不先經法院事前審查。例如刑事訴訟法第 131 條，規範雖無搜索票但偵查機關得逕行搜索之情形。

二、強制處分法定原則係基於民主法治的要求，由立法機關明定國家機關得否容許使用該項強制處分、其發動要件如何設定（應由何人、何種要件下始得發動），必須由法律加以規範；令狀主義則是對於偵查機關個別、具體的偵查活動予以事先審查控制的作用。

十四、令狀搜索嫌疑門檻宜統一為「相當理由」

由刑事訴訟法第 128 條之規定可知，我國搜索法制以「令狀搜索」為原則，令狀之核發採行法官保留原則。搜索之客體與對象，依刑事訴訟法第 122 條之規定，因應主體不同而有發動要件之差異，對被告搜索係「必要時」；對第三人則須達到「有相當理由

可信」之程度。本文認為，人、事、時、地、物交織而成錯綜複雜的犯罪事實，尤其當犯罪事實涉及多數人時，更多有推諉卸責、栽贓嫁禍的情形，其中所涉及之人究竟為「犯罪嫌疑人」或「第三人」，恐非在偵查階段即可輕易釐清。在刑事訴訟法「發現真實、保障人權」利益衡量之天秤上，無論係對犯罪嫌疑人或第三人發動搜索之嫌疑門檻，宜統一為「相當理由」，始為適當。

十五、對行動電話內資訊的搜索並不適用「附帶搜索」

美國聯邦最高法院 2014 年於 *Riley v. California* 案否定警察得附帶搜索被逮捕人身上行動電話內之數位資料。國內亦有學者持相同見解。本文贊同美國聯邦最高法院與學者之見解，附帶搜索之規範目的在於：保護執法人員之人身安全，以及防止被拘捕人立即湮滅或隱匿隨身攜帶的犯罪證據。但執法人員查看受拘捕人行動電話內各種資訊之行為，並未能與附帶搜索之規範目的精準嵌合，反而令受拘捕人之隱私受到嚴重侵犯。是以，應認查看行動電話內資訊的行為，沒有附帶搜索的適用，應回歸令狀原則。立法者應對此類科技社會下之議題進行立法或修法，讓第一線執法人員有明確規範得以遵循。

第二節 建議

一、「不依法令」修正為「無故」，增列「合理隱私期待」修正違法搜索罪

現行違法搜索罪所列舉之行為客體（他人身體、建築物、舟、車或航空機），有學者認為，其保護範圍已不符於現今科技社會下之要求，建議應將搜索之客體另行增加「隨身攜帶物件與置放物件之處所」。另有學者認為，搜索之客體宜應增列「載體內之電磁紀錄」（例如電腦硬碟內所儲存之檔案）。本文認為，若違法搜索罪依然採取列舉行為客體之立法方式，難免掛一漏萬，基於罪刑法定主義，容易造成處罰漏洞。本文建議，將違法搜索罪修正為：「無故侵害他人之合理隱私期待為搜索者，處二年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。」。過去實務認為違法搜索罪僅限於公務員始得違犯，可能即是被「不依法令」之用詞所誤導，且「不依法令」於意義解釋及學理定位上產生諸多混

淆與爭議，故本文建議將現行「不依法令」之用詞修正為「無故」，保留個案進行利益衡量之空間。並將構成要件行為（搜索行為）之意涵寫入法條規定中，以求更加符合構成要件明確性。

二、立法機關應盡速規範「線上搜索」

傳統見解認為搜索係公開對物理性空間之有體物為探索之行為，已難以含括現今科技社會下各式新型態之搜索行動。有別於過去傳統搜索標的乃「有體物」，無具體形體之「資訊」亦為搜索客體。線上搜索以線上侵入技術秘密侵入資訊科技系統後，使用電腦程式進行徹底而全面性的自動探索、解析，進而取得其系統內所儲存之目標數位資料的偵查手法，讓偵查機關可謂一網打盡相對人儲存於資訊科技系統之各種資訊。線上搜索為偵查效率帶來巨大之利，但同時也對人民權益造成巨大之弊。

現行刑事訴訟法第 122 條對於電磁紀錄之搜索，並未針對「虛擬空間」與「物質空間」之不同特性分別作適當規制，且線上搜索具秘密性，一網打盡資訊科技系統使用者的所有相關資訊，嚴重侵害人民權益。故本文認為，電磁紀錄雖已列為刑事訴訟法之搜索標的，但仍無法以之作為線上搜索之法律依據。

通訊監察之性質與線上搜索並不相同，通訊監察與線上搜索乃是兩種不同的資訊蒐集方式。線上搜索之行為目標是「儲存在電腦硬碟(或其他資訊科技系統)內的數位資料」；而通訊監察的行為目標則是「正在進行中的網路電子通訊」。故線上搜索不能以通訊保障及監察法作為法律授權規定。

警察職權行使法第 28 條第 1 項，欠缺令狀主義之事前監督機制，亦未有完善的配套措施。本文認為，現行警察職權行使法之規範方式，尚不足以之為線上搜索的法律授權規定。

綜上所述，我國現行之刑事訴訟法第 122 條、通訊保障及監察法、警察職權行使法第 28 條第 1 項等法律規範，皆尚不足成為線上搜索之法律依據。立法機關應盡速立法，以求妥善保障人民之權益。

三、對線上搜索之規範—借鏡德國法制

線上搜索一網打盡相對人資訊之搜索方式，對人民權益造成嚴重侵害。我國現行刑事訴訟法第 122 條、通訊保障及監察法、警察職權行使法第 28 條第 1 項等法律規範，皆尚不足成為線上搜索之法律依據。

於外國法制，德國聯邦憲法法院並不認為線上搜索被該國基本法絕對禁止，若擁有法律明文之授權，且該法律必須符合比例原則與法明確性原則，且有事實證據顯示，個人之重要優越利益或公共之重要優越利益（避免危害國家存立、人類生存之公共利益）存有具體危害，並有相當高的可能性，該具體危害於可見之未來即將發生，於符合法官保留原則及採行高度的科學技術門檻（防止第三人順道擅入他人 IT 系統）之節制下，則該授權規定即不至於違憲。德國聯邦立法者於德國聯邦刑事局法第 20 k 條，授權聯邦刑事局為防止國際恐怖主義之危害，得實施線上搜索。

我國立法者對於線上搜索之具體規範，可參考德國聯邦憲法法院所提出的各項要求，尋求在「偵查犯罪」與「保障人權」之天秤上，獲得最適之平衡點。

四、搜索概念之重建—連結「合理隱私期待理論」

本文嘗試將搜索概念連結「合理隱私期待理論」：「個人須顯現對隱私真正之主觀期待，且該期待必須是社會認為客觀合理之期待」。須注意者是，搜索行為會造成隱私權之侵害，但隱私權之侵害，並非僅得由搜索行為所致。故法官對於個案某行為侵害隱私權，判斷是否為「搜索」行為時，應掌握搜索係「搜尋、探求」之行為本質，具備「釐清事實之作用」、「取得證據之目的」，以產生該侵害隱私權之行為是否確為「搜索」

行為之心證。希冀得以將日新月異的犯罪偵查措施，歸屬於搜索行為，令其受令狀主義之約束。



參考文獻

一、書籍

1. 王兆鵬，《刑事訴訟講義》，臺北，自版，2010年9月，五版。
2. 王兆鵬，《新刑訴·新思維》，臺北，自版，2004年10月。
3. 王皇玉，《刑法總則》，臺北，新學林，2017年9月，三版。
4. 甘添貴，《刑法各論（上）》，臺北，三民，2014年8月，四版。
5. 甘添貴，《體系刑法各論（第一卷）》，臺北，自版，1999年9月。
6. 朱石炎，《刑事訴訟法論》，臺北，三民，2016年8月，六版。
7. 余振華，《刑法總論》，臺北，三民，2013年10月，二版。
8. 李惠宗，《憲法要義》，臺北，元照，2015年9月，七版。
9. 林山田，《刑法各罪論（上）》，臺北，自版，2005年，五版。
10. 林山田，《刑法通論（上冊）》，臺北，自版，2008年1月，十版。
11. 林東茂，《刑法綜覽》，臺北，一品，2015年8月，八版。
12. 林俊益，《刑事訴訟法概論（上）》，臺北，新學林，2017年9月，十七版。
13. 林書楷，《刑法總則》，臺北，五南，2016年9月，三版。
14. 林鈺雄，《刑事訴訟法（上冊）-總論編》，臺北，自版，2017年9月，八版。
15. 林鈺雄，《刑法與刑訴之交錯適用》，臺北，臺大人社高研院，2008年8月。
16. 林鈺雄，《搜索扣押註釋書》，臺北，自版，2001年12月。
17. 林鈺雄，《新刑法總則》，臺北，元照，2016年9月，五版。
18. 法治斌、董保城，《憲法新論》，臺北，自版，2014年9月，六版。
19. 柯耀程，《刑法總則》，臺北，三民，2014年。
20. 高金桂，《利益衡量與刑法之犯罪判斷》，嘉義，自版，2003年2月。
21. 張麗卿，《刑事訴訟法理論與運用》，臺北，五南，2016年9月，十三版。
22. 張麗卿，《刑法總則理論與運用》，臺北，五南，2015年9月，五版。
23. 許育典，《憲法》，臺北，元照，2016年4月，七版。
24. 陳子平，《刑法各論（上）》，臺北，元照，2017年9月，三版。
25. 陳子平，《刑法總論》，臺北，元照，2017年9月，四版。
26. 陳運財，《偵查與人權》，臺北，元照，2014年4月。
27. 曾淑瑜，《刑法分則實例研習-個人法益之保護》，臺北，三民，2017年2月，四版。
28. 黃仲夫，《簡明刑法分則》，臺北，元照，2014年9月，四版。
29. 黃東熊、吳景芳，《刑事訴訟法論（上）》，臺北，三民，2010年2月，七版。
30. 黃朝義，《刑事訴訟法》，臺北，新學林，2017年9月，五版。
31. 黃榮堅，《基礎刑法學（上）》，臺北，元照，2012年3月，四版。
32. 黃榮堅，《基礎刑法學（下）》，臺北，元照，2012年3月，四版。
33. 黃翰義，《程序正義之理念（一）》，臺北，元照，2010年9月。

34. 褚劍鴻，《刑法分則釋論（上冊）》，臺北，商務，2004年，四版。
35. 蔡聖偉，《刑法問題研究（一）》，臺北，元照，2008年7月。
36. 蔡墩銘，《刑法各論》，臺北，三民，2009年7月，六版。
37. 鄭玉波著，黃宗樂修訂，《法學緒論》，臺北，三民，2016年8月，二十二版。
38. 盧映潔，《刑法分則新論》，臺北，新學林，2016年8月，十版。
39. 鍾宏彬，《法益理論的憲法基礎》，臺北，元照，2012年。

二、期刊

1. 王士帆，網路之刑事追訴—科技與法律的較勁，政大法學評論，第145期，2016年6月，頁350-351、378-379。
2. 王兆鵬，逾越搜索權之拘提，月旦法學雜誌，第81期，2002年2月，頁101。
3. 王皇玉，引狼入室，月旦法學教室，第87期，2010年1月，頁26。
4. 王皇玉，汽車內活動是「非公開」活動嗎？，月旦法學教室，第76期，2009年2月，頁14。
5. 王皇玉，拘禁、違法搜索與竊拍？，台灣法學雜誌，第131期，2009年7月，頁133、135、136。
6. 王皇玉，強制手段與被害人受欺瞞的同意：以強制性交猥褻罪為中心，臺大法學論叢，第42卷第2期，2013年6月，頁395、399、403。
7. 王皇玉，強制罪之比較研究，軍法專刊，第59卷第5期，2013年10月，頁2、6-8、200。
8. 王皇玉，短裙下的大腿是隱私部位嗎？，月旦裁判時報，第7期，2011年2月，頁125、127。
9. 王效文，規範性構成要件錯誤與禁止錯誤—最高法院相關判決評釋，台灣本土法學雜誌，第103期，2008年2月，頁168。
10. 王澤鑑，人格權保護的課題與展望（三）—人格權的具體化及保護範圍（6）：隱私權（中），台灣法學雜誌第97期，2007年8月，頁37。
11. 何賴傑，成大MP3搜索事件之法律檢討，台灣法學雜誌，第23期，2001年6月，頁87。
12. 何賴傑，逮捕、搜索與扣押，台灣本土法學雜誌，第25期，2001年8月，頁121。
13. 何賴傑，論德國刑事程序「線上搜索」與涉及電子郵件之強制處分，月旦法學雜誌，第208期，2012年9月，頁232-234、237。
14. 吳景欽，從刑事訴訟法的修正談司法警察的強制採取身體樣本權—以英國PACE法為參考例，軍法專刊，第51卷第2期，2005年2月，頁16。
15. 吳絮琳，違法搜索與身分關係—兼評最高法院八十八年度台非字第三三八號判決、台南地方法院八十七年度訴字第四九七號刑事判決、高等法院台南分院八十八年度上易字第一二七三號刑事判決，軍法專刊，第15卷第9期，2004年9月，頁26。
16. 李念祖，從憲法上法官保留原則論提審之射程修正，臺灣環境與土地法學雜誌，第245期，2014年4月，頁6。

17. 李聖傑，妨害性自主：第三講：類型闡述，月旦法學教室，第 23 期，2004 年 9 月，頁 103-104。
18. 李榮耕，拘提及緊急搜索，東海大學法學研究，第 42 期，2014 年 12 月，頁 144、149-155。
19. 李榮耕，附帶搜索及其要件，月旦法學雜誌，第 243 期，2015 年 8 月，頁 127-128。
20. 電磁紀錄的搜索及扣押，臺大法學論叢，第 41 卷第 3 期，2012 年 9 月，頁 1057-1058、1064、1066-1067。
21. 李榮耕，數位資料及附帶搜索——以行動電話內的資訊為例，臺北大學法學論叢，第 100 期，2016 年 12 月，頁 267-283、294、304-316。
22. 林子儀，基因資訊與基因隱私權——從保障隱私權的觀點論基本資訊的利用與法的規制，收錄於：翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文及編輯委員會主編，當代公法學新論(中)臺北，元照，2002 年，頁 37。
23. 林山田，評一九九九年的刑法修正，月旦法學雜誌，第 51 期，1999 年 8 月，頁 31。
24. 林東茂，猥褻的概念，台灣本土法學雜誌，第 42 期，2003 年 1 月，頁 77-78。
25. 林鈺雄，拘提證人與附帶搜索，月旦法學雜誌，第 75 期，2001 年 8 月，頁 14-15。
26. 林鈺雄，強制罪之整體不法判斷——從彰化台電施工抗爭案的判決談起，月旦法學雜誌，第 232 期，2014 年 9 月，頁 40。
27. 柯耀程，刑事訴訟法：第一講：強制處分基礎思維，月旦法學教室，第 76 期，2009 年 2 月，頁 89-90。
28. 柯耀程，刑事訴訟法第三講：對物及處所之強制處分，月旦法學教室，第 81 期，2009 年 7 月，頁 68、73。
29. 柯耀程，客觀歸責，月旦法學教室，第 24 期，2004 年 10 月，頁 32。
30. 柯耀程，強制猥褻與性騷擾之界限，月旦法學教室，第 68 期，2008 年 6 月，頁 16-17。
31. 柯耀程，逮捕通緝犯附帶搜索問題之重新思考—兼評最高法院九十一年度台上字第五六五三號判決，月旦法學雜誌，第 101 期，2003 年 10 月，頁 170-171。
32. 范姜真嫩，個人資料保護法關於「個人資料」保護範圍之檢討，東海大學法學研究，第 41 期，2013 年 12 月，頁 106。
33. 高金桂，刑法上規範性構成要件要素之探討，警政學報第 26 期，1995 年，頁 39-40。
34. 高金桂，刑法實例解析：犯罪論體系之運用，輔仁法學，第 28 期，2004 年 12 月，頁 235。
35. 高金桂，拍攝婦女大腿是否成立妨害秘密罪——臺中地方法院九十九年度易字第二九二六號判決評析，月旦法學教室，第 103 期，2011 年 5 月，頁 24-25。
36. 高金桂，突襲式的猥褻——高等法院台中分院九十九年上訴字第六三二號判決評析，月旦裁判時報，第 6 期，2010 年 12 月，頁 92-93、103。
37. 高金桂，強制性交罪的強制力行使：高雄地方法院九十九年度訴字第四二二號判決評析，月旦法學雜誌，第 189 期，2011 年 2 月，頁 256。
38. 高金桂，從安全感需求論少年與兒童之基本人權，臺灣法學會學報，第 20 期，1999 年 11 月，頁 116、133-134。

39. 高金桂，被害人之自我責任與刑法歸責問題，收錄於《蔡教授墩銘先生六秩晉五壽誕祝壽論文集》，1997年2月，頁275、283-284。
40. Roxin，許玉秀譯，客觀歸責理論—問題研討，許玉秀，鄭銘仁譯，政大法學評論，第50期，1994年5月，頁28。
41. 許玉秀，妨害性自主罪與打擊錯誤，台灣本土法學雜誌，第2期，1999年6月，頁117。
42. 許玉秀，客觀歸責概念的射程範圍—八十六年度訴字第一〇五〇號、八十七年度上訴字第四七七六號、八十六年度交訴字第五七號、八十七年度交上訴字第一三七號、八十八年度交訴更字第一號等判決評釋，台灣本土法學雜誌，第12期，2000年7月，頁103、108。
43. 許玉秀，重新學習性自主：勇敢面對問題，月旦法學雜誌，第200期，2012年1月，頁313。
44. 許玉秀，檢驗客觀歸責的理論基礎—客觀歸責理論是什麼？（下），刑事法雜誌，第38卷第2期，1994年4月，頁77。
45. 許恆達，GPS 抓姦與行動隱私的保護界限—評臺灣高等法院一〇〇年度上易字第二四〇七號刑事判決，月旦裁判時報，第24期，2013年12月，頁63-66、70、78。
46. 許恆達，再訪行為理論，成大法學，第26期，2013年12月，頁17、19。
47. 許恆達，刑法法益概念的茁生與流變，月旦法學雜誌，第197期，2011年10月，頁135。
48. 許恆達，抗議、靜坐與強制罪—評臺灣高等法院高雄分院九十二年度上易字第八一一號刑事判決，月旦裁判時報，第27期，2014年6月，頁110。
49. 許恆達，乘機襲胸案刑責再考—評台灣高等法院台中分院102年度侵上訴字第47號判決，台灣法學雜誌，第233期，2013年10月1日，頁158。
50. 許恆達，強摘假髮與空車上鎖—強制罪的解釋疑義，台灣法學雜誌，第265期，2015年2月，頁85。
51. 許恆達，從貪污的刑法制裁架構反思財產來源不明罪，臺北大學法學論叢，第82期，2012年6月，頁175。
52. 許恆達，變質的友情：侵入住居與妨害性自主之個案檢討，月旦法學教室，第166期，2016年8月，頁25。
53. 許澤天，侵入住居罪的不作為犯與間接正犯，月旦法學教室，第162期，2016年4月，頁25-26。
54. 許澤天，面臨合法惡害威脅下的性自主，台灣法學雜誌，第181期，2011年8月，頁124。
55. 陳子平，從強吻案談強制猥褻罪，台灣本土法學雜誌，42期，2003年1月，頁92-93。
56. 陳志龍，刑法的法益概念（上），臺大法學論叢，16卷1期，1986年12月，頁126。
57. 陳志龍，刑法的法益概念（下），臺大法學論叢，第18卷第1期，1988年12月，頁169-171。

58. 陳志龍，開放性構成要件理論—探討構成要件與違法性之關係，臺大法學論叢，第 21 卷第 1 期，1991 年 12 月，頁 151。
59. 程明修，基本權拋棄，月旦法學教室，第 35 期，2005 年 9 月，頁 6。
60. 黃士軒，一時使用他人之物與竊盜罪的所有意圖，臺大法學論叢，第 45 卷第 4 期，2016 年 12 月，頁 1941-1942、1980。
61. 黃惠婷，同意搜索與違反令狀原則之法律效果—臺灣高等法院八十八年度上訴字第二九五七號判決評釋，台灣本土法學雜誌，第 27 期，2001 年 10 月，頁 69-70。
62. 黃惠婷，錯誤：第一講—故意與構成要件錯誤，月旦法學教室，第 72 期，2008 年 10 月，頁 77、86。
63. 黃惠婷，竊盜罪之所有意圖，台灣本土法學雜誌，第 45 期，2003 年 4 月，頁 133。
64. 黃朝義，偵查中之強制處分與檢警關係，月旦法學雜誌，第 108 期，2004 年 5 月，頁 57。
65. 楊雲驊，保障「私人生活不可侵犯之核心領域」—德國聯邦憲法法院對於「住宅內監聽」（大監聽）違憲審查判決簡評，司法改革雜誌，第 62 期，頁 32。
66. 劉芳伶，遠距搜索扣押與令狀之明示特定，東海大學法學研究，第 49 期，2016 年 8 月，頁 54-55、57-59、82-84、86-87、89。
67. 蔡聖偉，妨害秘密罪章的新紀元（下），月旦法學雜誌第 71 期，2001 年 4 月，頁 96。
68. 蔡聖偉，私裝 GPS 跟監與刑法第三一五條之一—評臺灣高等法院一〇〇年度上易字第二四〇七號判決，月旦裁判時報，第 32 期，2015 年 2 月，頁 33。
69. 蔡聖偉，非禮勿試—強制猥褻罪違反被害人意願之他法，月旦法學教室，第 165 期，2016 年 7 月，頁 26-27。
70. 蔡聖偉，開門揖盜（上）—論公共建物開放入內同意的射程，台灣本土法學雜誌，第 93 期，2007 年 4 月，頁 295。
71. 蔡聖偉，親吻與猥褻—評最高法院一〇三年度台上字第一二五四號判決，月旦裁判時報，第 41 期，2015 年 11 月，頁 40、45-47。
72. 蔡榮耕，Yes, I do!—同意搜索與第三人同意搜索，月旦法學雜誌，第 157 期，2008 年 6 月，頁 106-109。
73. 蔡蕙芳，刑法第 315 條之 1「非公開」與「無故」要件，月旦裁判時報，第 2 期，2010 年 4 月，頁 142。
74. 蔡蕙芳，故意犯罪（一）—直接故意與間接故意，台灣法學雜誌，第 72 期，2005 年 7 月，頁 168-170。
75. 鄭逸哲，「欠缺同意」和「無故」不可混為一談—以刑法第三百五十九條構成要件的適用為例，軍法專刊，第 56 卷第 5 期，2010 年 10 月，頁 136-137。
76. 鄭逸哲，「法益刑法」概念下的「構成要件」和「構成要件適用」，軍法專刊，第 54 卷第 6 期，2008 年 12 月，頁 103-104。

77. 鄭逸哲，「構成要件」、「阻卻構成要件該當事由」和「構成要件要素化違法要素」暨三者間在法律適用上的層次判斷關係，軍法專刊，第 54 卷第 3 期，2008 年 6 月，頁 70。
78. 盧映潔，由強吻案談起—論我國刑法第二二四條強制猥褻罪之猥褻行為的界定，台灣本土法學雜誌，第 42 期，2003 年 1 月，頁 99。
79. 盧映潔，強制猥褻與性騷擾「傻傻分不清」？—評最高法院九十七年度第五次決議，月旦法學雜誌，第 171 期，2009 年 8 月，頁 216、218。
80. 盧映潔，強制罪之違法性判斷，月旦法學教室，第 10 期，2003 年 8 月，頁 16-17。
81. 薛智仁，衛星定位追蹤之刑責—評臺灣高等法院 100 年度上易字第 2407 號判決，科技法學評論第 11 卷 1 期，2014 年 6 月，頁 132。
82. 謝碩駿，警察機關的駭客任務—論線上搜索在警察法領域內實施的法律問題，臺北大學法學論叢，第 93 期，2015 年 3 月，頁 6、14、19、29、58。

三、學位論文

1. 朱勛華，健康資訊雲端化與隱私權保障之研究，東吳大學法學院法律學系法律專業碩士班碩士論文，2016 年 7 月，頁 51、61。
2. 連文園，刑法第 315 條之 1 之研究，東吳大學法學院法律學系碩士班碩士論文，2013 年 1 月，頁 90。
3. 郭亦騏，搜索程序適用法官保留原則妥適性之研究，中正大學法律學研究所碩士論文，2012 年 7 月，頁 11。
4. 簡陳由，論附帶搜索與隱私權保障之衝突，中國文化大學法律學院法律學研究所碩士論文，2015 年 1 月，頁 90。

四、網路資源

1. 一個 1TB (terabyte) 雲端硬碟的儲存空間
<http://cicihsieh315.tian.yam.com/posts/69486708>
2. 司法院大法官解釋 <http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/P03.asp>
3. 司法院中譯外國法規 <http://www.judicial.gov.tw/db/db04.asp>
4. 司法院法學資料檢索系統 <http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>
5. 立法院法律系統 <http://lis.ly.gov.tw/lglawc/lglawkm#>
6. 全國法規資料庫入口網站 <http://law.moj.gov.tw/>
7. 兩人權公約清單：自各級法院系統上線以來至前月月底的引用兩人權公約的案件資料(包含案號及案由摘要)
http://210.69.124.206/jud_k/wke/COVENANT_DOWNLOAD.jsp
8. 法務部二公約及二公約施行法
<http://www.humanrights.moj.gov.tw/lp.asp?ctNode=32913&CtUnit=12352&BaseDSD=7&mp=200>

9. 法源法律網 <http://www.lawbank.com.tw/#>
10. 美國在台協會網站 <https://web-archiver-2017.ait.org.tw/zh/the-bill-of-rights.html>
11. 教育部重編國語辭典修訂本
<http://dict.revised.moe.edu.tw/cgi-bin/cbdic/gswweb.cgi?ccd=8To50R&o=e0&sec=sec1&index=1>
12. 華藝線上圖書館 <http://www.airitilibrary.com/>
13. 臺灣博碩士論文知識加值系統
http://ndltd.ncl.edu.tw/cgi-bin/gs32/gswweb.cgi/ccd=PAi_0Y/login?jstimes=2&loadingjs=1&o=dwebmge&ssoauth=1&cache=1505726990349
14. 謝庭晃，誹謗罪對隱私法益的保護—媒體跟拍是否合法？教育部人權教育諮詢暨資源中心網站，2008 年 3 月。
<http://hre.pro.edu.tw/zh.php?m=16&c=465>

五、其他

高金桂，東海大學法律學院法律學系 104 學年度刑法分則課程口授，2016 年。

