

## 搜索、扣押修法後相關配套措施之研究

計畫類別： 個別型計畫

計畫編號：NSC90-2414-H-002-026-

執行期間： 民國九十年八月一日至九十一年十月三十一日

計畫主持人：林鈺雄

共同主持人：

計畫參與人員：連孟琦、李瑞敏、王士帆

本成果報告包括以下應繳交之附件：

- 赴國外出差或研習心得報告一份
- 赴大陸地區出差或研習心得報告一份
- 出席國際學術會議心得報告及發表之論文各一份
- 國際合作研究計畫國外研究報告書一份

執行單位：國立台灣大學法律學系

中華民國 92 年 1 月 28 日

## 壹、計畫中文摘要及關鍵字

關鍵詞：搜索、扣押、令狀原則、偵查法官

為了發現被告或保全證據之目的，刑事訴訟法創設搜索、扣押的強制處分。然而，搜索處分，無論是對被告之搜索或對第三人之搜索，都是干預人民基本權利的處分。發動、執行搜索，可能干預人民住宅不受干擾之權利、隱私權，緊接著搜索之扣押處分，可能干預人民之財產權利。因此，如何具體設計搜索、扣押的制度，始能有效追訴犯罪並且又不過度侵害人民基本權利？對於違法的搜索處分，應該課予如何的法律效果，始能有效控制違法的合法性？這些問題，歷來成為各國法制的研討重心。

我國刑事訴訟法自制訂以來，原則上雖然要求搜索需用搜索票，但就搜索票的核發，則以起訴時點為區別標準，偵查中由檢察官核發，審判中則由法官核發。此項法制之設計，歷來備受批評，批評者認為偵查中之檢察官一方面偵查犯罪，另一方面卻自行核發搜索票，有違中立的精神，因而主張應該修法，搜索票應一概由法官核發。民國八十九年下半年，國內發生諸多重大的檢察官搜索事件（如搜索廖福本立委事件、搜索中時晚報事件）；民國九十年一月，立法院快速通過搜索改隸法院的修法草案，於民國九十年七月一日正式實施。

採行令狀原則之後，應有哪些配套措施，才能有效控制搜索處分之合法性？法院之組織應該如何調整（如應否由專門法官審查？來源有無資歷限制？）？審查之程序如何設計（如審查之證據法則）？違法搜索的法律效果如何？基於「儘早研究爭議問題並且提早規劃配套措施」之認識，本研究計畫以本次搜索修法後衍生問題及其解決對策為主要研究對象，徹底檢討本次立法的利弊得失，並研究具體的操作基準及配套措施，以供未來學說闡釋及實務運作的參考。

## 計畫英文摘要及關鍵字

The Amendment of the Rules concerning Search and Seizure: A Study on the Matching Arrangements

Key words: search, seizure, warrant requirement, investigatory judge(magistrate)

Search and seizure are means designed by Criminal Procedure to find the whereabouts of the accused and to prevent the destruction of the evidence. However, a search, either to the accused or the third party, is a violation to the fundamental rights of the people. These rights might be infringed by the execution of a search includes at least the sanity of a person's house and the right to privacy. Moreover, a seizure, which usually follows a search, shall definitely restrict a person's right to property. Thus, how should we design a search and seizure system which can effectively prosecute the criminals on one hand and protect the people from overbroad restraint of their fundamental rights on the other hand? What kind of legal effect shall we give to an unlawful search to keep searches in judicial control? For years, those issues have been the focus of study in every legal system.

Although search warrants have long been required by law since the enactment of our Criminal Procedure in 1928, the issuance of warrants are not conducted by judges alone. During the investigation phase, i.e., before the indictment being filed, search warrants are issued by Public Prosecutors. This kind of system has long been criticized as violating the principle of neutrality. Since the prosecutors are persons responsible for criminal investigation, they should not conduct the issuance of search warrants. Voice demanding giving the right to issue warrants from prosecutors to judges reached its summit after some prosecutors searched the office of Legislator Liao and China News Daily. As a result, the Legislative Yuan passed a bill to deprive the prosecutors of the right to issue search warrants.

After we adopted the new "judge-issued warrants only" system, what kind of counterparts shall we need to make it feasible? Shall we make some change to the organization of our courts, such as setting up highly qualified "investigative judges" who are responsible for the issuance of warrants? How should we design the procedure for the issuance of search warrants, inter alia, the separate rule of evidence? What is the legal effect of unlawful search? "Earlier study, better solution", this study aims at the issues caused by this recent amendment and their solutions. This study shall analyze the new law and its necessary counterparts thoroughly and draft a manual for the practicing lawyers and judges.

## 貳、報告內容

### 一、前言

在民國九十年一月初，立法院迅速地通過了搜索新法。搜索新法當中，搜索票核發權限改由法官為之，並且增列了相對的無令狀、急迫搜索之規範，而一舉顛覆了傳統以來我國法中搜索強制處分的權限分配，援引了所謂「相對法官保留原則」。該次修法除了其修法歷程數經各方角力、幾經波濤外，在學術上，從修法前夕之研討與對案的提出、及至修法後之新法實務問題的前瞻、研究，乃甚或新法條文之適用與註解，在在突顯學者、實務界對於此次搜索新法的殷殷關切與重視。

### 二、研究目的

而本計畫於此際會下，於民國九十年八月起，針對搜索新法通過、實行以來的實務運作情形，與其所衍生的相關問題，乃甚或立法之初所思慮未及的配套措施，作一整盤性的檢討、研究，冀能提出、釐清搜索新法整體的利弊得失與適用問題所在，進而針對其所需的配套措施，提供相關之建議與參考。

本計畫的目的既是在於探究搜索新法施行後所產生的實務問題與配套方案，故問題癥結的突顯與配套措施的需求，絕非是閉門造車可以憑空想像而出的。因此，在計畫的進行過程當中，多著重在與實際操作搜索新制的實務人士接洽與訪談，希冀能實際了解搜索法制的實際運作面向，以及問題所在，始能深入研討出切中鵠的的解決方案。

### 三、文獻探討

本計畫首先對搜索、扣押之相關中文文獻，做出歸納、整理；隨即從比較法角度切入，針對國內相關問題，參酌德文教科書、註釋書及專論之見解，希冀能夠以他山之石，供國內解決問題之用。本計畫實行初期，主要在於上開中、德文文獻之探討，相關文獻如下述「參、參考文獻」所示。但在與實務人士的實際訪談及討論中，亦發現諸多上開中、德文文獻所未處理之國內實務問題，此為本計畫之意外收穫。

### 四、研究方法

本研究計畫除了中外文相關文獻之比較研究之外，主要是以與實際操作之實務界人士（法官、檢察官、調查員及警員）的座談討論為主，以補充文獻比較研究之不足。計畫分成四個階段：第一階段為期三個月，初步收集、閱讀、整理並分析此次修法之相關資料（此次立法院共提出十二個修法版本）；第二階段為期三個月，定期共同開會參與討論、整理問題爭點與配套措施，確定研究之範圍及方向，並且進一步收集、閱讀、整理、分析相關資料；第三階段為期三個月，定

期開會提出心得報告、初步研究成果並且整合意見，並邀請其他專家及實務人士參與討論；第四階段為期三個月，預計撰寫研究成果報告、最後討論、定稿修飾並印刷報告。

## 五、結果與討論（含結論與建議）

本計畫最重要的運作之一，乃是數次與實務人士所進行的座談會議。從實務運作者的實戰經驗中，得以第一手地去了解整個搜索法制的實際運作情形、搜索票核發權限改隸後各單位（院、檢、警）的衝擊與困難、乃甚相互評比各單位的作業模式。不過，欲功其事必先利器，於座談之前，資料的收集與充分的準備，怠屬必然。故，本計畫於預計的座談行程之前，皆定期舉行小組討論，由計畫主持人與台、政大法研所連孟琦、李瑞敏、王士帆三位研究生，定期性的就民國九十年所通過之搜索新法，與隔年一月又歷經修改的逕行搜索、緊急搜索之條文，從外國法制的相關規範與意旨、條文文義內涵與解釋方向、以及實務運作即將遭遇之狀況，作一集思廣益的研討。而於每次小組研討後，擷取其中所得，將其彙整，以便於座談之際，一一就教於實務人士。

歷經數次的小組座談後，本計畫接下來的運作即是積極接洽各相關人士，著手於座談會的各個細節安排。鑒於搜索票的聲請、核發、與執行，乃分屬於院、檢、警三各機關單位，故在座談對象的安排與取捨上，為求能全面地了解整個制度的實際運行狀況，乃決定針對院、檢、警三個不同的機關單位，分別舉行座談會議。

首次的座談會議乃於五月四日中午，在司法大廈中的高檢署研討會議室舉行，而座談的對象為台灣高等檢察署掃黑查賄的檢察官、檢察事務官、與協同偵辦的台北地檢署檢察官、台北市調查員。而在對象的選擇上，選擇將第一次座談置於高檢署的掃黑查賄中心舉行，其主要原因乃在於高檢署掃黑查賄中心自成立以來，專門偵辦台灣大型案件，故其在偵查上的偵查技巧、與所面臨的偵查實戰經驗、實務運作問題，可謂最為豐盛與完整，實為觀察偵查實務運作的一大指標。該次座談會議的進行，於會議一開始即採取開方式的研討，不預設立場、不預設查賄中心所可能面臨之困難，先請與會成員先就自己偵查時所遭遇的情形、及其於搜索新制上所產生之疑問，略作闡述；而再接著針對計畫中原本擬商之相關疑問與配套措施，諸如偵查法官制度之採行、警察之獨立扣押權限問題等等，詳盡諮詢從事實務運作的與會人士，以探究問題發生的真正可能性、與所擬配套措施將來於實務上之運作可能性；於最後，再就該次座談所提出相關問題、乃甚或其他相關議題，作一互動式的研討。

於高檢察署座談後，即將座談會議中之錄音、與相關討論議題與內容，彙整為座談會議記錄，便於計畫運作時，作為計畫內容、與參考之用。整次座談而言，除了令人窺知搜索的實際運作情形外，更加令人明白實務問題的多變性與多樣化。此次座談所舉出之搜索運作的相關疑義，諸如搜索票由法院審查對偵查所造成的衝擊、檢、調雙方對於院方審票過程所提出之質疑等等，更是成為後幾次

座談時，繼續研發、探討的重要課題。

緊接者，為五月十日中午，在士林地方法院法官研究室的第二次座談會議。此次座談會議對象乃為法官，主要目的在於從搜索票核發者—法官的角度出發，去觀察整個搜索新制的運作與其衍生的疑義。而在對象選擇上，本次座談之所以選擇在士林地方法院為之，除了士林是台北區的大法院之一、其所面臨的案件量應足以作為觀察的指標外，另一項理由則為士林地院向來嘗試推動新制（諸如法庭詰問制，當初即在士林、苗栗地院首先推行），其法院之見解與運作與推陳出新，實堪為一觀察點的楷模。

而本次的座談，除了了解搜索票核發者—法官審查搜索票的程序與做法、與其觀看檢、警所聲請之搜索卷宗時的心態與判斷外，亦希望了解法官輪值審票的實際排班情形，在人力運用層面上，作為評估引入偵查法官制度的考量。另外，法官通常核發搜索票所需的時間、與曾經核發過允許搜索的最長、最短時間、有否加註允予或禁止夜間搜索的情形、乃甚或事後審查、事後陳報的案件量統計、搜索聲請、准核之數量統計等等，皆為該次座談所得之相關寶貴資訊。

最後一次座談則是於六月二十八日中午時分，於士林地檢署檢察官研究室所舉辦之第三次座談會議。在分別與高檢署掃黑查賄中心成員、士林地方法院法官座談之後，鑒於搜索票的聲請與執行實務，多屬基層檢、警之業務，故本次座談的與會對象，即選擇位於偵查前線之台北市刑警大隊、刑事組的警員，與士林地檢署之檢察官。而同樣選擇在士林地檢作該次座談，其緣由乃在於，此舉可於同一轄區內，分別觀察、相互對照院、檢、警三方所闡述之實務狀況與問題所在。而本次座談因與會人士多為第一線案件偵查人員，故座談內容廣及於警員聲請搜索票之情形、警員素質之檢討、同意搜索與臨檢的實際操作、準備聲請搜索票的時間與相關資料、逕行搜索時的門檻與心證云云。至於詳盡的與會人士發言、討論之內容與建議，如同前二次座談，於會議後，將當時之錄音彙整成文書，以會議紀錄之形式展現。

於數次座談之後，由計畫助理整理會議記錄與相關之文書資料，且經林鈺雄教授、三位助理間的相互交換、研討座談所得的搜索、配套措施之資料與疑義。而由林鈺雄教授主筆，一一將前述所獲之相關資訊，結合研究所得，首先撰寫「急迫性搜索之事後救濟—兼論刑事訴訟法第一三一條之修法」一文，發表於月旦法學雜誌（參見附錄伍）。

總結各次研究討論與實務座談之結果，本研究計畫結論認為，搜索、扣押核發權限改隸法院誠屬正確之立法方向，但在具體設計上，必須以急迫性搜索之建構為核心，重新整合現行的抗告、準抗告之事後救濟程序，始能避免重蹈外國實務「原則變例外」的覆轍（參見附錄伍）。

## 參、參考文獻

- 王兆鵬，1999：《刑事被告的憲法權利》。
- 王兆鵬，2000：《搜索扣押與刑事被告的憲法權利》。
- 王兆鵬，2000.12：〈附帶扣押、另案扣押與一目瞭然法則〉，《律師雜誌》，第 255 期，頁 47 以下。
- 王兆鵬，2001.07：〈論夜間搜索之准許〉，《月旦法學》，第 74 期，頁 20 以下。
- 王兆鵬，2001.07.25：〈法官審核搜索票之權責〉，《司法周刊》，第 1041 期。
- 立法院司法委員會，2000：立法院司法委員會印製，《立法院司法委員會第四屆第四會期：「搜索權之歸屬」公聽會報告》。
- 李建良，1999：〈基本權利理論體系之構成及其思考層次〉，《憲法理論與實踐（一）》，頁 55 以下。
- 林山田，2000：《刑事程序法》，增訂 3 版。
- 林鈺雄，1998.10：〈違法搜索逮捕之證據禁止及其放射效力—評花蓮地院八十五年度易字第九八九號刑事判決〉，《罪與罰—林山田教授六十歲生日祝賀論文集》，頁 485 以下。
- 林鈺雄，1999.01：〈德國證據禁止論之發展與特色〉，《律師雜誌》，第 232 期，頁 56 以下。
- 林鈺雄，1999.01-1：〈違法搜索與證據禁止〉，《台大法學論叢》，第 28 卷第 2 期，頁 251 以下。
- 林鈺雄，2001.07.11：〈有票搜索之聲請〉，《司法周刊》，第 1039 期。
- 林鈺雄，2001.08.01：〈線民檢舉與搜索票之核發〉，《司法周刊》，第 1042 期。
- 林鈺雄，2001.08：〈拘提證人與附帶搜索〉，《月旦法學》，第 75 期，頁 14 以下。
- 林鈺雄，2001.11：〈逕行搜索與扣押之合理根據〉，《台灣本土法學》，第 27 期（預計）。
- 法治斌，1982.06：〈論違法搜索扣押證據之排除〉，《政大法學評論》，第 25 期，頁 61 以下。
- 研討(9)，2001.03：刑事程序法第 9 次研討會，〈搜索修法之回顧與前瞻（一）〉，《台灣本土法學》，第 20 期，頁 109 以下。
- 研討(10)，2001.04：刑事程序法第 10 次研討會，〈搜索修法之回顧與前瞻（二）〉（林鈺雄報告），《台灣本土法學》，第 21 期，頁 53 以下（報告論文收錄於：林鈺雄，《刑事法理論與實踐》，2001 年，頁 319 以下）。
- 研討(11)，2001.09：刑事程序法第 11 次研討會，〈搜索新法實務問題探討〉（陳瑞仁報告），《台灣本土法學》，第 26 期，頁 51 以下。
- 陳樸生，1999：《刑事訴訟法實務》，再訂版。
- 陳瑞仁，2001.07.04：〈搜索門檻「相當理由」之內涵〉，《司法周刊》，第 1038 期。
- 陳瑞仁，2001.08.08：〈搜索票之應記載及得記載事由〉，《司法周刊》，第 1043 期。
- 陳瑞仁，2001.08.29：〈同意搜索〉，《司法周刊》，第 1046 期。
- 黃東熊，1999：《刑事訴訟法論》，增訂初版。
- 黃朝義，1999：《刑事證據法研究》。
- 對案(7)／陳瑞仁，2000.01：刑事訴訟法改革對案系列研討會，〈之七：如何由法制面提升警察辦案品質〉（陳瑞仁報告），《月旦法學》，第 56 期，頁 46 以下。
- 蔡秋明，1999.01：〈美國刑事程序中之證據排除法則簡介〉，《律師雜誌》，第 232 期，頁 35 以下。
- Kennedy，1999.01：Brian Kennedy 著／關重熙譯、蔡兆誠校訂，〈證據排除法則一以美國加州為例〉，《律師雜誌》，第 232 期，頁 84 以下。

- Amelung, 1976 : Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe.
- Amelung, 1979 : Probleme des Rechtsschutzes gegen straf-prozessuale Grundrechtseingriffe, NJW 1979, 1687 ff.
- Amelung, 1981 : Die Einwilligung in die Beeinträchtigungen eines Grundrechtsguts.
- Amelung, 1983 : Die Einwilligung des Unfreien. Das Problem der Freiwilligkeit bei der Einwilligung eingesperrter Personen, ZStW 95(1983), 1 ff.
- Amelung, 1985 : Probleme der Einwilligung in strafprozessuale Grundrechtsbeeinträchtigungen, StV 1985, 257ff.
- Amelung, 1991 : Grundfragen der Verwertungsverbote bei beweissichernden Haussuchungen im Strafverfahren, NJW 1991, 2533ff.
- Benfer, 1990 : Grundrechtseingriffe im Ermittlungsverfahren, 2. Aufl.
- Beulke, 1998 : Strafprozeßrecht, 3. Aufl.

- Dagoglou, 1975 : Das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG), JuS 1975, 753ff.
- Dörr, 1984: Rechtsschutz gegen vollzogene Durchsuchungen und Beschlagnahmen im Strafermittlungsverfahren, NJW 1984, 2258ff.
- Fezer, 1982 : Rechtsschutz gegen erledigte strafprozessuale Zwangsmaßnahmen, Jura 1982, 18ff., 126ff.
- Fezer, 1995 : Strafprozeßrecht, 2. Aufl.
- Gössel, 1981 : Kritische Bemerkungen zum gegenwärtigen Stand der Lehre von den Beweisverboten im Strafverfahren, NJW 1981, 649ff.
- Grünwald, 1966 : Beweisverbote und Verwertungsverbote im Strafverfahren, JZ 1966, 489 ff.
- HK-StPO, 1997 : Heidelberger Kommentar, Strafprozeßordnung.
- KK-StPO, 1999 : Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungs-gesetz, 4. Aufl.
- K/M-StPO, 1997 : Kleinknecht/Meyer-Goßner, Strafprozeß-ordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 43. Aufl.
- Köster, 1992: Der Rechtsschutz gegen die vom Ermittlungsrichter angeordneten und erledigten strafprozessualen Grund-rechtseingriffe.
- Krey, 1988 : Strafverfahrensrecht I.
- Krey, 1990 : Strafverfahrensrecht II.
- Kühne, 1993 : Strafprozeßlehre, 4. Aufl.
- LR-StPO, 1987 ff. : Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, 24. Aufl.
- Nelles, Strafprozessuale Eingriffe in das Hausrecht von Angehörigen, StV 1991, 488ff.
- Pieroth/Schlink, 1996 : Staatsrecht II. Grundrechte, 12. Aufl.
- Rieß/Thym, 1981 : Rechtsschutz gegen strafprozessuale Zwangsmaßnahmen, GA 1981, 189ff.
- Rogall, 1988 : Hypothetische Ermittlungsverläufe im Strafprozeß, NStZ 1988, 385ff.
- Roxin, 1998 : Strafverfahrensrecht, 25. Aufl.
- Schröder, 1991 : Verwertungsverbote und die Hypothese recht-mäßiger Beweiserlangung im Strafprozeß.
- Sommermeier, 1990: Schutz der Wohnung gegenüber straf-prozessualen Zwangsmaßnahmen, JR 1990, 493ff.

## 肆、計畫成果自評

本計畫之進行進度與預估大致相符，但在最後報告撰寫方面，因諸多查證工作作業之延宕，故申請延展三個月獲准。至於本計畫實施之成果，主要在於我國實務問題之匯集，由於三次座談會之與會法官、檢察官、調查員及警員等，各自提出諸多國內實務面臨但國內文獻卻少觸及之實際問題，對於我國未來立法之方向及學說之闡釋，應有莫大助益。這些問題已經列入會議紀錄，有些部分並且已經納入本研究計畫之論文發表（含解決對策之芻議），其他部分則供未來繼續研究之用。

但本計畫亦有諸多不足之處。首先是取樣，因為計畫規模所限，因此主要以高檢署查緝黑金行動中心及士林地方法院及檢察署為座談對象，但對於中、南部法院及檢察署實務是否可能面臨其他特殊之地域性問題，本計畫未予研究。此部分之研究未來仍待加強。

其次，本次研究計畫，與談實務人士幾乎都偏重於搜索之問題，關於扣押之處分，

雖然歷經三次座談，但蒐集所得之實務資訊仍然極其有限，此亦為本計畫不足之處。究其原因，可能在於現今立法並無獨立扣押令之觀念，致使實務界人士普遍認為扣押並無特殊困難與問題，此點，對於未來我國扣押實務之研究，可能構成障礙。

## 伍、附錄

林鈺雄（2002年10月），〈急迫性搜索之事後救濟—兼評刑事訴訟第一三一條之修法〉，《月旦法學》，第89期，頁126以下。

# 急迫性搜索之事後救濟

## — 兼評刑事訴訟法第一三一條之修法—

林鈺雄

（台灣大學法律學院助理教授）

### —目次—

#### 壹、前言 例外是原則？

#### 貳、事後救濟之立法模式

- 一、留白類型
- 二、聲請模式
- 三、職權模式
  - （一）單純陳報模式
  - （二）職權陳報併確認模式
  - （三）職權陳報併撤銷模式
- 四、混合模式

#### 參、我國現行立法之評析

- 一、修法歷程
- 二、立法模式之檢討
  - （一）立法模式之選擇
  - （二）現行立法之解釋
- 三、競合問題之處置
  - （一）競合問題之所在
  - （二）競合問題之解決
- 四、立法漏洞之檢討
  - （一）立法漏洞之所在
  - （二）立法漏洞之彌補

## 肆、事後救濟與證據使用禁止

### 一、立法模式

- (一) 依附模式
- (二) 獨立模式

### 二、立法評析

- (一) 掛一漏萬的例示
- (二) 付之闕如的基準
- (三) 拘束問題的檢討

## 伍、立法建議—代結語

※ 本文為為國科會專題研究計畫 NSC90-2414-H-002-026 研究報告之一，首度發表於 2002 年 6 月 29 日之《刑事訴訟法之最新增修與實踐》學術研討會（司法院、法務部、韓忠謨教授法學基金會、桃園律師公會、學林文化事業公司、台灣刑事法學會主辦），後文字略經修改，在此感謝當日與會人員的熱烈討論與提供之寶貴意見。

## ： 壹、前言 例外是原則？

二〇〇一年一月三日深夜，立法院以迅雷不及掩耳的速度，三讀通過刑事訴訟法部分修法條文，並於同年七月一日起實施<sup>1</sup>。該次修法主要以搜索規定為對象，廢除舊法檢察官核發搜索票之權限，改採「相對法官保留原則」。據此，搜索以持法官核發之搜索票為原則，法官成為搜索之「原則權限」機關（刑訴§128III），檢察官僅有聲請權（刑訴§128-1）；同時，為了因應急迫性搜索之需求，增訂檢察官發動無令狀之緊急搜索（刑訴§131II）的「例外權限」，並且保留原來也是帶有急迫性質的逕行搜索（刑訴§131I），其「例外權限」機關為檢察官、檢察事務官及司法警察（官）<sup>2</sup>。

二〇〇二年一月，立法院又三讀通過刑事訴訟法部分修法條文，除了限縮法官職權調查範圍、創設起訴審查制、引進交付審判制與採行緩起訴制度等四大部分的修法之外，較為引人矚目的，是實施才半年的搜索規定，也在修法之列，此即現行新法第一三一條的規定。本條修法重點包括：1、在干預要件方面，提高發動干預的門檻，如針對逕行搜索部分（刑訴§131I），保留原來無令狀搜索的事由，但增列諸如「有事實足認…確實在內」的文字用語。針對緊急搜索部分（刑訴§131II），則是在原來「證據有偽造、變造、湮滅或隱匿之虞者」前加上「二十四小時內」的限制。2、在事後救濟方面，大致保留原來規定（刑訴§131III），但將法院認為不應准許者，「得於三日內撤銷之」的舊條文，改為「應於五日內撤銷之」；此外，新增緊急搜索後應「層報檢察長」（刑訴§131II）。3、針對證據使用禁止問題，新法比照原來準抗告條文（刑訴§416II），明文規定逕行與緊急搜索「…執行後未陳報該管法院或經法院撤銷者，審判時法院得宣告所扣得之物，不得作為證據。」（刑訴§131IV）。

本文不擬處理上開干預要件的修法，而擬以逕行與緊急搜索的事後救濟建構問題，作為研究範圍，兼及其與證據使用禁止的關係。簡言之，刑事訴訟之基本權干預採行法官保留原則（Grundsatz des Richtervorbehalts）的法例<sup>3</sup>，依照偵查機關得否行使急迫性干預處分為區別基準，又可分為絕對法官保留與相對法官保留兩種立法型態：絕對法官保留，如長期性拘束人身自由之羈押處分，在我國法上為絕對法官保留的干預；相對法官保留，搜索是其中的典型處分，法官作為「原則權限」（或稱「原始權限」，Primärkompetenz）機關，但是承認偵查機關於特定條件之下（尤其是急迫情形）的「例外權限」（Ausnahmekompetenz），

<sup>1</sup> 關於此次立法過程，請詳見立法院司法委員會印製，《立法院司法委員會第四屆第四會期：「搜索權之歸屬」公聽會報告》，2000年；刑事程序法第9次研討會，〈搜索修法之回顧與前瞻（一）〉，《台灣本土法學》，第20期，2001年3月，頁109以下。

<sup>2</sup> 在名詞使用方面，本文稱第131條第1項為逕行搜索，第2項為緊急搜索，以示區別。但請注意，第2項之專業用語並不統一，亦有將其亦稱為逕行搜索者。

關於2001年7月起實施的第131條規定，尤其是干預要件部分，國內文獻有各自不同的解讀與批評，請比較：王兆鵬，〈緊急搜索〉，《路檢、盤查與人權》，2001年，頁53以下；王兆鵬，〈逾越搜索權之拘提〉，《月旦法學》，2002年2月，頁92以下；刑事程序法第10次研討會，〈搜索修法之回顧與前瞻（二）〉（林鈺雄報告），《台灣本土法學》，2001年4月，第21期，頁53以下，頁75；刑事程序法第11次研討會，〈搜索新法實務問題探討〉（陳瑞仁報告），《台灣本土法學》，第26期，2001年9月，頁51以下，頁66-67；林鈺雄，《搜索扣押註釋書》，2001年，頁144以下=§131/1以下（以法條/邊碼引註該註釋書，下同）。

<sup>3</sup> 干預處分採行法官保留原則之立法考量，即權力制衡觀點、工作方式觀點及制度保障因素，在此不擬贅述，請參閱林鈺雄，〈論偵查法官—兼論法官保留原則與直接審理原則〉，《刑事法理論與實踐》，2001年，頁39以下。Zum Richtervorbehalt vgl. auch Hilger, Über den „Richtervorbehalt“ im Ermittlungsverfahren, JR 1990, 485ff.

在相對法官保留模式底下，依照例外權限機關「僅屬檢察官」抑或「兼含檢察官與司法警察（官）」，又可細分為兩種子模式，我國法就緊急搜索採行前者（刑訴§131 II），就逕行搜索採行後者（刑訴§131 I）。

採行「相對」而非「絕對」法官保留原則，通常是立法政策上不得不然的結果，因為在偵查階段，作為蒐集及保全手段的干預處分，不但經常帶有突襲性質（Überraschungseffekt），並且時機往往稍縱即逝，立法政策上承認偵查機關在緊急狀況的急迫權限（Eilkompetenz），幾乎只是或多或少的程度問題。然而，這些立法例上共同面對的現實問題便是「喧賓奪主，鳩佔鵲巢」，也就是實務操作改變了立法基點，「例外權限才是實務原則，原則權限變成實務例外」<sup>4</sup>！如此一來，採行法官保留原則的立法意旨與規範目的，將會蕩然無存。

一言以蔽之，相對法官保留當然不是可以「徒法自行」的原則。如果以為只要墊高急迫權限的發動門檻，就可以有效遏止濫行發動的急迫干預，那恐怕是太過天真浪漫的想像。事後救濟制度以及證據使用禁止，是刑事訴訟法上兩種擔保相對法官保留原則的手段，本文以此為研究主題，從此次逕行與緊急搜索的修法出發，整體檢討急迫性搜索的事後救濟與證據使用禁止問題。首先，本文一一探討事後救濟可能採行的立法模式（下文貳），其次檢討我國現行立法所採行的模式及其問題所在（下文參），再來簡述事後救濟與證據使用禁止的關係（下文肆），最後並簡單提出立法建議，代為結語（下文伍）。

## 貳、事後救濟之立法模式

在評論我國現行逕行與緊急搜索的立法之前，首應研究相對法官保留原則底下，可能選擇的事後救濟立法模式有哪些？利弊得失何在？就立法例來看，對於急迫性干預處分的事後救濟模式，可以略分如下<sup>5</sup>：

### 一、留白類型

留白類型，其實就是指立法者對於急迫性干預處分得否以及由何人發動事後救濟的問題，未予規定。這種算不上是什麼「模式」的類型，在立法例上卻是頗為常見<sup>6</sup>。對於此等類型，可以分成三點說明<sup>7</sup>：

<sup>4</sup> 德文文獻方面，關於例外權限的批判與檢討，最為重要且鏗鏘有力的便是 Nelles 在 1980 年所著的 *Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozeßordnung*；這本兼顧理論批判與實證統計的文獻，及至今日還被德國學者所廣為引用。

<sup>5</sup> 應予說明，本文以急迫性搜索為處理核心，因此，並未窮盡所有急迫性干預的事後救濟模式。例如，除以下所提及者外，還有一種稱為職權移送的模式（*Das Vorführungsmodell nach vorläufiger Freiheitsentziehung*），這主要是針對暫時性、急迫性的人身自由拘束（如逮捕）所設計的事後救濟模式，課予為無令狀逮捕之機關，在一定時間之內將受逮捕人主動移送並接受法院裁判之義務（vgl. §§115, 115a, 128, 131 StPO；StPO 為德國刑事訴訟法之簡稱，下同）。這種模式通常來自憲法之誡命，如德國基本法第 104 條；我國憲法第 8 條雖然也有類似的規定，但在具體的立法形塑方面，我國刑事訴訟法卻採行了先移送檢察官再移送法院的立法規定（刑訴§§91 以下參照），與德國刑事訴訟法有別。

<sup>6</sup> 例如，德國刑事訴訟法一方面承認檢警之急迫搜索權限（§105I StPO），但另一方面卻未對其事後救濟問題予以規範；類似的情形，在德國刑事訴訟法還有檢查身體處分（§§81a, 81c StPO）及設置檢查哨（§111 StPO）等等干預處分。上開情形是否類推適用急迫扣押的事後救濟規定（§98II S. 2 StPO，詳下述），一直是德國法討論的重點所在，相關文獻不可勝數，在此僅例示兩篇最常被引用的 Amelung 作品：*Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe*（1976）及 *Probleme des Rechtsschutzes gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe*（NJW 1979, 1687 ff.）。

<sup>7</sup> Vgl. Lin, Yu-hsiung, *Richtervorbehalt und Rechtsschutz gegen strafprozessuale*

首先，發動該急迫性處分的偵查機關，本身毋庸主動陳報，也不需要尋求法院對該處分合法性的確認。

其次，法院本身不能本於職權而主動對該處分的合法性進行審查。這點考量，類似控訴原則。

最後，也是最具爭議性者，便是利害關係人得否主動提請法院審查系爭干預處分之合法性？法理基礎何在？若可，其具體的救濟途徑為何？放到我國刑事訴訟法干預處分的救濟體系來看，可以提出的具體問題如下：受處分人對於司法警察（官）所為之附帶搜索或同意搜索，得否類推適用準抗告之規定（刑訴§416），而事後請求法院救濟（參閱下文參、四、（二））？

## 二、聲請模式

聲請模式（das Antragsmodell bzw. das Modell „auf Antrag“），亦即，事後救濟之發動方在於受干預人（Betroffene）<sup>8</sup>，法院本於其聲請而開啓救濟程序，進行該急迫性干預處分之合法性審查。此等模式通常也適用上述類型的兩點說明，亦即，偵查機關毋庸主動陳報，且法院本身不能本於職權而主動審查。

聲請模式在立法例上常見採納<sup>9</sup>，而我國刑事訴訟法採此模式的典型代表，便是準抗告的規定（刑訴§416），據此，設若檢察官實施逕行搜索或緊急搜索，受搜索人<sup>10</sup>得聲請法院予以救濟。如果把有令狀搜索的事後救濟問題也放進來討論，那麼，抗告相關規定（刑訴§§403以下）所採行的，也是典型的聲請模式。

聲請模式的優點，一方面在於照顧到基本權受干預人的權利保護利益（Rechtsschutzinteresse），因為其具有主動提出聲請權，能夠啓動法院的救濟程序。另一方面，在連受干預人自己都不認為有啓動法院救濟的必要性時，也能夠免除法院無謂的審查負擔，這其實就是節省司法資源的訴訟經濟理由。在聲請模式之下，耗費司法資源頗為龐大的法院權利救濟，便能夠集中在具有爭議性的案件，並且使得法院在不過度負擔的前提之下提高其裁判的品質<sup>11</sup>。由此當可得知，我國法就一般的救濟途徑，即抗告與準抗告採行聲請模式，自有其道理存在。

---

Grundrechtseingriffe, 1998, S. 42ff.

<sup>8</sup> Zum Begriff vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner, Strafprozeßordnung (Kommentar), 45. Aufl., 2001, §98 Rdnr. 15; Nack, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungs-gesetz (KK-StPO), 4. Aufl., 1999, §98 Rdnr. 18.

<sup>9</sup> 德國立法例上，歷史最為悠久且實務最具重要性的聲請模式之一，殆為德國刑事訴訟法對於急迫扣押的事後控制規定（§98 II S. 2 StPO）。德國法向來有「獨立扣押」的概念（此點，與我國法有別），亦即，搜索與扣押分別規定，兩者皆採行相對的法官保留原則（vgl. §§98 I, 105I StPO），檢警僅在遲延即生危險（Gefahr im Verzuge）的急迫情形，始能為無令狀之搜索、扣押（vgl. §§98 I, 105I StPO）；在檢警動用急迫扣押權限的特定情形，受干預人得隨時聲請法院進行審查。Vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner, Strafprozeßordnung (Kommentar), 45. Aufl., 2001, §98 Rdnr. 18ff.; Nack, in: KK-StPO, 4. Aufl., 1999, §98 Rdnr. 11ff.

<sup>10</sup> 請注意，本條漏未規定準抗告權人，國內文獻上有基於抗告與準抗告之類似性（Ähnlichkeit），而主張將抗告相關規定（刑訴§403）類推適用，其結果便是當事人及受搜索之非當事人（即搜索第三人之情形）得為準抗告權人（林鈺雄，《搜索扣押註釋書》，2001年，頁319-320=§416/5）。不過，在《法院辦理刑事訴訟應行注意事項》第七〇條內，僅提到「受搜索人…得聲請所屬法院撤銷之」，並且也沒有提到根據是類推適用。

<sup>11</sup> 這點，正是前述德國刑事訴訟法就扣押的救濟採行聲請模式（§98 II S. 2 StPO）的立法理由，自從德國帝國刑事訴訟法（RStPO）以來即是如此，相關立法史料可資佐證。Vgl. Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Band 3, Materialien zur Strafprozeß, Abteilung 1/2, 2. Aufl., 1885/86, S. 623ff; vgl. auch Bachmann, Probleme des Rechtsschutzes gegen Grundrechtseingriffe im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, 1994, S. 107f.

### 三、職權模式

在此所稱的職權模式（das Modell „von Amts wegen“），係指偵查機關在實施急迫權限之後，負有本於職權（von Amts wegen）主動向法院陳報的義務。換言之，在相對法官保留模式之下，原則權限在於法官，當偵查機關基於急迫性的事由而行使其例外權限之後，必須向原則權限的機關（也就是法官）陳報，如此一來，才能真正確保相對法官保留「原則」的貫徹。至於貫徹的程度如何，一來取決於選擇的立法模式之控制密度（Kontrolldichte），二來也需視各國環境條件與實務狀況而定。

職權模式之下，又可細分為諸多類型，但都必須處理兩個關係到「控制密度」的主要法律問題：一是實施急迫干預的偵查機關違反陳報義務時（包括「根本未予陳報」以及「逾期陳報」之情形）的法律效果如何？二是陳報之後，法院到底應該如何處理？原處分的效力狀態如何？

#### （一）單純陳報模式

所謂的單純陳報模式，說得複雜些，就是職權陳報併備查模式<sup>12</sup>，係指實施急迫干預處分的偵查機關雖有主動陳報的義務，但是這種應然義務的性質只是訓示規定（Sollvorschrift）<sup>13</sup>而已，雖然應該遵守，惟不遵守者不會影響急迫處分的效力，也就是不致於使其失效。

此等模式在我國法並不陌生，依照二〇〇一年修法前之搜索扣押舊法，司法警察（官）在發動無令狀之逕行搜索後，「應於執行後二十四小時內，呈報檢察官或法院」（舊法§131II），這固然是司法警察（官）的義務，然而，縱使未於二十四小時內呈報，對於逕行搜索之效力亦無影響。甚至於，縱使司法警察（官）依法呈報，受呈報的檢察官或法院也無從質疑或撤銷已經實施的逕行搜索，只能歸檔備查而已。毋庸置疑，這是相當省事的作法，雖可美其名為訴訟經濟，但是根本稱不上是什麼權利救濟途徑<sup>14</sup>。

#### （二）職權陳報併確認模式

職權陳報併確認模式，簡稱為確認模式（das Bestätigungs-modell），在相對法官保留原則的條件底下，是指實施急迫干預處分的偵查機關，必須在一定的期限之內本於職權主動陳報法院，取得法院對該處分合法性的「確認」。一言以蔽之，這種確認，性質上就是本來有「原則權限」的法官，對於偵查機關動用其「例外權限」所為干預處分的事後追認，認可其合法性。

法官的確認裁判，其實就等於是補發令狀<sup>15</sup>；正因這種補發令狀的本質，所以，在管轄

<sup>12</sup> 本文原來稱此為職權陳報併存檔模式，經錢建榮法官於研討會當日建議改「存檔」為「備查」，筆者欣然接受，在此特別表達謝意。

<sup>13</sup> Vgl. Lemke, in: Heidelberger Kommentar zur Strafprozeßordnung (HK-StPO), 1997, §98 Rdnr. 15f.

<sup>14</sup> 關於舊法本條項之效力及批評，請參閱林鈺雄，〈違法搜索與證據禁止〉，《台大法學論叢》，第28卷第2期，1999年1月，頁262：「…然而，司法警察（官）違法不要式搜索時，受呈報之檢察官或法院『能耐他何』？上開規定方式，最多只是『事後報備』，恐怕連『事後審查』的性質都不具備，更遑論同法第一二八條遵循的『事前審查』原則了…」。

此外，如果把有令狀搜索也放進來一起討論，現行新法其實也有類似的條文，即有令狀搜索執行結果的陳報規定（刑訴§132-1），不過，這種陳報規定的意義應該是「未來式」，用意在於作為法官未來審查檢察所提搜索聲請的判斷基準，本來就不具有救濟途徑的性質。依照我國法，關於有令狀搜索的事後救濟，主要的途徑是抗告（刑訴§404I②）。

<sup>15</sup> 我國法上類似的規定，可以參考「緊急拘捕」（指刑訴§88-1）的事後救濟，雖然其並非在相對法官保留模式底下運作，但是原則／例外的處境類似。亦即，緊急拘捕的原則權限機關為檢察官，

權的立法設計方面，確認模式之下的管轄法院，通常就是本來有權核發該令狀的法院，使事前與事後審查的法院歸於同一。從法官的立場來看，說得白話些，就是「你（指檢警）動用了本來屬於我（指法官）的權限，所以要接受我的審查，得到我的認可」。

確認模式此等立法方式，主要的特色在於偵查機關懈怠陳報義務時的法律效果強大，這點正是其與單純陳報模式的區別所在。最為嚴格意義的確認模式，偵查機關基於急迫權限而發動的干預處分，處於效力未定的狀態，若是偵查機關未於發動後的法定期限之內陳報法院，或陳報後未能取得法院確認該處分合法的裁判者，該處分將會從效力未定的狀態轉換為「自動失效」（*automatisches Außerkrafttreten*）。

上開確認模式，對於本質上屬於秘密性質的干預處分尤為適用。以電話監聽為例，由於過程必須秘密進行，不讓受監聽人得悉其受干預，因此，在絕大多數的情形，根本無法或非常難以適用「聲請模式」，畢竟受干預人連被監聽都不知道（或不確定），何從聲請法院來救濟其權利？簡言之，就上開秘密干預而言，聲請模式根本不是有效的權利救濟手段<sup>16</sup>。基於上述理由，在立法例上，對於通訊監察處分的事後審查與救濟途徑，通常是捨聲請模式而就職權之確認模式。

以德國法為例，事後救濟途徑採行確認模式的干預處分不在少數<sup>17</sup>，其中又以通訊監察處分（*Fernmeldeüberwachung*）為典範<sup>18</sup>。依照德國刑事訴訟法的規定，通訊監察屬於相對法官保留的干預處分，原則權限在於法官，但於急迫情形檢察官（不包含警察！）有例外權限，得命為通訊監察。不過，若是檢察官之通訊監察令未能在三日內取得法官之確認者（包括根本未陳報法院及陳報後未經確認的情形），該處分便自動失效（§100b I StPO）。在這種模式底下，法官甚至於只要單純地「不作為」（未於三日內確認），便可達到使急迫干預失效的目的，並且，在三日內未能取得法官之確認者，當然應該停止監察。

上開規定，直接影響我國《通訊保障及監察法》的立法，儘管我國一九九九年制訂的該法並未採行相對法官保留模式，但就事後救濟問題也參照德國立法而自行創設另外一種類似模式，此即該法第七條國安目的之通訊監察，在急迫情形不受原則（指處分「應先經最高法院檢察署之檢察官同意」）之限制，但應通知原則權限機關而「補行同意」（其實就是確認），未能在二十四小時內獲得同意者，應即「停止監察」，若未停止監察者，屬於違反法律保留的基本權干預，處分違法，應無疑問；至於先前該二十四小時內所為急迫監察處分的效力如何，立法並未予明文規範，還有爭論餘地。

### （三）職權陳報併撤銷模式

另外一種類似但不同於確認模式的立法選項，可稱為職權陳報併撤銷模式，這正是刑事

---

例外權限機關為司法警察（官），司法警察（官）若欲緊急拘捕者，「以其急迫情況不及報告檢察官者為限，於執行後，應即報請檢察官簽發拘票。如檢察官不簽發拘票時，應即將被拘提人釋放。」（指刑訴§88-1）。

上開「急迫情況」的規定，表明司法警察（官）作為「例外權限」機關的性格，因此必須在執行後主動陳報檢察官（「原則權限」機關），請求其以「簽發拘票」之方式來事後確認。如檢察官不簽發拘票時，就是否決緊急拘捕的合法性，因此產生立即釋放的法律效果。在緊急拘捕之後，檢察官簽發（或不簽發）拘票的時點之前，處於效力未定的狀態。

<sup>16</sup> Vgl. Geppert, Kontroll- und Förderungspflicht des Ermittlungsrichters, DRiZ 1992, 405, 411; Hilger, Über den „Richtervorbehalt“ im Ermittlungsverfahren, JR 1990, 485, 487.

<sup>17</sup> 諸如：郵電扣押（§100 II StPO）、特種臥底偵查（§110b II S. 4 StPO）、定期刊物之扣押（§111n I S.3 StPO）等等。

<sup>18</sup> Zur Problematik vgl. Nack, in: KK-StPO, 4. Aufl., 1999, §100b Rdnr. 1ff.; Welp, Die Strafprozessuale Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, 1974.

訴訟法第一三一條第三項所採行的方式，在此簡稱為撤銷模式。在相對法官保留原則的立法條件底下，撤銷模式是指實施急迫干預處分的偵查機關，必須本於職權主動在一定的期限之內陳報法院；不同於前述確認模式之處在於，干預處分在法院撤銷之前，還是屬於有效存在而非效力未定的狀態，這也衍生了撤銷模式的問題。

偵查機關未於期限內依法陳報法院的法律效果如何？在確認模式之下，只要干預處分未能在期限內取得法院的確認，便從效力未定而轉化為自動失效；反之，在撤銷模式之下，只要干預處分未在期限之內被法院撤銷，便能繼續有效存在。於是乎，在偵查機關並未依法陳報法院的情形，法院通常也受制於不告不理而無從撤銷其處分，其結果便是原處分效力繼續存在。由此可知，從控制密度的角度來看，撤銷模式可謂低於確認模式。

#### 四、混合模式

以上所言的聲請與職權模式，屬於較為典型的類型。當然，在立法選擇方面，也有可能混合兩種模式而規定。

例如，前述德國刑事訴訟法關於急迫扣押的事後審查，除了明文規定受干預人得隨時聲請法院救濟之外，同時也在特定條件<sup>19</sup>之下，課予實施急迫扣押的檢警，在三日內主動陳報法院並取得其確認的義務（§98 II S.1 StPO），換言之，就是混合了聲請模式與職權模式。特別值得注意的是，無論是聲請或者職權而開啓，依照德國法都是由同一法院來管轄，法院的處理程序也無不同，因此，不會發生聲請與職權兩種救濟途徑在不同法院競合的情形。

而在我國法之情形，分析逕行搜索與緊急搜索的救濟途徑可知，其實也是某種的混合模式。首先，針對逕行搜索與緊急搜索，實施者有在三日內主動陳報法院的義務，而法院也有在五日内撤銷違法搜索的義務（刑訴§131III），這是職權模式的運用。其次，針對檢察官實施的逕行搜索與緊急搜索，受處分人得於五日內提起準抗告，請求檢察官所屬法院撤銷該處分，這是屬於聲請模式（刑訴§416I）。兩者合併運用的結果，就是混合模式，比較特別的地方在於，在我國法，上開聲請與職權競合的情形，兩個案件可能分屬不同的法院或同一法院但不同的法官管轄，以致於造成兩者競合關係不明的結果（競合問題之解決，詳下文參、三）。

### 參、我國現行立法之評析

#### 一、修法歷程

二〇〇一年之前的搜索扣押舊法，由於在事前審查部分採行「二分模式」，承認法官與檢察官的職權搜索（舊法§129）<sup>20</sup>，因此，原來第一三一條僅有司法警察（官）逕行搜索而

<sup>19</sup> 在此所稱的特定條件，係指該急迫扣押是在受處分人不在場且亦無其成年親屬在場的情況下實施，或者雖然在場但是上開在場人對該急迫扣押明白表示異議的情形（vgl. §98 II S.1 StPO）。Vgl. Nack, in: KK-StPO, 4. Aufl., 1999, §98 Rdnr. 15ff.

<sup>20</sup> 基於舊刑事訴訟法第一二九條的明文規定，筆者在當時的刑事訴訟法教科書（第1版，2000年，頁326）如下敘述：「搜索雖以令狀搜索為原則，但本法承認下列得不用搜索票而搜索之例外，稱為無令狀搜索或無票搜索，但不宜稱為不要式搜索，因為，此種搜索僅為令狀搜索原則之例外，而非法定程序原則之例外，縱使是此種搜索，也應遵守法定程式，否則仍屬違法搜索。本法承認之無令狀搜索，包括：1、親自搜索。檢察官或法官親自搜索時，得不用搜索票，但應出示證件（§129）；2、附帶搜索…（§130）。3、逕行搜索…（§131）」

不過，國內有學者（王兆鵬，〈告訴乃論案件與強制處分—以經濟分析論〉，《刑事法雜誌》，第

無檢察官逕行或緊急搜索的規定。對於上開逕行搜索的事後審查，舊法選擇最為低密度控制的「單純呈報模式」，僅要求司法警察（官）「應於執行後二十四小時，呈報檢察官或法院」，至於何時應呈報檢察官、何時應呈報法院，參照二〇〇一年修法前採行的二分模式，應以偵查中及審判中為區分基準時點，起訴時點「之前」呈報檢察官，「之後」呈報法院，不過無論向何人呈報，同樣是聊勝於無罷了。

二〇〇一年修法時<sup>21</sup>，在事前審查方面，有令狀搜索的發動由「二分模式」改為「法官保留」的立法模式；無令狀搜索的部分則廢除第一二九條職權搜索規定，保留舊法第一三一一條逕行搜索的無令狀搜索事由，並新增檢察官得緊急搜索的配套措施（其他關於附帶搜索及同意搜索之修法，本文不予處理）。

此外，該次修法同時採行事後審查制度，主要分為兩大部分，其一、針對逕行與緊急搜索，由「單純呈報模式」改採為控制密度較高的「職權陳報併撤銷模式」（刑訴§131III），並於附帶扣押時準用（刑訴§137II）；其二、除了上開搜索扣押章的特別救濟途徑之外，同年修法也增列搜索為準抗告的對象，據此，針對檢察官所為之逕行搜索與緊急搜索，受處分人有不服者，得聲請所屬法院撤銷或變更（刑訴§416I）。

二〇〇二年的修法，除了干預要件嚴格化之外，主要可以分成三點說明：其一、針對緊急搜索，新增檢察官實施後應「層報檢察長」的規定（刑訴§131II 後段），其立法理由謂此種搜索因「事先未向法官聲請核發搜索票，為期慎重，檢察官應於實施後層報檢察長，即檢察官得向所屬檢察署主任檢察官報告，由主任檢察官向檢察長報告，以貫徹檢察一體之內部監督機制」。其二、就逕行搜索與緊急搜索的事後審查，將呈報後「法院認為不應准許者，得於三日內撤銷之」的規定，改為「法院認為不應准許者，應於五日內撤銷之」（刑訴§131III 後段）。其三、值得注意的是，在一般救濟途徑方面，準抗告部分仍予原封不動保留（刑訴§416）。

上開事後審查規定，在短短一年之內兩度修正，最為值得質疑之處在於：到底二〇〇一年的修法產生哪些問題？以及，二〇〇二年的修法是否解決了這些問題？藉由以下的分析可以得知，新法可以說是「打擊錯誤」，一來根本未檢討整個事後救濟制度的建構，而來也沒有解決上次修法遺留的諸多問題。以下分為三點來分析（下文二至四）。

---

46 卷第 2 期，2002 年 4 月，頁 20 註 5）根據上開文字評斷「從資深之刑事訴訟法學者，到最新的刑事訴訟法學者，皆在其教科書上論述刑事訴訟法職權搜索的合法性或正當性。例如陳樸生…；林鈺雄…第三二六頁…」。

以上批評恐怕斷章取義，鄧書燕說。打個比喻，如果我只說「台灣金山地區有核一和核二兩座核能發電廠」，難道就等於我是「擁核人士」或「論述了核能發電的合法性或正當性」？上開教科書關於親自搜索的引文，只不過是單純描述舊法第一二九條存在的客觀事實而已，哪裡論述了「職權搜索的合法性或正當性」？

其實，舊法規定的數種無令狀搜索，在立法論上都值得批評，但立法論與解釋論不能混為一談，更不能改變舊法承認這些無令狀搜索的客觀事實；這就如同預防性羈押（刑訴§101-1）有重大的違憲疑慮，但不能改變我國現行刑事訴訟法有這條規定的事實，敘述這條規定和主張預防性羈押合憲是兩回事。至於重大強制處分權限分配的立法論問題，尤其是直捨「二分模式」改採「法官保留原則」的立法建議與利弊得失，筆者早已在諸多相關文獻提及，如：〈淺介德國法制檢察官的訴訟監督模式〉，《檢察官論》，1999 年，頁 174 以下；〈論偵查法官一兼論法官保留原則與直接審理原則〉，《刑事法理論與實踐》，2001 年（原文發表於 1999 年），頁 36 以下；〈違法搜索與證據禁止〉，《台大法學論叢》，第 28 卷第 2 期，1999 年 1 月，頁 261-262。

<sup>21</sup> 關於此次修法問題之總檢討，請參閱刑事程序法第 10 次研討會，〈搜索修法之回顧與前瞻(二)〉（林鈺雄報告），《台灣本土法學》，2001 年 4 月，第 21 期，頁 53 以下；刑事程序法第 11 次研討會，〈搜索新法實務問題探討〉（陳瑞仁報告），《台灣本土法學》，第 26 期，2001 年 9 月，頁 51 以下。

## 二、立法模式之檢討

### (一) 立法模式之選擇

如前所述，二〇〇一年的修法，針對逕行與緊急搜索採行的事後救濟制度，屬於「職權陳報併撤銷模式」。在立法政策方面，捨棄原來欠缺控制效果的「單純陳報模式」，以加強對逕行與緊急搜索之合法性控制，這點應該值得贊同。應予檢討的是，改採何種事後救濟模式較為適宜。

首先，如前所述，雖然我國其他急迫性干預處分也有採行與確認模式相類的事後救濟制度，然而，針對逕行與緊急搜索，現行立法並未採行此種控制密度最高的選項。這點，衡諸前述適用確認模式之干預類型的理由（上文貳、三、（二）），殊值同意，畢竟，司法資源是有限財，不可能無窮無盡開啓救濟途徑。逕行與緊急搜索一來不是秘密性質的干預處分，反而通常是在受干預人知悉（指事中或至少事後知悉，但非事前知悉）的情況下進行（請參閱刑訴§§148 以下之在場規定），若是有所不服，應該可以透過受干預人來發動事後救濟途徑。其次，相較之下，逕行與緊急搜索也不是干預最為嚴重的處分，因此，也毋庸以自動失效的嚴厲效果來制裁未予陳報的偵查機關。不過，純從立法政策來看，郵電扣押（刑訴§135）干預憲法第十二條所定秘密通訊之基本權，本質上又是在通訊人不知情底下進行<sup>22</sup>，因此，反而應該採行與通訊監察相同的確認模式，較能收到控制效果。

然而，上開理由是否即得作為現行逕行與緊急搜索採行撤銷模式的理由？這點仍然值得商榷。如果對照前述立法政策上採行聲請模式的理由可知，逕行與緊急搜索正是最為適宜採行聲請模式的干預處分，如此一來，便能夠在充分保障受干預人權利保護利益的前提下，解除法院在無爭議的搜索案件之審查負擔。二〇〇二年的修法顯然並未針對立法模式的選擇進行檢討，僅處理了枝節的「三日→五日」及「得撤銷→應撤銷」的問題。

### (二) 現行立法之解釋

回頭檢討現行立法的解釋問題。首先，實施逕行或緊急搜索之偵查機關，未予陳報的法律效果如何？毫無疑問地，檢警在實施逕行或緊急搜索後，依法有「應於三日內」陳報法院的義務，但是，這和未依法陳報的法律效果如何，係屬不同層次的問題<sup>23</sup>。如前所述，除非採行性質上屬於事後補發令狀的確認模式，使未能在期限內取得法官確認之搜索自動失效，否則，急迫性搜索的合法性，僅取決於實施搜索當時是否合乎法定要件，與事後是否踐行陳報義務的問題無關。撤銷模式底下，在法院為撤銷的意思表示之前，搜索的效力仍然繼續存在，不生自動失效的問題<sup>24</sup>。

其次，陳報之後，法院應如何處置？這是現行立法處理的主要問題。簡言之，二〇〇二年修法後，法院若認為逕行搜索或緊急搜索「違法」者，應於五日內撤銷之（刑訴§131III）。

<sup>22</sup> Zur Problematik vgl. Welp, Die Strafprozessuale Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, 1974.

<sup>23</sup> 關於「三日內陳報」的期限性質與嗣後法院撤銷的關係，其相關論點及實務不同見解之評釋，請參閱林鈺雄，《搜索扣押註釋書》，2001年，頁159-160=§131/18-19。

<sup>24</sup> 不過，純就理論來看，對於已經終結的搜索之合法性問題，法院似應以確認訴訟而非形成之訴的撤銷訴訟來處置，因為終結之後似乎已經沒有撤銷的標的。此一問題國內文獻曾經提及，在此略而不論，請參閱刑事程序法第10次研討會，〈搜索修法之回顧與前瞻（二）〉（林鈺雄報告），《台灣本土法學》，2001年4月，第21期，頁79以下、頁106以下（林鈺雄報告）、頁113以下（何賴傑發言）。

反之，若認為「合法」者，毋庸為任何的意思表示<sup>25</sup>，即不需要為任何確認裁判或補發搜索票，這也是其與確認模式的區別所在。由於二〇〇二年的修法並未放棄撤銷模式，因此，上開法院認為合法時的處置方式，與舊法相同。

### 三、競合問題之處置

#### (一) 競合問題之所在

前述的職權陳報併撤銷模式，不但在立法論上值得檢討，並且，還會與性質上屬於聲請模式的準抗告產生競合，因而也衍生競合關係的複雜問題，有待解決。例如，一方面，檢察官發動的逕行搜索或緊急搜索後，依法在三日內主動陳報法院，由 A 法官承辦；另一方面，受搜索人於五日內向檢察官所屬法院提起準抗告，由 B 法官承辦。到底此兩程序的關係如何？兩者有無排斥或拘束關係？

顯而易見的弊病是，如果同為事後救濟程序得予兩度開啓，不但悖乎訴訟經濟的要求，並且也會產生裁判矛盾的疑慮，若是 A 法官以搜索違法為由而撤銷，B 法官卻以搜索合法為由而駁回準抗告，到底搜索的效力如何，便成疑問。

#### (二) 競合問題之解決

上開競合問題之解決，可以分成立法論與解釋論兩個層次處理。在立法論方面，最為適宜的解決方式，便是釜底抽薪，就搜索扣押的事後救濟，捨職權模式而統一採行「聲請模式」，將現行抗告與準抗告關於搜索扣押之事後救濟，移置於搜索扣押章末（即規定在刑訴§§153-1 以下）<sup>26</sup>。

在重新立法之前，則需透過法律解釋來解決。解決途徑，一言以蔽之，就是「分別發動但統一審查」<sup>27</sup>，亦即，藉由對管轄法院的法律解釋，以及司法行政的事務分配方法，統一讓「同一法官」來處理受陳報與準抗告的事務。首先，就管轄規定來看，受理職權陳報的「該管法院」（刑訴§131III），法律並未進一步加以說明，但衡諸相對法官保留原則的道理，應與核發搜索票之法院相同，也就是本案起訴「已」或「應」繫屬的法院。至於準抗告的法院，則是檢察官所屬法院（刑訴§416I），也就是指「與檢察官所屬檢察署對等配置法院」。

在多數的情形之下，以上兩者的管轄法院其實是同一個法院，此時，解決競合問題及避免分離救濟的方式，主要就是法院內部的事務分配，同一搜索的陳報撤銷與準抗告，皆由同一法官處理；若是先後開啓後始發現者，則比照「併案處理」之方式，將後案併入前案處置。但因我國法的怪異設計，還是應該就兩案分別處置，只不過因為同時由同一法官承辦，因此不但訴訟較為經濟，並且可以期待不會產生裁判矛盾的現象。

但是，在少屬情況，例如檢察官基於急迫理由而發動無管轄權之急迫搜索者（刑訴§250

<sup>25</sup> 對此處置方式之立法質疑，請參閱刑事程序法第 10 次研討會，〈搜索修法之回顧與前瞻（二）〉（林鈺雄報告），《台灣本土法學》，2001 年 4 月，第 21 期，頁 113（何賴傑發言）。

<sup>26</sup> 此即筆者在 2000 年 10 月 25/26 日公聽會所提之建議草案，收錄於立法院司法委員會印製，《立法院司法委員會第四屆第四會期：「搜索權之歸屬」公聽會報告》，2000 年，頁 207。

<sup>27</sup> 就結論而言，前述德國急迫扣押（§98 II StPO）的解決途徑正是如此。如前所述，上開急迫扣押採行混合模式，在特定條件底下，檢警有主動陳報法院之義務，而受干預人也得聲請法院救濟。在管轄方面，由於上開規定的精髓都是在於「使動用例外權限者，接受原則權限機關之審查」，因此，最後都是由作為原則權限的管轄法院（本來有權核發扣押令之法官）來進行審查。因此，雖說上開混合模式也會產生職權陳報與受干預人聲請的競合問題，但是最後殊途同歸，統一審查，不致於產生前述我國法完全分離審查之問題。

但書參照），便有可能產生受陳報法院與準抗告法院不同的情形。此時，爲了達到「分別發動但統一審查」的目的，應該由受陳報法院將案件移送至準抗告法院併案處理。至於爲何不是相反情形（指移送至陳報法院），理由在於法律明文規定準抗告由「檢察官所屬法院」管轄，幾乎沒有解釋的空間，反之，陳報的該管法院還有解釋空間。這未必是最爲妥適的解釋，但卻是現行法底下達到統一審查目的之可能途徑。

#### 四、立法漏洞之檢討

##### （一）立法漏洞之所在

如果把視野放大到整部搜索扣押新法來看，二〇〇一年的修法，一言以蔽之，根本癥結在於欠缺整體一致的事後審查設計，以致於雜沓紛亂，毫無章法可言。該次修法因而導致諸多的缺失<sup>28</sup>，其中，尤以對司法警察（官）所為無令狀搜索之事後審查漏洞問題，最爲嚴重。茲以法院（官）、檢察官及司法警察（官）等三大主體爲基準，將該次修法後三者的事後審查密度表列如下：

---

<sup>28</sup> 關於該次修法救濟途徑選擇不明、競合問題不明及救濟出現漏洞的三大缺失，請參閱刑事程序法第 10 次研討會，〈搜索修法之回顧與前瞻（二）〉（林鈺雄報告），《台灣本土法學》，2001 年 4 月，第 21 期，頁 67-68。

※ 圖表：事後審查途徑與漏洞<sup>29</sup>

	法院	個別法官 (審判長、受命法官、受託法官)	檢察官	檢察事務官 司法警察官 司法警察
§128 有令狀搜索	§404 抗告	§416 準抗告		
§130 附帶搜索			§416	立法漏洞
§131I 逕行搜索			§131III +§416	§131III
§131II 緊急搜索			§131III +§416	
§131-1 同意搜索			§416	立法漏洞
§133I 一般扣押	§404	§416	§416	
§137I 附帶扣押		§416?	§137II +§416	§137II
§152 另案扣押		§416?	§416	立法漏洞

<sup>29</sup> 關於本圖表，請參閱林鈺雄，《搜索扣押註釋書》，2001年，頁41＝前言/55。

從上開圖表可以清楚看出，我國立法者對法官（院）及檢察官的控制，情有獨鍾，而對司法警察（官）的控制，反倒是漠不關心。由司法警察（官）所發動的附帶搜索（刑訴§130）、同意搜索（刑訴§131-1）或另案扣押（刑訴§152），其事後救濟出現嚴重的立法漏洞，因為一來準抗告的一般救濟途徑並未明文將司法警察（官）包攝在內（刑訴§416I 參照），二來搜索扣押章又未創設特別救濟途徑。

以上規定的適用結果，便是排除最為重要並且數量最大的無令狀搜索之事後救濟。這種立法基點可以說是本末倒置，因為如果基於司法資源或訴訟經濟的考量而無法建立全面性的事後審查制度<sup>30</sup>，僅能選擇性地建立事後審查制度的話，三種主體事後救濟的必要性順序應該是「司法警察（官）>檢察官>法院（官）」；這點，不但符合重大干預處分採行法官保留的理由，並且在事後審查制度行之有年的其他立法例獲得證實<sup>31</sup>。然而，我國立法擬定的順序卻是「法院（官）≥檢察官>司法警察（官）」，其法理基礎何在，令人費解。

## （二）立法漏洞之彌補

上開立法漏洞，即對司法警察（官）所為特定無令狀搜索（尤指附帶搜索及同意搜索，此外，另案扣押之問題亦同）事後救濟，應該如何彌補？以搜索為例，首先，由於我國準抗告的規定，已經明示「對於審判長、受命法官、受託法官或檢察官所為…搜索」（刑訴§416I），因此，不可能用「解釋」（Auslegung）途徑而將已經超越其文義外延內涵的司法警察（官）及檢察事務官的搜索包攝在內。是以，除了重新立法之外，唯一可能的途徑，應該是類推適用（Analogie），但其前提是要合乎類似性（Ähnlichkeit）的要件<sup>32</sup>。

類似性何在？首先，也是最為重要的理由在於相同的利益狀態（Gleichheit der Interessenlage），亦即，就受搜索人的立場來看，無論該無令狀搜索是由檢察官所發動，抑或由司法警察（官）及檢察事務官所發動，都是同樣基本權受到干預的情形。如果一定要區分的話，縱容司法警察（官）所為的無令狀搜索，恐怕才更為令人憂慮。

其次，從維護相對法官保留原則的觀點來看，除非動用例外權限者能夠受到事後的監督，否則，原則權限必然因為例外權限而限縮，甚至於產生例外取代原則的顛倒情況。排除了作為第一線偵查者之司法警察（官）<sup>33</sup>的無令狀搜索，幾乎也是排除了實務上最為大宗的無令狀搜索，同樣是動用可能危及相對法官保留原則的例外權限之情形，檢察官要接受事後救濟法院的審查，司法警察（官）更無置身事外的道理。

基於上述的類似性，應將準抗告的規定，類推適用於司法警察（官）及檢察事務官所為的無令狀搜索，納入準抗告的救濟範圍。附帶說明，若是由司法警察（官）或檢察事務官所執行的有令狀搜索，對於違法執行的事後救濟問題<sup>34</sup>，由於仍屬法院或個別法官所發動的干

<sup>30</sup> 在此，所稱全面性的事後審查制度，指無論刑事訴訟之基本權干預為法官、檢察官或司法警察（官）所發動，皆有事後的權利救濟途徑而言。

<sup>31</sup> 關此，可觀察二次戰後德國法的發展。警察由於其作為行政機關之性質明顯，因此，對其所為干預處分得向法院請求事後救濟，並無疑義；檢察官因為雙重定位問題，納入事後救濟體系的時程較晚；至於法官部分，德國聯邦憲法法院直到 1978 年為止（BVerfG 49, 329ff.），就法官所為且已經終結的干預處分，都還否定對其權利救濟的必要性，及至 1997 年才改變見解（BVerfG, Beschluß vom 30. April 1997, 2 BvR 817/90 = NJW 1997, 2163ff.），將上開處分納入救濟範圍。

<sup>32</sup> Zur Problematik vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 381ff.

<sup>33</sup> 司法警察（官）作為第一線的偵查機關，早已經是偵查實務的實況。在 2001 年 1 月修法之後，更是明文承認其作為主動的、第一線的偵查者之角色，賦予其知有犯罪嫌疑「應即開始調查」的權限與義務，並且得封鎖犯罪現場及為即時勒戒處分（請參閱刑訴§§230II, III, 231II, III）。

<sup>34</sup> 關於合法發動但違法執行搜索之事後救濟問題，請參閱林鈺雄，《搜索扣押註釋書》，2001 年，頁 307, 308 = §404/9, 10 及頁 322 = §416/11。

預處分，因此，應該可以透過解釋而循抗告或準抗告之途徑而事後救濟，不會發生法律漏洞，也毋庸類推適用。

關於立法漏洞之彌補，德國法的經驗可資佐證。如前所述，以尚未終結的急迫性扣押為例，德國刑事訴訟法明文賦予受干預人向法院提起事後救濟之權利（§98 II S.2 StPO）。然而，立法同採相對法官保留原則的其他干預處分，諸如抽血檢驗與檢查身體處分（§§81a, 81c StPO）與搜索處分（§§102 ff. StPO）等，德國刑事訴訟的立法者卻未明文規定其事後救濟途徑，因此，當偵查機關動用急迫權限而發動干預處分時，到底受干預人得否向法院請求救濟，遂成問題。依照德國通說，尚未終結的上開干預處分，本於例外權限的相同利益狀態，應類推適用扣押規定，受干預人得聲請原則權限機關予以權利救濟<sup>35</sup>。

## 肆、事後救濟與證據使用禁止

### 一、立法模式

事後救濟法院對於搜索合法性之認定，對於本案審判法院就證據使用禁止問題之判斷，有無拘束力？這是學說與實務共同關注的焦點。儘管違法搜索可能招致諸多不同的法律效果，但對刑事訴訟法而言最為重要並且也是最為引人矚目的，莫過於證據使用禁止（或稱證據排除）的問題。討論之前，應先對於事後救濟與證據使用禁止關係的立法模式，有所瞭解。在立法例上，依照刑事訴訟程序有無單獨事後救濟及其與證據使用禁止的拘束力關係，可以略分以下模式探討<sup>36</sup>：

#### （一）依附模式

指依附於本案審判（包含審前或準備程序）之模式。以搜索、扣押為例，刑事訴訟法本身並無專門針對其合法性開啓的獨立程序，受干預人也無單就其合法性問題聲請法院救濟之權利。對於同時採行證據排除法則的法例（如美國）而言，搜索、扣押違法的主張其實就是證據排除的主張，因此，得依附於本案審前程序而促使搜索扣押接受法院的合法性審查<sup>37</sup>。

不過，縱使排除法則相當嚴格，從控制密度的觀點來看，這項立法模式還是有兩項不足之處：其一、違法搜索必須有所斬獲，才會成為審查對象；若是撲空的違法搜索，既未取得證據，亦無「違法搜索所得證據之排除」問題；其二、必須有本案存在，才會成為審查對象；若案件未進入審前或審判程序者，則無審查之可能。

#### （二）獨立模式

<sup>35</sup> Vgl. Amelung, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 1976, S. 31ff. m.w.N.; Fezer, Rechtsschutz gegen erledigte strafprozessuale Zwangsmaßnahmen, Jura 1982, 18, 21f.; Fezer, Strafprozeßrecht, 2. Aufl., 1995, Fall 7 Rdnr. 99; Götz, Rechtsschutz gegen Maßnahmen der Polizei, JuS 1985, 869, 871; Jorzik/Kunze, Rechtsschutz gegen Maßnahmen der Ermittlungs-behörden, Jura 1990, 294, 296; Nelles, Kompetenzen und Ausnahme-kompetenzen in der Strafprozeßordnung, 1980, S. 78; Roxin, Strafver-fahrensrecht, 25. Aufl., 1998, § 29 Rdnr. 8.

<sup>36</sup> 關於違法搜索之法律效果，諸如依情形構成非法搜索罪、請求國家賠償、發動懲戒處分、發還扣押物等等，請參閱林鈺雄，《搜索扣押註釋書》，2001年，頁42-43＝前言/57；關於依附模式與獨立模式，請參閱同書，頁36-37＝前言/42-43。

<sup>37</sup> 關於美國法上提出證據排除之時機與程序問題，請參閱蔡秋明，〈美國刑事程序中之證據排除法則簡介〉，《律師雜誌》，第232期，1999年1月，頁39-40；加州實況報導，請參閱 Brian Kennedy 著／關重熙譯／蔡兆誠校訂，〈證據排除法則—以美國加州為例〉，《律師雜誌》，第232期，1999年1月，頁86以下。

指獨立於本案審判（包含審前或準備程序）以外之模式，德國法就刑事訴訟上之基本權干預，多採此模式（§§98II S. 2, 304ff. StPO; §§23 ff. EGGVG）。這在德國法上主要的基礎，是本於「基本權受公權力干預者，有權利請求法院救濟」以及「聽審原則」的憲法誠命而來（Art. 19IV, 103I GG）。在憲法優位性原則底下，包括搜索、扣押在內的刑事訴訟上之基本權干預，自然沒有置身救濟體系以外的道理，問題遂集中在關於權利保護利益（Rechtsschutz-interessen）的判定以及應使用何等救濟途徑（Rechtswegfragen）的爭論。據此，德國警員若因違法搜索而扣得毒品者，無論案件是否起訴，受搜索人得獨立提請法院救濟；縱使是撲空的違法搜索，也不論案件最後是否起訴，原則上皆得獨立提請法院救濟<sup>38</sup>。此等立法模式的優點是審查範圍較大且控制密度較高，但是天下沒有白吃的午餐，因此耗費的司法資源，也是相當可觀。

由於德國法例既有獨立救濟模式的設計，又有證據禁止法則的運用，因此，產生本案審判外的獨立救濟途徑與本案審判之證據使用禁止，兩者關係如何的問題，這點，也正是我國法面臨的問題。純就立法政策的觀點來看，拘束模式（即前者拘束後者）與分離模式（即互不拘束）都是可能想像的立法選擇。拘束模式雖然具有避免裁判矛盾的優點，但是為了這種拘束效果，事後救濟程序本身卻必須設計得更為完備，並且，證據禁止法則也得相應調整。

在具體規定方面，德國法與我國法都欠缺拘束效力之明文，就結論言，一來，事後救濟法院縱使認定搜索扣押違法，也無禁止本案審判法院為相反認定的效力；二來，縱使本案審判法院為相同的認定，違法也未必導致證據使用禁止的結果，這點理由容後說明。

## 二、立法評析

### （一）掛一漏萬的例示

二〇〇一年修法時，曾經就違法搜索扣押之證據使用禁止問題，增訂如下條文：「前項之搜索、扣押經撤銷者，審判時法院得宣告所扣得之物，不得作為證據。」（刑訴§416II）。值得注意之處在於，上開條項體系上編列於準抗告，文義又謂「前項之搜索、扣押經撤銷者」，據此，其適用範圍似乎僅限於「在準抗告程序之搜索、扣押經撤銷者」。然而，撤銷搜索、扣押之情形，也可能發生在抗告程序搜索、扣押之撤銷（刑訴§404）以及在逕行、緊急搜索（舊法§131III）與附帶扣押之撤銷（刑訴§137II），因而，其有無本條項的適用，便成疑義。

儘管上開質疑，國內文獻在立法後隨即提出<sup>39</sup>，然而，二〇〇二年修法時，幾乎又是以「單兵打游擊」的技術，只針對逕行與緊急搜索規定：「第一項、第二項之搜索執行後未陳報該管法院或經法院撤銷者，審判時法院得宣告所扣得之物，不得作為證據。」（刑訴§131IV）。顯而易見的漏洞如下：1、搜索、扣押經抗告法院撤銷的問題依舊。2、附帶扣押經撤銷的準用規定（刑訴§137II），竟然並未隨著修訂，由此可知立法過程的草率。3、由於司法警察（官）及檢察事務官所為附帶搜索、同意搜索及另案扣押（刑訴§§130, 131-1, 152）之事後救濟的漏洞仍在，立法連撤銷都漏未規定，更遑論撤銷後的證據使用禁止問題。

針對上開立法的漏未規定問題，結論上並不難處理，也毋庸類推適用。其實，縱使依照二〇〇一年修法前之舊法規定，審判時的法院，本來就「得宣告違法搜索所扣得之物，不得

<sup>38</sup> Vgl. Lin, Yu-hsiung, Richtervorbehalt und Rechtsschutz gegen strafpro-zessuale Grundrechtseingriffe, 1998, S. 124ff.

<sup>39</sup> 請參閱刑事程序法第 10 次研討會，〈搜索修法之回顧與前瞻（二）〉（林鈺雄報告），《台灣本土法學》，2001 年 4 月，第 21 期，頁 53 以下，頁 82；林鈺雄，《搜索扣押註釋書》，2001 年，頁 40＝前言/55。

作為證據」，而我國實務上也有不少相關裁判<sup>40</sup>。是以，相關立法雖然條次位置錯亂，掛一漏萬，但是並無實質影響。

## (二) 付之闕如的基準

再者，無論在修法之前還是修法之後，在我國法上關於違法搜索、扣押的證據使用禁止問題，關鍵在於實體基準，也就是到底何種違法情況會招致證據使用禁止的效果？標準何在<sup>41</sup>？關此，二〇〇二年的立法根本未予規範，是以，修法除了強化上開的漏洞問題之外，幾乎毫無實益可言。反倒是在「未陳報該管法院」的情況，立法者似乎有意將其與陳報後「經法院撤銷者」等量齊觀（刑訴§131IV 參照），問題是，既然連實體標準何在都不明，等量齊觀又如何？其實，如果不是採行確認模式，幾乎難以想像單純因為未予陳報就會產生何等嚴厲的法律效果<sup>42</sup>；況且，除非是偵查機關極其惡意不予陳報的情況，否則，在偏好權衡觀點的我國證據禁止實務，也很難單以未予陳報為由而宣告證據使用禁止。

## (三) 拘束問題的檢討

最後，如前所述，採行獨立事後救濟模式者，最為困難的立法問題在於到底選擇「拘束模式」還是「分離模式」。這點，幾乎看不出我國立法者有任何著墨之處，其結果應該就是維持原來的狀態，也就是維持分離模式，搜索、扣押縱使經事後救濟的法院撤銷，還是欠缺對本案審判法院的拘束效力。

關於分離模式的利弊得失，在此不予贅述，唯一要指出的是，如果我國立法與實務，就前述證據使用禁止的實體基準問題，繼續偏好權衡取向的話，那麼，拘束效力問題的討論並無太大的實益可言<sup>43</sup>。因為權衡觀點的特性之一，就是必須權衡違法搜索的情節和本案犯罪的輕重等因素綜合判斷，因此，唯有本案審理的法院，才能做出證據應否禁止使用的終局決定。在此前提之下，縱使認為事後救濟法院對搜索違法性之認定，有拘束本案審判法院的效力，最後還是要由本案審判法院權衡判斷違法與禁止的關係。

# 伍、立法建議—代結語

本文雖然以刑事訴訟法增修的逕行搜索之事後救濟為例，但是所欲強調的是，基本權干預之救濟體系問題，必須整體觀察，既不能只鍾愛搜索扣押，更不能只偏重逕行或緊急搜索。儘管一年以來，刑事訴訟法第一三一條就歷經兩次修法，但遺憾的是，立法者並未整體考量如何規劃刑事訴訟上基本權干預之事後救濟問題，對於可能選擇的立法模式也是一知半解。

<sup>40</sup> 諸如花蓮地方法院 85 年度易字第 989 號刑事判決、士林地方法院 87 年度易字第 841 號刑事判決、士林地方法院 88 年度訴字第 2 號刑事判決等等。

<sup>41</sup> 請參閱林鈺雄，〈違法搜索與證據禁止〉，《台大法學論叢》，第 28 卷第 2 期，1999 年 1 月，頁 251 以下。

<sup>42</sup> 關於執行後程序對搜索扣押合法性之影響問題，國內文獻曾參照美國判例指出：「…違反這些事後程序時，依加州法院判例，所扣得之證物，仍有證據能力[People v. Cooks (1983) 141 Cal.App.3d 224, 292]。此外，遲延回報或漏記載在回執，並不因而無證據能力，除非被告能舉證該遲延對其造成重大之不利[People v. Couch (1979) 97 Cal.App.3d 377]」，請參閱刑事程序法第 11 次研討會，〈搜索新法實務問題探討〉（陳瑞仁報告），《台灣本土法學》，第 26 期，2001 年 9 月，頁 71 以下。

<sup>43</sup> Vgl. Amelung, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozeß. Dogmatische Grundlagen individualrechtlicher Beweisverbote, 1990, S. 38ff. 70ff.; ders., Grundfragen der Verwertungsverbote bei beweisichernden Haussuchungen im Strafverfahren, NJW 1991, 2533, 2534ff.

草率修法引來的解釋問題，自然是罄竹難書，令人莫衷一是。

筆者最後還是必須強調，針對急迫性之搜索，廢除職權模式而統一採行聲請模式，應該是較為切合的立法方式，未來若是再行修法，似可採取筆者先前修法時所提的建議，在刑事訴訟法第一五三條之一至之三，採行聲請模式，分別規定對法官、檢察官及司法警察（官）之搜索扣押的事後救濟，如此一來，不但可以彌補司法警察（官）部分的立法漏洞，並且也可以解決棘手的競合問題。至於郵電扣押（刑訴§135），則宜比照急迫性通訊監察的處置，將確認模式列為立法選項。

當然，為了重構刑事訴訟基本權干預的救濟體系，也可以先行調整現行準抗告規定的適用範圍，至少應先擴及檢察事務官及司法警察（官）的搜索扣押，並且慎重考慮包納拘提逮捕在內的其他干預處分，以免輕重失衡。

※ 立法院民國九十一年一月三讀通過

刑事訴訟法第一百三十一條修正條文對照表		
修正條文	現行條文	說明
<p>第一百三十一條 有左列情形之一者，檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察，雖無搜索票，得逕行搜索住宅或其他處所：</p> <p>一 因逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押，有事實足認被告或犯罪嫌疑人在內者。</p> <p>二 因追緝現行犯或逮捕脫逃人，有事實足認現行犯或脫逃人在內者。</p> <p>三 有明顯事實足信為有人在內犯罪而情形急迫者。檢察官於偵查中確有相當理由認為情況急迫，非迅速搜索，二十四小時內證據有偽造、變造、湮滅或隱匿之虞者，得逕行搜索，或指揮檢察事務官、司法警察官或司法警察執行搜索，並層報檢察長。</p> <p>前二項搜索，由檢察官為之者，應於實施後三日內陳報該管法院；由檢察事務官、司法警察官或司法警察為之者，應於執行後三日內報告該管檢察署檢察官及法院。法院認為不應准許者，應於五日內撤銷之。</p> <p><u>第一項、第二項之搜索執行後未陳報該管法院或經法院撤銷者，審判時法院得宣告所扣得之物，不得作為證據。</u></p>	<p>第一百三十一條 有下列情形之一者，檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察，雖無搜索票，得逕行搜索住宅或其他處所：</p> <p>一 因逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押者。</p> <p>二 因追緝現行犯或逮捕脫逃人者。</p> <p>三 有事實足信為有人在內犯罪而情形急迫者。檢察官於偵查中有相當理由認為情況急迫，非迅速搜索，證據有偽造、變造、湮滅或隱匿之虞者，得逕行搜索，或指揮檢察事務官、司法警察官或司法警察執行搜索。</p> <p>前二項搜索，由檢察官為之者，應於實施後三日內陳報該管法院；由檢察事務官、司法警察官或司法警察為之者，應於執行後三日內報告該管檢察署檢察官及法院。法院認為不應准許者，得於三日內撤銷之。</p>	<p>一、第一項第一款、第二款之逕行搜索，是否具有急迫性及必要性，於實施前，自應依客觀之事實判斷，足認犯罪嫌疑人或被告確實在其內，始得為之，以避免不必要之廣泛式、地毯式搜索，爰於第一項第一款、第二款之條文增訂「有事實足認 確實在內者」之文字，以資明確。</p> <p>二、第一項第三款有人在內犯罪而情形急迫之逕行搜索，為避免濫用，應限於有明顯事實足信有此情況始得為之，爰增訂「明顯」二字。</p> <p>三、第二項偵查中為蒐集及保全證據之逕行搜索，應限於確有相當理由顯示其情況急迫，且如不實施搜索，證據在二十四小時內有偽造、變造、湮滅或隱匿危險之情形。且因逕行搜索事先未向法官聲請核發搜索票，為期慎重，檢察官應於實施後層報檢察長，即檢察官得向所屬檢察署主任檢察官報告，由主任檢察官向檢察長報告，以貫徹檢察一體之內部監督機制，爰修正之。</p> <p>四、對於不應准許之緊急搜索，法院應予撤銷，以維程序正義，惟法院之撤銷應於受陳報後五日內為之，如逾五日即不得再行撤銷，以免逕行搜索之效力久懸不決，用以維護法律程序之安定。</p> <p>五、按刑事訴訟須兼顧程序公正及發現實體真實，對於違背法定程序搜索所得之證據，其證據能力是否受影響，在英美法系國家，雖有判例長期累積而形成證據排除法則（Exclusionary Rule of Evidence），可將違法取得之證據事先加以排除，然而基於治安之要求及現實之需要，亦有許多例外情形，且例外之適用有漸廣之趨勢。在日本，因戰後受美國影響，對違法之取證採取相對排除理論；而德國之「權衡理論」，亦為多數主張，即法院在裁判時應就個案利益與刑事追訴利益彼此間權衡評估，以決定是否有證據能力。由此可知當前證據法則之發展，外國立法例係朝基本人權保障與社會安全保障兩個理念相調和之方向進行，期能保障個人基本人權，又能兼顧真實之發現。因此，對於逕行搜索後未陳報法院或被法院撤銷者，不應不分情節，一概強制排除其證據能力，應依比例原則及法益權衡原則加以權衡，以避免僅因程序上微</p>

		<p>小瑕疵，致使許多與事實相符之證據，無例外地被排除。而現行法第四百十六條第二項即已採納上開精神，規定搜索經撤銷者，審判時法院得宣告所扣得之物，不得作為證據。換言之，由法官於個案審理中，斟酌：(一) 違背法定程序之情節。(二) 違背法定程序時之主觀意圖。(三) 侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重。(四) 犯罪所生之危險或實害。(五) 禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果。(六) 偵審人員如依法定程序有無發現該證據之必然性及(七) 證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度等各種情形權衡之。爰增訂第四項之規定，使審判時法院，於斟酌人權保障及公共利益之均衡維護原則下，作為認定證據能力有無之標準，以兼顧理論與實際，而應需要。</p>
--	--	--

※ 立法院民國九十年一月三讀通過

<p>第一百三十一條          有下列情形之一者，檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察，雖無搜索票，得逕行搜索住宅或其他處所          一 因逮捕被告、犯罪嫌疑或執行拘提、羈押者。          二 因追躡現行犯或逮捕脫逃人者。          三 有事實足信為有人在內犯罪而情形急迫者。          檢察官於偵查中有相當理由認為情況急迫，非迅速搜索，證據有偽造、變造、湮滅或隱匿之虞者，得逕行搜索，或指揮檢察事務官、司法警察官或司法警察執行搜索。          前二項搜索，由檢察官為之者，應於實施後三日內陳報該管法院 由檢察事務官、司法警察官或司法警察為之者，應於執行後三日內報告該管檢察署檢察官及法院。法院認為不應准許者，得於三日內撤銷之。</p>	<p>第一百三十一條          有左列情形之一者，檢察事務官、司法警察或司法警察官雖無搜索票，得逕行搜索住宅或其他處所：          一 為逮捕被告或執行拘提、羈押者。          二 為追躡現行犯或逮捕脫逃人者。          三 有相當理由足信為有人在內犯罪而情形急迫者。          四 有相當理由足認若未及時搜索扣押，證據有偽造、變造、湮滅或隱匿之虞者。          前項第四款之情形，亦得逕行搜索身體。          搜索，應於執行後三日內，呈報檢察官或偵查法官。</p>	<p>一、 第一項前段加入檢察事務官為執行者。          二、 「保存證據」本為「緊急搜索」之事由之一，第四款明文訂之。          三、 第二項仍維持原規定「事後呈報」之精神，受呈報者依照偵查中或審判中而區別。呈報之時限，定為三日。</p>
---	---	--

