

國立政治大學法學院碩士在職專班碩士論文

指導教授：楊雲驊 博士



司法審查介入偵查行為之再檢討

—以搜索票之核發為中心

研究生：林柏泓 撰

中華民國 103 年 7 月

CONTENTS

CONTENTS	i
第一章 前言	1
第一節 研究動機與目的	1
第二節 研究方法	4
第三節 研究範圍	5
第二章 權力分立下的偵查權定位	6
第一節 法治國原則下的權力分立	6
第一項 概說	6
第二項 規範模式	7
第二節 權力分立在刑事訴訟程序之具體實現	10
第一項 刑事訴訟結構的權力關係	10
第二項 檢察權之權利定位	12
第三項 搜索權概論	27
第三章 我國搜索處分審查機制的現狀與疑慮	36
第一節 搜索權規定之演進	36
第二節 搜索權審查機制的疑慮	40
第一項 現況所衍生之缺點	40
第一款 法官審查品質	40
第二款 檢察官偵查效率—兼論同意搜索	52
第三款 民眾觀感	58
第二項 改變現狀的疑慮	59

第一款	法官保留原則.....	60
第二款	令狀原則.....	69
第三款	檢察官權力失控.....	75
第四款	違法搜索既成事實之合法性.....	78
第五款	小結.....	83
第四章	偵查階段搜索權審查機制的重新規劃.....	91
第一節	搜索令狀核發程序.....	91
第一項	核發權人.....	91
第二項	審查方法.....	95
第三項	問責機制.....	96
第二節	搜索強制處分之救濟.....	99
第一項	審查程序.....	99
第二項	審查方式.....	101
第三項	審查基準.....	102
第五章	結論.....	105
參考書目	106

第一章 前言

第一節 研究動機與目的

刑事訴訟法關於搜索權的規定，在2000年1月12日作出大幅度的修正¹後，將檢察官核准搜索的權限刪除，改由法院裁定。筆者當時為學習司法官身分，正值當時訓練之第二階段，也就是進入各地院檢，一對一跟隨所排定之法官、檢察官學習民事、刑事及檢察事務之實務課程。此為筆者自大學修習刑事訴訟法後，初次如此貼近刑事訴訟實務，對於其中運作技巧、判斷方法、法官與檢察官處理案件之心態與過程，無不印象深刻。尤其是在地檢署學習期間，親眼見聞檢察官們於發動搜索之強制處分偵查作為之決定，有謹慎以對，查考確實者，然亦不乏輕率核發，甚至作為收買警調人心，作為順水人情之手段者。此次修法，亦係因為檢察官搜索權之發動所引發的許多爭議，例如板橋地檢署流出空白搜索票事件²、台南地檢署檢察官搜索立法委員研究室及會館事件、台北地檢署搜索中國時報辦公室事件³，導致立法院表決通過了該

¹中華民國九十年一月十二日總統（90）華總一義字第9000007510號令修正公佈第122、127、128、128-1、128-2、130、131、131-1、132-1、136、137、143至145、153、228、230、231、404及416條；並刪除第129條條文。

² 參閱記者賴仁中，〈簽發空白搜索票 高檢署建請懲處陳銘祥〉，《自由電子新聞網》；網址 <http://www.libertytimes.com.tw/2001/new/apl/27/today-c8.htm>；瀏覽日期 2016 年 4 月 10 日。

³ 參閱林鈺雄，搜索修法之回顧與前瞻，收錄於刑事法理論與實踐，頁 387-389，一版，2001 年 8 月。

次修正案。

老實說，以筆者當時在地檢署實習的經驗，於修法議題興起之初，筆者基於親眼所見少數檢察官之惡習，確實贊成取消檢察官核發搜索票的權限，將搜索與否的決定權完全歸由法官審查。然而，隨著擔任刑事庭法官，承辦多年審核各種搜索票聲請的經驗，讓我不禁思考著，這樣的立法選擇是不是符合搜索權事物本質上的歸屬？在三權分立的國家結構中，有沒有侵越行政權，並造成司法權過度負擔（或者說是司法權過度擴張）的疑慮？在這樣的思考過程中，讓筆者愈加對於刑事訴訟程序中，偵查階段有關行政權與司法權間的互動關係與權力界線感到興趣。例如，從發動者的角度而言，司法警察或是檢察官在聲請搜索票的過程中，因為在案情熟悉度上佔有絕對優勢，而且壟斷提供資訊給決定者的管道，被搜索者毫無對抗之機會，那麼在最後經法官核准時，不免會顯現得以單向操控司法權之優越感；若不幸被駁回，則勢必產生所謂外行領導內行之滿腹委屈。另外，從決定者的角度觀之，法官在實際上受理搜索票的申請時，囿於審查時間的急迫性、專業知識與對案情的熟悉度不足，且並無持相反意見之另一造提供不同觀點以資衡量取捨，這樣的機制是否可以達到原先希望以法官保留的方式，藉由司法審查的介入，使得檢察官的偵查作為不致侵害被搜索人的基本權利之目的？令人懷疑⁴。尤其還原制度初衷，當時立法

⁴ 參閱 Helmut Satzger, Die Rolle des Richters im Ermittlungsverfahren in Deutschland und Frankreich, in: 200 Jahre Code d'instruction criminelle - Le Bicentenaire du Code d'instruction criminelle, 2010, S.93-107, 王士帆譯，法官在刑事偵查程序之角色 - 以德國與法國為例，檢察新

機關原係基於保障人民權利之考量，決定將是否允許搜索的審查權限，交給具有身分及事務獨立保障，且立場較為公正客觀之法官為之⁵。然而依照目前學說與實務之多數見解，法官於審查搜索票之聲請時，僅能就該強制處分聲請之合法性予以審查，在此範圍以外，法官對於此強制處分的目的性、適當性及必要性，並無審查權限，蓋檢察官對於此偵查作為之目的性、適當性及必要性具有獨立之判斷權限，法官不得對之加以審查，反而應該受到檢察官判斷之拘束⁶。依此通說見解，我國現行搜索票審查之機制存在了權責不符的狀況，法院囿於審查範圍的限制，對於立法者原先冀望以司法權介入之方式保護人民權利的期待，顯得力有未逮。也因此從人民的角​​度來看，一旦

論，第 11 期，頁 320，2012 年 1 月，文中提及德國偵查法官駁回檢察官強制處分聲請的比例極低，這種現象傳達出一段弦外之音：強制處分送交法官核准，並未發揮多大效果，反而只是套用例稿，徒具形式，但這種現象並不令人意外，想像一下偵查法官只能單憑閱覽檢察官所移交的卷宗，就要在龐大時間壓力以及無法精確調查事實的狀態下，作出准駁的決定，另外，偵查法官若要核准一項強制處分，只要盡可能採納檢察官的聲請理由即可，相反的若要駁回聲請，偵查法官必須動筆撰寫反駁理由，費力費時，這樣的「誘因」自然使偵查法官趨向核准檢察官之聲請，而非駁回。

⁵ 參閱楊雲驊，法官保留與檢察官的緊急搜索權，法學講座，第 5 期，頁 5-7，2002 年 5 月。

⁶ 參閱林鈺雄，論偵查法官，刑事法理論與實踐，頁 64，一版，2001 年 8 月。陳瑞仁，新法下搜索扣押之理論與實務，臺灣本土法學，第 26 期，頁 59，2001 年 9 月；陳恆寬，「搜索新法實務問題探討」學術研討會-刑事程序法第十一次研討會中之發言，臺灣本土法學，第 26 期，頁 96，2001 年 9 月。當然這樣的見解存在一些邊界案例的例外狀況，不過這些例外狀況的容許會不會又造成司法權侵越偵查主體獨立性的問題，值得深思，這些議題將會在本文深入討論。

於偵查時出現搜索作為過當而引發爭議，甚至侵害人民權利的情況下，在一般多數人民的眼中，法院即成了迫害人權的幫兇，法官亦無從以其僅就搜索票聲請之合法性作審查為由，對其核發搜索票之裁定卸責。也因此，要求司法權擴展至不符合權力本質之事務，其後果僅是徒然使得人民對於司法權的信賴感一併陪葬而已。這樣的立法安排是否妥適？在搜索權歸屬改制後已逾十年的今日，似乎應該可以從實證的角度，與政府部門各種權力之本質與相互作用的學理相互映證，反省與檢討制度安排的優缺點，並尋求偵查權與司法權之間最適當的相對位置。

第二節 研究方法

本文於提出現行法治上的疑問點之後，擬先略述法治國原則下的權力分立源由、規範模式與這三種政府權力間的相對關係。其次，談到權力分立在刑事訴訟程序上的具體實現，其中最重要的是釐清檢察官的個職務的定位究竟何屬，並在界定其權利性質之後，探討在偵查階段，作為偵查手段之一的搜索強制處分，其作成與救濟的各種可能規範模式，由其中優缺點的比較及取捨，選擇一種最為符合權責的可行制度，以供未來檢討修正時的參考。

研究途徑則係藉由理論的概述與實務運作上產生的一些疑義，利用權力分立本質的探究鋪陳問題的核心所在，再以現行法制即司法事前審查制度運作的缺陷，以及外國法制的比較對照，歸納出問題之核心，進而針對問題，提出改善的對策。

第三節 研究範圍

搜索強制處分理論上並不限於偵查階段，即使在訴訟繫屬中，亦不無可能發動此強制處分。然因本文所處理的，是針對行政權、司法權兩者間的互動與制衡關係，因此會將研究範圍，侷限在偵查階段的搜索相關機制，而不及於其他部分。

另外，與搜索相關的強制處分，例如通訊監察、扣押等議題，也會在討論搜索之特性時一併提出，作為理解本文所討論議題的重要參考。

關於研究的材料，除了基本理論的闡述之外，本文將就我國實務上相關的最高法院刑事判決、司法院解釋等加以分析，並且比較他國關於這部分的立法例、重要判決，作為本文最終主張的佐證，並希望能夠排除憂心偵查權力過度擴張之人對於本文主張所產生的疑慮。

第二章 權力分立下的偵查權定位

第一節 法治國原則下的權力分立

第一項 概說

自從十六、十七世紀啟蒙時代以來，政治哲學家們對於國家的論述及討論逐漸有一些具體化的架構。對於現代國家權力分立理念，盧梭(Rousseau)認為國家的任務，在於以整體力量來保障其成員的人身及財產，並且基於統治者與被統治者一致性的理念，其中執行層面仍由政府為之，但是國家整體意志的形成，仍必須取決於國民整體意志之決定⁷。然而以現代國家人口的數量與公眾事務複雜性觀之，由全體國民形成一致性決議的想法在現實生活中是不可能存在的，因此代議民主的方式，即成了盧梭認為可以去除極端見解，汲取最多數國民整體意志的理想模式。洛克(Locke)則承續其想法，認為在無組織的人類共同生活時，每個人為了保護自己的生命、財產、自由與所占有之物，均有權利去對抗他人的傷害與攻擊。但這麼一來，勢必造成每一個人在充滿恐懼並持續面臨危險的狀態下享有自由，所以人民必須放棄其部分自由形成一政治組織，以創造一個舒適、安全與和平共同生活為目的的市民社會。惟洛克又基於對權力不信任的理念，提出國家內權利應為分配的想法，國家權力絕不能完全交給一個人或一個機關來行使，例如立法者即不能擁

⁷參閱陳慈陽，論權力分立原則在自由民主憲法秩序中的意義與定位，人權保障與權力制衡，頁

77-78，二版，2007年3月。

有法律的執行權⁸。嗣後孟德斯鳩(Montesquieu)更將國家權力行使主體分散及不得集中要求加以明確化，他認為擁有權力的人就不可避免的會有濫用權力的傾向，因此建立一個現代的民主國家最重要的是要如何防止其濫權。基於這個出發點，孟德斯鳩構思出以立法、執行與司法權來割裂國家權力，由不同的國家組織來行使之⁹。現代法治國家即基於這樣的思想發展，由國民整體意志之代表即立法權創造法規範，賦予行政權於此法規範下執行國家事務之權限，並由司法權依據法規範監督行政權於現實執行層面上是否逾越或違反法規範，兼而審查立法權所制定之下層法規範有無逸脫上層法規範的框架。

第二項 規範模式

權力分立原則雖發展歷程久遠，但至今仍是多數現代國家權力組織規畫的基本模型。雖然因應新興事務需求而出現「獨立機關」、「獨立管制委員會」的特殊機構，而將該組織獨立於行政上下級監督體制之外，並賦予準立法(quasi-judicial)及準司法(quasi-judicial)的權力¹⁰，然而究其性質，仍無非屬於行政權之一種特殊模式，僅係在制度設計上為保持其於行使職權時有相當程度之獨立性，因而賦予其成員特定形式之身分保障與職務

⁸ 同前揭註，頁 80-81。

⁹ 同前揭註，頁 101。

¹⁰ 參閱陳仲嶙、陳薇芸，談美國「獨立」管制委員會的合憲性問題，頁 1，益思科技法律事務所網站 <http://www.is-law.com/old/OurDocuments/CT0004CL.pdf>，最後瀏覽日期：2016 年 4 月 10 日。

行使之依據，終究難以跨越行政權性質之界線而擁有一般意義下之立法權、司法權¹¹。而權力分立之模式作為現代國家政治運作的主流，主要是因為其可以提供國家組織在追求效率與避免專制之間找到一個平衡點¹²。如前所述，現代國家公眾事務之複雜性高，數量龐大，全由少數人或個人承擔雖非絕無可能，但除非該擁有權力者天縱英才，否則其處理事務之嫻熟度與效率，勢必不如專業分工模式，長久觀之，無法發揮最大效能。此外，國家權力集中勢必造成權利濫用。英國史學家阿克頓勳爵(John Emerich Edward Dalberg-Acton, 1st Baron Acton)曾有：「權力使人腐化，絕對的權力絕對使人腐化」(Power tends to corrupt; absolute power corrupts absolutely.) 的名言；孟德斯鳩也認為：「當立法權和行政權集中在同一個人或同一個機關之手，自由便不復在了，因為人們將要害怕這個國王或議會制定暴虐的法律，並暴虐的執行這些法律，如果司法權不同立法權和行政權分離，自由也就不存在了。如果司法權和立法權合而為一，則將對公民的生命和自由施行專斷的權力，因為法官就是立法者。如果司法權同行政權合而為一，法官便握有壓迫者的力量。如果同一個人或是由重要人物、貴族或平民組成的同一

¹¹ 參閱周志宏，我國獨立機關建制問題之研究，頁32，論文發表於第一屆「公共行政與公法」學術研討會，臺北：國立台北大學。其認為，獨立機關是屬於行政組織的一種特殊類型，應屬於行政機關之一種，不包括立法機關、司法機關或監察機關，至於考試機關一般均認為是本質上亦屬於行政權，因此似毋庸排除此種型態。

¹² 參閱湯德宗，權力分立原則解釋案，權力分立新論，頁186-188，增訂二版，2000年12月。其提到，一般認為，權力分立原則的目的有二，一為追求效率(efficiency)，一為避免專權暴政(prevention of tyranny)，保障人民自由。

個機關行使這三種權力，即制定法律權、執行公共議決權和裁判私人犯罪或爭訟權，則一切便都完了。」¹³，而中外歷史上因為權力集中而導致人謀不臧、恣意妄為的例子亦斑斑可考，於此考量下，透過國家權力的切割及分配，使權力之間彼此獨立，相互約制，在規範設計上就預先排除因享有絕對權力而導致濫權、腐敗的制度缺失，自屬必要。

這樣的觀念雖先由歐洲哲學家們所釐清並闡釋，然而卻係於美國獨立建國後，始於其憲法中具體化為現實。美國憲法中關於「所有立法權力皆由美國國會所有」、「行政權力則由美國總統所有」、「司法權力由一個美國最高法院和一些可以由國會隨時下令設立的次級法院所有」的規定，將政府權力一分為三。這樣的作法也影響了美國各州憲法，現代法治國家也多以此為權力設計的基礎架構。我國憲法於國民大會、總統之下分別設行政、立法、司法、考試、監察各章，亦係以權力分立作為政府結構的主要框架。司法院大法官會議所作成的釋字第613號解釋理由書中亦提到：「作為憲法基本原則之一之權力分立原則，其意義不僅在於權力之區分，將所有國家事務分配由組織、制度與功能等各方面均較適當之國家機關擔當履行，以使國家決定更能有效達到正確之境地，要亦在於權力之制衡，即權力之相互牽制與抑制，以避免權力因無限制之濫用，而致侵害人民自由權利。惟權力之相互制衡仍有其界限，除不能抵觸憲法明文規定外，亦不能侵犯各該憲法機關之權力核心領域，或對其他憲法機關權力之行使造成實質妨礙（本院釋字第五八五號解釋參照）或導致責任政治遭受破壞（本院釋字第三九一號解釋參

¹³ 參閱 C. d. Montesquieut 著，張雁深譯，論法的精神，上冊，頁 156，1 版 8 刷，1997 年 2 月。

照)，例如剝奪其他憲法機關為履行憲法賦予之任務所必要之基礎人事與預算；或剝奪憲法所賦予其他國家機關之核心任務；或逕行取而代之，而使機關彼此間權力關係失衡等等情形是。」故我國政治體制之設計，亦係以權力之區分及制衡作為出發點之一，並由此發展出各權力之間的權責內容及相對關係。

第二節 權力分立在刑事訴訟程序之具體實現

第一項 刑事訴訟結構的權力關係

在現代法治國家為實現文明、理性及和平的精神，除以明文之刑法規範外，復制定一套兼具公平及效率的訴訟體制，提供人民於法益遭受侵害時可供救濟之方法，其目的無非為收回民眾自力救濟之權力，禁止私人以原始暴力方式私刑報復，將國家與人民間，或人民相互間所生之紛爭、造成的損害，交由法院公平審判，並由國家藉判決之宣告與刑罰之執行，恢復紛擾前之平和狀態。然而國家將刑罰的決定權及執行權獨佔之前提，一方面乃係國家有能力以公平而有效的方法，解決因法益受到破壞所生之不平衡狀態；另一方面，則是國家有義務保護每一位國民所享有的憲法基本權，使之不會因為國家刑罰權的行使而無端遭受不必要的侵害。此種兼具壟斷權力、專業與效率處理事務以及防止專擅等特點，與前述國家權力設計之需求甚為相似，因此於刑事訴訟制度中，將國家刑罰權有無的確立及執行，以權力分立之觀點予以剖析，應能更清楚的觀察其間

各個參與者所應扮演之角色，並且刻畫出其等應為之作用¹⁴。

以立法權來說，雖然立法者並未親身實際參與刑事訴訟的流程，然而舉凡刑法、刑事特別法中所定各罪名的構成要件、刑度及其間的法律適用關係等，均為立法者之意志所形成，而刑事訴訟程序現實上雖係由審判者所指揮，然其所憑之依據，亦係立法權作用下制定的規範，因此立法權非但沒有在國家刑罰權確立的過程中缺席，反而是扮演了最重要的制度設計師，將其對於發現真實及保障人權的理念注入此一過程的內涵之中。

另外關於法官的角色，毫無疑問的，當然係司法權的行使者。從起訴前的強制處分、證據保全，一直到起訴後的準備、審理、宣判等程序，只要是關於法官的職務範圍，均屬典型的司法權作用。此為對於個別人、個別案件的認定與判斷，與立

¹⁴司法院大法官會議作成的釋字第 530 號亦同此看法，該解釋於解釋文中提到：「基於保障人民有依法定程序提起訴訟，受充分而有效公平審判之權利，以維護人民之司法受益權，最高司法機關自有司法行政監督之權限。司法自主性與司法行政監督權之行使，均應以維護審判獨立為目標，因是最高司法機關於達成上述司法行政監督之目的範圍內，雖得發布命令，但不得違反首揭審判獨立之原則……檢察官偵查刑事案件之檢察事務，依檢察一體之原則，檢察總長及檢察長有法院組織法第六十三條及第六十四條所定檢察事務指令權，是檢察官依刑事訴訟法執行職務，係受檢察總長或其所屬檢察長之指揮監督，與法官之審判獨立尚屬有間。關於各級法院檢察署之行政監督，依法院組織法第一百十一條第一款規定，法務部部長監督各級法院及分院檢察署，從而法務部部長就檢察行政監督發布命令，以貫徹刑事政策及迅速有效執行檢察事務，亦非法所不許。」可見大法官會議亦是由權力分立的觀點切入，將檢察官於刑事訴訟程序中之角色劃分於行政權之角色，與行使司法權之法官加以區分。

法權係對不特定人（包括政府機關與一般人民）之權利義務關係所作之抽象規定，並可無限制的反覆產生其規範效力¹⁵，當然有所區分。司法權雖應依據法律審理、判決，但若立法者逾越抽象立法而具體就個別人、事、物為差別之規範，自有違憲疑慮而應由司法權審查其合憲性。

參與刑事訴訟程序之角色，較具有爭議性的莫過於檢察官的性質了。檢察官具有偵查、實行公訴及刑罰執行之職責，其除有主動積極追訴犯罪之特徵外，復有基於客觀性義務¹⁶，判斷犯罪事實存否，是否必要將被告引入刑事訴訟程序、在法院審理中亦有協助法官形成客觀正確判斷之義務，對於利與不利被告之情形，一律注意¹⁷。因此檢察官於刑事訴訟程序中應該是屬於行政權之表徵，抑或兼含有司法權之元素，學說上夙有爭議。在釐清強制處分的審查機制前，自應從刑事訴訟程序中檢察官所代表的清楚定位開始。

第二項 檢察權之權利定位

檢察官制度的由來，原是因為歐陸中古時期的刑事訴訟程序大多採用糾問制度，由法官負責自偵查、追訴犯罪直至審理判決的所

¹⁵見司法院大法官會議釋字第 391 號解釋理由書。

¹⁶參閱林鈺雄，檢察官在訴訟法上之任務與義務，收錄於檢察官論，頁 30-35，一版，1999 年 4 月。

¹⁷刑事訴訟法第 2 條第 1 項規定：「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。」其中所謂實施刑事訴訟程序之公務員，自包括從起始的偵查、實行公訴到執行刑罰各階段始終沒有缺席的檢察官們。

有工作，以致於權力過度集中，難以監督其判斷之正確性。此外，法官基於犯罪追訴者的角色，自始對於已經決定予以追訴之對象有成見，亦難期待其審判能夠客觀不偏頗，為了改革糾問制度所衍伸的各種弊端，逐漸發展出彈劾制的訴訟體系，並以公訴取代私人追訴而創設檢察官制度，確立訴訟上的權力分立原則¹⁸。此後隨著法國拿破崙的征戰，將這個制度散播到歐陸各國，並橫越大西洋移植至美國及加拿大，其影響擴及全球之近代法律制度。

然而由檢察官制度的演進過程可以發現，因為著眼的重點有所差異，檢察官的角色與性質，也隨之向不同的方向演化。一個是較偏向代表國王的利益在法庭上行使檢察權，另一個是強調檢察官係扮演為削減糾問法官權力而產生的角色。前者著重在檢察官原告的

¹⁸參閱林鈺雄，檢察官在訴訟法上之任務與義務，收錄於檢察官論，頁5，一版，1999年4月。當然，檢察官制度創立並非憑空而來，同書第69頁提到，檢察官制度的前身可遠溯至中古時期王公貴族的家臣”procureur”，當時的國王或貴族利益受到侵害時，便雇用”procureur”幫他們作刑事案件之追訴，兼可執行罰金及沒收，並負責幫國王與貴族管理財產，此時的”procureur”在刑事訴訟程序上，堪稱國王之代理人。嗣後經過1808年的拿破崙治罪法典(Code d’Instruction Criminelle)採行控訴原則，而”procureur”始正式從為國王貴族財產利益執行私權追訴的家臣蛻變成為國家公共利益追訴犯罪並執行公訴的官吏。而德意志各邦於十九世紀引進檢察官制度時，更係以十八世紀盛行於普魯士地區原負責替國王掌理國庫財政，嗣後逐漸擴權為國王監控全國官署(包括法院)及百姓之鷹犬狗腿的官吏「司庫」(Fiskalat)一職，作為檢察官職權的範圍，然而因為薩維尼(Savigny)、米德邁爾(Mittermaier)及史密特(Eb. Schmidt)等人的努力，延宕了司庫式檢察官制的倡議，逐漸將「當權者利益」與「國家利益」分離，將「保障民權」與「追訴犯罪」相提並論，使得檢察官制度能有「法律守護人」、「法治國代理人」的樣貌。

身分，因此屬於行政權的性質，此以英美法體系檢察官制度為代表；後者則認為檢察官既係由法官分權而來，因此應該具有一部分司法權性格，這是大陸法系國家普遍具有的觀念。¹⁹

我國的刑事訴訟制度雖然是承襲自大陸法系國家，但制度上涉及刑事犯罪的案件在偵查階段時，檢察官並非將所有所接觸到之案件一律提起公訴交由法官審判，故設計上原應賦予其有決定所偵查之案件何者應進入刑事訴訟程序的權力，亦即目前體制上之不起訴處分(或緩起訴處分)，而檢察官所為之不起訴處分依刑事訴訟法第260條之規定，已具有類似確定無罪判決之效力，因此出現了檢察官之職權是否亦有司法權性質之疑義。

第一款 等同法官說

主張檢察官之職權具有司法權性質者，可由檢察官的職務性質及身分保障必要性二方面來說明。此說認為，檢察官雖非法官，但其職務性質卻如同法官般須要發現真實並且適用法律。況且如上所述，檢察官就案件之偵查結果必須作出判斷，於查無實據或未達起訴門檻的情況下，檢察官必須做出不起訴處分，這樣的效力幾乎已經達到無罪確定的程度；反之，偵查結果若是起訴，日後當有一定比例將會有罪確定，然觀之第一審法官對於個別案件之有罪判決，最終也不見得每件都將維持有罪確定，由此角度觀之，就被告為有罪判斷之決定性，檢察官與法官於本質上並無差異，何以法官之判斷屬於司法權之行使，而否定檢察官判斷有司法權之元素？

¹⁹參閱鍾鳳玲，從檢察制度的歷史與比較論我國檢察官之定位與保障，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2008年6月，頁231。

再者，由身分保障之必要性觀之，檢察官決定案件偵查方向、起訴、上訴與否及確定後之執行工作，具有刑事訴訟程序之重要地位，其職務核心對於國家刑罰權之判斷無比關鍵，更需要對其職務行使的身分作如同法官一般的維護，以防止其他勢力不當介入檢察官的偵查過程。為維持法官的公正與中立，憲法第80條及第81條明文保障法官之審判及人事上的獨立性，使法官於行使其司法權的過程中可以擺脫任何干擾或引誘，順利行使其職務。同樣的，檢察官就個案決定所可能受到的干擾或引誘，絕對不亞於法官，因此檢察官所行使之職權若不將之定位為司法權，則其遭受不當力量介入而污染之結果，勢必導致未來法官審理案件前或過程中無法完成其司法權應然之任務。因此主張此說者認為整個刑事訴訟程序中，除就司法權核心的審理、判斷及確定部分是由法官職掌外，其餘從前端的偵查活動、審理中的公訴、判決確定後的刑事執行等，無一不是必須由檢察官盡其職責始得完成者。因此，就算認為檢察權不是司法權本身，至少也是司法權在刑事訴訟程序進行過程中不可或缺的「附件」之一，所謂獨立的司法只有在檢察官亦有相應保障之前提下，才有可能實現²⁰。

第二款 一般行政官說

另一種見解，係將檢察官定位為一般行政官，其職權純係行政權之性質。其依據主要在於檢察官具有檢察一體的特性，在上命下從的系統中，檢察長有職務收取權及職務移轉權，此與司法權必須

²⁰參閱林鈺雄，談檢察官的雙重定位—行政官？(司)法官？，收錄於檢察官論，頁87，一版，

1999年4月。

獨立審判，不受任何其他政府勢力干擾的特色完全背道而馳，反而更接近於一般行政官署的特徵。另外，國家既然禁止私刑，壟斷刑罰權的前提，相對的，就必須提供有效追訴犯罪、維持治安的對策，否則人民基於捍衛自己生命、身體、財產等法益的需求，勢必對於侵犯者以暴制暴，屆時現代文明國家之穩定秩序將蕩然無存。國家就對此之回應，就是設置犯罪偵查體系，包括警察、憲兵、調查官等基層人力，以至於統合偵查資源，決策犯罪追訴過程的檢察官。這樣的職務，本質上不可能屬於立法權，且其主動追訴犯罪、打擊不法之特色，也與司法權不告不理的性質不同，況且在此國家權力為追求其目的而行使的過程中，難免會出現與人民基本權之間的衝突，為此，必須另設解決紛爭的救濟途徑即司法權，否則便會出現球員兼裁判之不公平現象，故檢察官亦不會是司法權的行使者。在三權分立的體制下，檢察官所行使之偵查、公訴、刑事執行等職權應作為行政權的一環，始符合其本質。

第三款 司法官署說

此種見解認為，檢察官既非一般行政官，亦非等同於法官，而是介於法官與警察、司法權與行政權兩者之間的中介樞紐，一方面必須監督法官之裁判，並且協助其作成公正客觀的判斷；另一方面，則必須以司法之屬性控制警察的偵查活動，確保偵查追訴過程的合法性。以此居間的角色防止法官恣意及警察濫權，因此檢察官應具有行政與司法的雙重地位，也因為如此，無論法國、德國等歐陸國家之立法例，均將檢察官在組織上歸屬於司法部，有別於其他

傳統上典型的行政部門²¹。

再者，此說亦承認檢察官在組織上是歸屬於行政權之範疇，但是在功能上有朝向司法權的趨勢，與一般行政官員不能相提並論。為說明此雙重特性，Eb. Schmidt等人以「司法官署」或「自主的刑事司法官署」用語來定位檢察官，亦即，在其執行職務趨近刑事司法範圍時，如檢察官在審判期日的蒞庭活動，應依自我負責及司法準則行事；反之，在執行職務趨近一般行政政策範疇時，則依上命下從之行政原理處理²²。除此之外，該說主張檢察官與法官就任用資格而言，兩者均須具備相當之法學教育與法律訓練，作為其等內在自主性之基礎，以此專業素養及良知形成法律確信。另外，法官及檢察官之薪俸待遇亦不應有差別待遇，而關於升遷、任免及其他人事事項，檢察官雖無憲法明文規定之誠命要求，惟其身分規範，亦應在法律層次做出具體保障，使得檢察官無畏不當勢力之干涉，忠於職務之本質，也唯有如此，方能使得真正意義下的司法獨立成為可能。

第四款 本文看法

關於檢察官之屬性，主要有上述三種學說的分歧。本文認為檢

²¹參閱林鈺雄，談檢察官的雙重定位—行政官？(司)法官？，收錄於檢察官論，頁95-96，一版，1999年4月。

²²同上註，頁97，惟此說與一般行政官說均特別強調，所謂上命下從均有其法定界線，亦即檢察官依刑事訴訟法之法定主義應否發動偵查及應否起訴等直指真實發現及正義實現的範疇，檢察官均應本於自我負責之權限，負有嚴格的合法性及客觀性義務，無論上級或下級均無違犯的權能。見同文，頁99。

察官所執掌之職務本質，仍應為行政權。茲說明如下：

一、檢察官與法官之定位不同

上述等同法官說，係將重點著眼於檢察官地位的重要性以及法官、檢察官所掌職務權利之近似性，基於相同事務做相同處理的原則，認為檢察官如同法官般，同屬於憲法上的第三權機關(司法權)。本文並不否認檢察官職務之重要性，一個良好司法體制的建構，必定少不了健全檢察官這個面向，司法院釋字第392號解釋文中亦提到：「司法權之一之刑事訴訟、即刑事司法之裁判，係以實現國家刑罰權為目的之司法程序，其審判乃以追訴而開始，追訴必須實施偵查，迨判決確定，尚須執行始能實現裁判之內容。是以此等程序悉與審判、處罰具有不可分離之關係，亦即偵查、訴追、審判、刑之執行均屬刑事司法之過程，其間代表國家從事『偵查』、『訴追』、『執行』之檢察機關，其所行使之職權，目的既亦在達成刑事司法之任務，則在此一範圍內之國家作用，當應屬廣義司法之一。」，因此檢察官就國家行使刑事司法的作用而言，其重要性不言可喻，檢察官之人身及事務獨立性當然必須受到保障。然而，保障檢察官人身及事務獨立性這樣的需求，與檢察官所行使之職務性質是否屬於司法權，兩者並無必然性的關聯。就如同用人之機關擇定合適人選、行政首長評定所屬公務員之考績、公立學校老師考核學生之分數，其決定同樣需要獨立不受干涉的空間，但上開職權均屬行政權之一環，從無人對於上開人等行使者是否為司法權有任何質疑。大法官會議在司法院釋字第325號解釋理由書中，曾舉出數項須獨立行使職務的例子，其中也提到法官、檢察官：「國家機關獨立行使職權受憲法之保障者，例如法官依據法律獨立審判，不受任何干涉，考試委員、監察委員獨立行使職權，憲法第八十條、

第八十八條、憲法增條文第十五條第六項均有明文保障；而檢察官之偵查與法官之刑事審判，同為國家刑罰權正確行使之重要程序，兩者具有密切關係，除受檢察一體之拘束外，其對外獨立行使職權，亦應同受保障。本院釋字第十三號解釋並認實任檢察官之保障，除轉調外，與實任推事（法官）同，可供參證。上述人員之職權，既應獨立行使，自必須在免於外力干涉下獨立判斷。故如司法機關審理案件所表示之法律見解、考試機機對於應考人成績之評定、監察委員為糾彈或糾正與否之判斷，以及訴訟案件在裁判確定前就偵查、審判所為之處置及其卷證等，監察院對之行使調查權，本受有限制，基於同一理由，立法院之調閱文件，亦同受限制。」等語，顯然大法官們也並未因為考試委員、監察委員及檢察官在職務上有「獨立行使職權」這樣的特性，而一概將考試權、監察權及偵查權歸類為「司法權」之性質。

固然，檢察官職務性質確有部分必須如同法官般發現真實並且適用法律，就案件之偵查結果必須作出判斷，決定起訴或者不起訴（以及緩起訴），但是同樣的，環保局官員於調查空氣汙染排放是否超過標準值、海關就進口貨物是否如實申報、甚至核安調查委員會對於核能電廠安全性的評估，亦均須要發現真實及適用法律，行政機關就個案情形必須調查真相、判斷或賦予其特定法律效果者，並非少見，絕非檢察官職權範圍所獨有，然亦從無認為上述環保、關務或核安部門之行政官員所行使之職務，因有與法官認定事實、適用法律之性質相近似者，而倡議將負責行使此等行政權者認為是等同於法官。

縱然於查無實據或未達起訴門檻的情況下，檢察官必須做出不起訴處分，且不起訴處分確定後，即不得對之聲請再議，除有刑事

訴訟法第260條所規定之事由外，亦不得再行起訴，其公訴權既已喪失，自無從行使實體的刑罰權²³，幾乎接近無罪確定判決之效力。然實際上，檢察官得（應）為不起訴處分，乃檢察官擁有偵查職權之必然結果，因檢察官於調查後，勢必對於偵查結果究竟是否適於起訴作出判斷，就如同上述行政官員就其職權範圍所為之調查亦須得出結論無異，並非因檢察官之職權性質上「接近」於司法權²⁴，或者為司法權之「附件」始有此一現象。而不起訴處分有類似確定無罪判決之效力，則係著眼於保障人權，避免被告一再遭受偵查困擾所為之設計，尚難作為檢察官係屬司法權一環之立證。況且刑事訴訟法第260條對於同一案件再行起訴所加之限制過於嚴格，甚至強於判決確定力之設計，迭遭批評已久²⁵，並非制度上之必然，實不宜以此不甚合理之立法，倒果為因作為檢察權亦屬於司法權一部之立論基礎。

實則司法權與行政權之不同，在於本質上司法權是有判斷紛爭的終局決定者，必須跳脫立場，站在中立客觀的角度做判斷，並賦予此一判斷具有終局確定之效力，而行政權基於效能及行政目的之

²³參閱陳樸生，刑事訴訟法實務，頁352，重訂十版，1995年9月。

²⁴參閱林鈺雄，談檢察官的雙重定位—行政官？(司)法官？，收錄於檢察官論，頁87，一版，1999年4月。

²⁵參閱陳樸生，刑事訴訟法實務，頁355，重訂十版，1995年9月。其批評，從保護被告個人自由上言，固無可非議；從刑法以保護社會安全為其機能上言，則不無缺點。且訴權之行使，其目的在請求法院確定刑罰權，其本身並無何效能，更非行使司法權之可比。如認為檢察官不行使訴權，具有行使司法權之同樣效果，則檢察官無異兼攝審判之權，一經確定，除具有第二百六十條之情形外，又別無救濟方法，其確定力反較判決為強。

需求，原不宜給予相同之權力，否則球員兼裁判，即無公平可言。而法院組織法第61條：「檢察官對於法院，獨立行使職權。」之規定，更清楚將檢察官與法院行使的司法權作出切割，兩者互不隸屬，各自獨立行使職權。故縱算司法之最後決定需要檢察官從一剛開始的偵查、審理過程中的公訴及確定判決後的刑事執行環環相扣密切配合，然畢竟兩者之制度設計目的不同，就無法將二者混為一談。因此上開等同法官說之立論基礎並非合理，不可採之。

二、檢察官為行政官

行政權之定義，曾有部分學者嘗試以正面表述，認為：「行政包括一切法律上及事實上行為，此等行為在於對公益之持續與維護，而公益則源自國家存立目的及其文化任務。」、「維護適當之社會秩序乃國家最急迫而須全力以赴之任務，行政則為達成此一任務優先之手段，故行政非單純之管制，而負有形成功能，所謂形成不僅在個別事件中求其合理及適當，尤其實現法律規範作為分配正義及交換正義之要求。」；亦曾有學說就行政與其他兩種部門之功能加以比較，認為：「行政係屬主動且係向未來形成之性質，而立法者則僅作一般及抽象決定，經由行政而轉為事實，但行政並不限於執行法律，毋寧係受立法部門概括之託付，仍應主動並依自己之創意而作為；又基於形成之性質，行政亦有別於司法審判，法院係就具體爭執事件適用法規，並作成有確定力之裁判，處於被動及超然第三者之立場。」；或是將行政定義為：「公共行政之實質意義，係指其多樣性、附條件或單純之目的選定，均來自他律之拘束，但仍許行政作成部分之規劃及自我參與，以保障公共事務之實施與形成」；亦有以不同層面對行政提出描述者：「一、行政之作用係與公共利益有關；二、行政須經由依公法組織之主體而運作；三、既

有行為之自由亦受相當監督；四、行政作用有不同方式。」²⁶惟以此正面方式定義行政權，常有掛一漏萬之缺點，或甚為抽象近似於法哲學之層次，無法具體劃分行政權與其他權力之界線，或係不夠周延，須附加太多例外狀況，或者用語太過累贅艱澀難以採用。因此，自Otto Mayer以來，學者多採取反面定義方式解釋之，認為「行政」之意義無法加以積極定義，僅能從消極方面來定義。也就是從三權分立的觀點，將所有國家權力作用，減除立法與司法作用之外，均為行政的範疇。亦即將行政定義為立法及司法以外的國家活動²⁷。

檢察權之行使並非立法活動，容無爭議。且即使是上開第一款之等同法官說，亦已清楚表明，正是因為「檢察官不是法官，檢察機關也不是法院」，所以學說上才另闢蹊徑，希望能引導出檢察官職務及法官職務具有「等同性」的結果，因此，其等將焦點著重於檢察官及法官的「近似性」及檢察權與司法權之「接近度」，對於此點幾乎已是主張此一說法學者們的共識²⁸。但是，也正因「近似性」到「等同」中間的這一段無可跨越的距離，更加凸顯了等同法官說的矛盾之處。實際上我國憲法第77條至第82條關於司法權的組織、權責與保障等規定，亦完全無法由任何法學解釋之方法得出其所指之司法權行使者包括檢察官，因此將檢察權歸類為憲法上的第

²⁶參閱吳庚，行政法之理論與實用，頁4-7，增訂六版，2000年9月。上開定義依序分別係J.

Ulbrich、E. Forsthoff、H. Maurer、Hans J. Wolff、I. von Munch所提出。

²⁷參閱吳庚，行政法之理論與實用，頁2，增訂六版，2000年9月。

²⁸參閱林鈺雄，談檢察官的雙重定位—行政官？(司)法官？，收錄於檢察官論，頁86，一版，

1999年4月。

三權，實屬牽強，亦不可採。

三、司法官署說之疑義

對於一般行政官說與等同法官說的反省，擷取兩說的菁華而提出的司法官署說，雖主張檢察官係介於法官與警察、司法權與行政權兩者之間的中介樞紐，具有行政與司法的雙重地位，在組織上歸屬於行政權，在功能上卻有朝向司法權的趨勢，以此描述檢察官的特殊性，不過該說也因此而兼具上開兩說的缺陷。最主要的弱點在於，此一學說是就檢察權之屬性究竟屬於行政權或是司法權的議題而提出的，然而司法官署說卻主張檢察官的權限又像行政權，又像司法權，這樣的說法完全無法對於爭論的議題提供有意義的啟發。如前所述，如果說要職務範圍內須要認定事實、適用法律就是屬於司法權性質的話，嚴格來講，這樣帶有司法權性質的工作實在不少。除了先前提及的環保、海關、核安官員外，再舉個例子，譬如說：警察。

雖然刑事訴訟法第231條第1項把警察、憲兵及依法令關於特定事項，得行司法警察之職權者這三種人定義為「『司法』警察」，但非常明顯的，司法警察的職務範圍所行使者，無疑是行政權的性質。其實仔細檢視警察的工作流程可以發現，其工作上經常遇到必須要判斷事實以決定是否開啟偵查程序的時機，例如有民眾因小孩走失而前來求助，警察首先會核對報案人及失蹤人身分及文件，並將失蹤人資料登記於「受（處）理失蹤人口案件登記表」，完成後立即將資料輸入內政部警政署單一簽入系統入口網/行政/受理報案E化平臺內列管，以提供全國警察機關協尋，戶籍地派出所警勤區員警亦會每三個月實施家戶訪問，除慰問失蹤人口家屬外，並藉以

瞭解有無當事人訊息²⁹。當然，這是作業層次的規定，實際上若當時派出所人力充足，或附近有連絡得到的義警、鄰里長，且距離小孩走失時間尚未久遠，也許會立刻到鄰近商家請店員幫忙注意，或是調集監視器錄影畫面等等。然而一個小孩走失事件，是否真如表面上的這樣單純？是否有可能實際上是一個略誘、私行拘禁甚至擄人勒贖、販賣人口的刑事案件開端？刑事訴訟法第231條第2項雖規定：「司法警察知有犯罪嫌疑者，應即開始調查，並將調查之情形報告該管檢察官及司法警察官。」惟一般派出所管區每日受理民眾報案、申訴、檢舉或請求協助的大小案件不知凡幾，司法警察不可能將所受理的每一件案子不分青紅皂白一律報告檢察官，一個這樣的走失案件，很有可能才剛在街頭作完報案程序，就馬上在街尾找到哭哭啼啼的小孩，也有可能是糊塗的爸爸媽媽根本忘了小孩其實早已說好要跟同學打球，並非離家出走，警察受理這樣的通報，勢必先要就到底發生了甚麼事情做一個初步的釐清，發現確實有犯罪嫌疑時，才會開啟刑事案件的呈報程序，並且依照所掌握的事件輪廓，配合檢察官之指示，作對應的後續偵查作為。如果查證的結果根本就是糊塗爸媽或糊塗小孩的一場鬧劇，並無犯罪嫌疑，就只能歸檔結案，不用往上呈報。這樣的篩選判斷，不也是一種認定事實、適用法律的過程嗎？但若非得要說警察機關也是一個兼具於行政權與司法權的官署，那對於行使司法權機關的設定範圍未免過於廣泛而無區別之實益。

²⁹參閱臺中市政府警察局網站，常見問答，其他類。網址為

<http://www.police.taichung.gov.tw/TCPBWeb/wSite/ct?xItem=52974&ctNode=2653&mp=tcpb>

，最後瀏覽日期：2016年4月10日。

另外，司法官署說及等同法官說所念茲在茲的檢察官身分保障問題，大法官會議曾經在司法院釋字第13號解釋中講得很清楚，該號解釋中，首先即闡明：「憲法第八十一條所稱之法官，係指同法第八十條之法官而言，不包含檢察官在內。」，明確將檢察官的定位排除於憲法的「法官」定義範圍外。不過，該解釋文也提到：「但實任檢察官之保障，依同法第八十二條，及法院組織法第四十條第二項之規定，除轉調外，與實任推事同。」所以大法官並不認為非憲法所定義的法官，就不能享有相當的身分保障，而是希望在目前的法規體系下，應該以一個法律位階的配套措施來處理，賦予檢察官在一定程度享有與法官類似的薪資、任免、升遷保障，以及行使職務過程免於不當外力干擾的制度，確保檢察官得以貫徹其真實及正義的準則，與合法性及客觀性義務。歸根究柢，這樣的配套措施並不須要將檢察官的屬性拉到司法權之內才做得到，保障檢察官的人事與職務之行使，與檢察官職權的屬性並無非得如此的必然關係，因此以這個理由作為主張檢察官等同於法官，或者其職權有部分屬於司法權的根據，實無道理。

四、小結

法院組織法第60條對於檢察官的職權規定：一、實施偵查、提起公訴、實行公訴、協助自訴、擔當自訴及指揮刑事裁判之執行。二、其他法令所定職務之執行。本文認為，除了一般並無爭議的檢察官職權，例如指揮刑事裁判之執行，或者犯罪防治宣導、政府部門間的法律意見提供等其他法令所定職務之執行，毫無疑義應是屬於行政權範疇外，其他例如實施偵查、提起公訴、實行公訴等，亦均屬於行政權的行使，至於協助自訴、擔當自訴，也是基於行政權的公益性質而衍生出來的犯罪追訴作為。這樣的界定，即使是上開

司法官署說亦無法否定之³⁰。而行政權的行使部門繁多，為因應各種行政事務的需要，行政官行使其特定行政權之程序、裁量空間、人身保障或事務獨立性的程度等亦各有不同，在現實上本無呆板予以一體適用之可能性，例如戶政事務所的櫃台辦事員與環保局稽查員、稅捐稽徵處稅務員的作業方式即完全不同，其人身保障之需求或發現真實的方式、權限，亦相距甚遠。因此針對檢察官所行使權限的特殊性加以設計，在制度面使其能於最大範圍內發揮檢察權之效能，在法律層面上完全不是問題，不須要以詞害意，誤將戶政事務所櫃台辦事員處理公務之所有模式套用於檢察官行使其檢察權之過程，並藉因此產生的謬誤，反對將檢察權劃歸為行政權。另外，大法官會議於司法院釋字第530號解釋，也將檢察官與司法權的差別劃出一條清楚的界線，該號解釋文中提到：「憲法第八十條規定法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉，明文揭示法官從事審判僅受法律之拘束，不受其他任何形式之干涉；法官之身分或職位不因審判之結果而受影響；法官唯本良知，依據法律獨立行使審判職權。審判獨立乃自由民主憲政秩序權力分立與制衡之重要原則，為實現審判獨立，司法機關應有其自主性……司法自主性與司法行政監督權之行使，均應以維護審判獨立為目標，因是最高司法機關於達成上述司法行政監督之目的範圍內，雖得發布命令，但不得違反首揭審判獨立之原則……司法院本於司法行政監督

³⁰參閱林鈺雄，談檢察官的雙重定位—行政官？(司)法官？，收錄於檢察官論，頁96，一版，1999年4月。該文提到：「檢察官當然不是受憲法人身及事務獨立性保障的法官，也不是憲法上的第三權機關，而是第二權機關，此點結論應可同意，而德國第二次大戰後基本法制定以來的通說亦復如此。」

權之行使所發布之各注意事項及實施要點等，亦不得有違審判獨立之原則。」、「檢察官偵查刑事案件之檢察事務，依檢察一體之原則，檢察總長及檢察長有法院組織法第六十三條及第六十四條所定檢察事務指令權，是檢察官依刑事訴訟法執行職務，係受檢察總長或其所屬檢察長之指揮監督，與法官之審判獨立尚屬有間。關於各級法院檢察署之行政監督，依法院組織法第一百十一條第一款規定，法務部部長監督各級法院及分院檢察署，從而法務部部長就檢察行政監督發布命令，以貫徹刑事政策及迅速有效執行檢察事務，亦非法所不許。」由最高司法機關行使司法行政監督權的界線，以及檢察總長、法務部長得行使之指揮監督權限兩相比較之下，益可清楚看出檢察官職務性質上與司法權截然不同。唯有清楚分辨各種政府權力的特質、運作方式及其互動關係，界定檢察權究竟何屬，才有辦法對檢察官行使職權的特殊性量身打造，制定各種符合其職務性質的規範。因此本文認為檢察官於刑事訴訟程序中所形使之職權，當為行政權之一環。至於作為行政權之行使，伴隨而來可能會有上級機關干涉檢察官職權行使之疑慮，本文認為，這部分應該形成除檢察一體之指揮必要外，行政體系上級或首長不得任意干涉、侵害偵查獨立判斷之慣例，及從法律清楚規範檢察首長職務介入權、職務移轉權等方式，確保檢察官行使職務之本質。然而這是屬於制度規範設計的範疇，並不影響檢察權應為行政權之屬性。

第三項 搜索權概論

第一款 搜索的本質

釐清了刑事訴訟制度下，立法、司法、行政這三權相互間的定位後，接著回歸到本文探討的主題，亦即偵查中的搜索此一強制處

分。所謂搜索，意義係指以發現應受拘捕之人³¹或應扣押之物(犯罪證據或得扣押之物)為目的，而搜查被告(含犯罪嫌疑人)或第三人之身體、物件、電磁紀錄、住宅或其他住所之強制處分³²。另亦有學者就搜索之方式強調，若被告或第三人拒絕合法之搜索時，得以強制力執行之³³。搜索這樣的強制處分在國家公權力調查實體真實、行使刑罰追訴權的過程中，無疑扮演著相當重要的角色。

在國家獨佔刑罰權的前提之下，行政部門的公權力一方面肩負著保障人民生命、身體、自由、財產等法益不受非法侵害的使命，另一方面又必須要在正當法律程序的限制內謹慎其行，以最節制，符合比例原則之方式蒐集犯罪證據，以說服中立法院也認可被告有罪。而搜索，正是政府公權力侵入人民私領域作為蒐集被告犯罪證據的諸方式中，最方便也最直接的一種。犯罪之人於行為後，大多偏好把所遺留且得以證明自己犯罪的跡證隱藏在其私領域內，藉以躲避其他人發現與公權力的追訴，因此國家公權力若能針對此一特性進入犯罪行為人的私領域中進行探視，往往能夠得到相當珍貴的證據資料以證明被告犯罪。

然而在此同時我們也必須體認到，既然搜索屬於強制處分的一種，係以公權力去侵犯人民的私領域探視，若發現應受拘捕之人或應扣押之物，復有後續之拘捕、扣押行為，除了人民之隱私權將因此被侵犯外，其等亦有人身自由、身體不可侵犯性、居住自由、財

³¹ 有將搜索分成廣義及狹義者，其中狹義之搜索定位為對物之搜索，廣義之搜索則為對人及對物之搜索。參閱林山田，刑事程序法，頁 338，2004 年 9 月，五版一刷。

³² 參閱林鈺雄，搜索扣押註釋書，頁 22，初版第一刷，2001 年 9 月。

³³ 參閱褚劍鴻，刑事訴訟法論(上)，頁 239，第四修訂版二刷，2000 年 12 月。

產權利遭受干預及剝奪之虞。此外，除了犯罪偵查的目的，國家公權力藉由搜索的方式進入人民私領域窺探的過程中，也勢必讓被搜索者就其與犯罪無關的其他隱私部分無所遁形，甚至讓表面上雖有嫌疑，然實則無辜的一般民眾蒙受侵害。因此國家行使搜索之強制處分手段，必須在要件上明確其適用的條件，並且在制度上規劃節制搜索手段的設計，以免國家公權力以偵辦案件之名，行侵害人民權利之實。

第二款 搜索之作成及救濟的模式

一、作成搜索決定的模式

我國刑事訴訟法對於搜索的規範，原則性的規定是第122條第1項及第2項，也就是要式搜索的部分，分別訂出對於被告或犯罪嫌疑人、對第三人搜索之要件，此外，於同法第128條第2項將搜索票應記載之事項一一列舉，以明確搜索之原因對象、範圍、期限及執行方式。另於某些特殊情況，刑事訴訟法則例外容許未具搜索票而得為搜索，亦即關於不要式搜索的規定。這些例外情況大致上可以分為：(一)執行逮捕、拘提、羈押時，為保障執行者人身安全、兼避免被執行者逃逸、自殘或湮滅證據而允許之附帶搜索。我國刑事訴訟法是規定在第130條；(二)於特定狀況下應被執行逮捕、拘提、羈押之人身處特定地點之可能性極大，或現時犯罪正在發生而情況急迫時，所允許之逕行搜索。我國刑事訴訟法是規定在第131條第1項；(三)檢察官於偵查中有相當理由認為情況急迫，非迅速搜索，在可預期的短暫時間內，證據有遭偽造、變造、湮滅或隱匿之虞時，所賦予檢察官之緊急搜索權。我國刑事訴訟法是規定在第131條第2

項³⁴。此外，刑事訴訟法第131條之1出於受搜索人自願性同意的自願搜索，一般也是歸類在不要式搜索的範疇內。

然因本文討論的重點是在偵查中核准搜索的權力究竟應歸屬於何人為當，講的是在無上開不要式搜索狀況下的搜索票聲請程序，因此還是會把主軸放在要式搜索的部分。

偵查中的搜索既然是檢察官實施偵查作為的強制手段之一，而檢察官於刑事訴訟程序中係擔當行政權的地位如上述，因此偵查中搜索性質上無疑屬於行政權之行使的一環。雖然行政程序法第3條第2項第3款明確將「刑事案件犯罪偵查程序」排除於行政程序法的適用範圍，但是刑事偵查程序實質上確實係屬於行政程序，只因一方面基於發現真實之必要，犯罪偵查的部分階段不能採行一般行政程序中之「當事人參與」原則，另一方面，亦為保護被調查人(犯罪嫌疑人)之名譽，避免造成其無謂困擾，因此刑事偵查程序乃有所謂「偵查不公開原則」，不適用於「行政資訊公開」原則³⁵，必須將其排除於行政程序法之適用範圍內，這是要先說明清楚的。

既然偵查中之搜索行為性質上是屬於行政權的行使，那麼直覺上似乎當然應該由屬於行政權的權責單位負責決定是否搜索、搜索的時間、範圍以及實施的方法。但是也因為上開刑事偵查程序的特殊性質，且基於過去王權時代以及威權統治的惡劣經驗，人民對於由行政權直接決定、執行搜索一事有了戒心，使得搜索程序的發動

³⁴至於或有人會對於刑事訴訟法第131條第3項之陳報法院或撤銷等，其標準與搜索票審核有何不同？本文認為，該法第131條第1項及第2項之搜索在法規範上，係以較嚴格的搜索要件換取檢警得不經法院核准逕行搜索的權利，因此法院於事後審查時，自應依法定要件持較為嚴格之標準。實務上最高法院93年度台上字第6974號判決曾提到，法院依本條之審查內容為：相當理由之審查：應審查實質上是否具備相當理由得發現證據；緊急條件之審查：是否確有情況急迫之事實致不能於搜索前取得搜索票（即令狀例外）；陳報期間之審查：如不具上揭二條件之一時，法院應認與緊急搜索之要件不符，予以撤銷。

³⁵參閱湯德宗，行政程序法的適用，收錄於行政程序法論，頁146，二版，2003年10月。

者、審查者與執行者是否合一，是否均為行政權行使之一環，不再變得那麼理所當然。

理論上來說，偵查中搜索的決定權，可以交給司法警察決定，實際上的搜索執行者若能夠自行決定搜索與否，不但能夠搶得先機，更能夠隨機應變，對付各種突發狀況，使得其搜索行動更具有效率，但壞處是司法警察囿於破案壓力與績效的誘惑，容易把偵查目的擺在第一位，往往因此而忽略了人民基本權利的尊重與保障，容易造成民眾隱私權、財產權甚至人身自由無可回復的損害。第二種模式，則是交由檢察官決定，檢察官雖然亦為偵查團隊之成員，比法官更接近於偵查犯罪之第一線，但其負有客觀性義務，對於被告有利及不利之情形，一律注意，亦具有法學專業，嫻熟各種實體法、程序法之法律構成要件、事實涵攝與法律適用，自最適合且有能力承擔此一角色，然而壞處是，即便檢察官負有上述客觀性義務，但其終究屬於偵查部門的一員，其思考過程及價值選擇上，難免也會任務取向，將如何追訴犯罪者及實體真實的探求放在首要考量，則結果亦將對人民基本權利的保障不利。第三種模式則是交給不具主動追訴犯罪職責的法官來決定，好處「可能」³⁶是把關者能以較為超然的高度，來審查搜索這樣的強制處分；然而壞處也不少，其一是常常會因為緩不濟急而耽誤了搜索的最佳時機。基本上偵查中絕大部分種類的強制處分其實本質上都帶有保全程序的性質，不是保全被告人身能夠確實到庭接受訊問(例如拘提、逮捕、羈押等)，就是保全證據的存在與完整性(例如搜索、扣押、通訊監察等)。而保全程序最重要的特徵，就是急迫性與不可回復性。就

³⁶為什麼說是「可能」？本文將於檢討我國搜索權現制時予以說明。

搜索而言，當偵查者發現證據的存在出現顯露出痕跡，而且取得證據之機會稍縱即逝時，若還須要法官所核發令狀後才能放手取得證據，往往就已經失去了保全證據的黃金時刻。其二，則是將搜索交由法官來審查、決定之合宜性的問題。當然，理想中的法官應該是最能夠衡量各方狀態，對於衝突的部分做出最適當決定的人，但是實際上，法官對於各種偵查作為並非如司法警察、檢察官般駕輕就熟，對於案件狀況也不比從發掘案源開始即已投入其中的檢警般如數家珍，要在短時間內做出正確決定，極為困難。更何況法官也是人，不是神也不是包青天，沒有辦法僅憑著感覺或超能力就能判斷是非對錯，之所以認為法官有能力辨別真偽，是因為法官可以站在超然的角度，聽取紛爭兩造的各自陳述，依據訴訟制度的規則以及自我判斷的能力來做決定。但是搜索的審查卻少了這樣的一個過程，只憑單方(檢察官或司法警察)陳述就必須作出這樣對於人民隱私權、財產權影響非常重大的決定，其正確性堪憂。

針對上開各種模式的缺失，各國立法例對於強制處分的機制出現了五花八門的混合變形。有學者將這些機制歸納為(A)法官決定模式、(B)檢察官決定模式、(C)司法警察或司法警察官決定模式。在這三種類型之下，又有數種細項，如(A)法官決定模式可以分成(A-1)絕對法官保留與(A-2)相對法官保留兩種，而(A-2)模式又可以再分為其例外毋須法官令狀的強制處分決定權，是歸由檢察官為之，或是開放給檢察官以外之司法警察或司法警察官，而分成(A-2.1)及(A-2.2)兩種模式。同樣的(B)檢察官決定模式也可以分

持絕對檢察官保留(B-1)及相對檢察官保留(B-2)兩種立法類型³⁷。就偵查中的搜索而言，我國在2001年1月修法之前，是採取上述的(B-2)模式，也就是原則上搜索處分的作成是由檢察官所決定的，但是在一些特殊的例外狀況下，例如附帶搜索、逕行搜索(該次修正前之刑事訴訟法第130條、第131條)。但在該次修法之後，我國刑事訴訟法則改採(A-2.2)，亦即法官決定模式中的相對法官保留模式，其中例外沒有搜索票的狀況下，於刑事訴訟法第130條附帶搜索及第131條第1項逕行搜索時，除檢察官外，檢察事務官、司法警察官或司法警察亦有權自行決定搜索，並非僅檢察官得為之。然而就刑事訴訟法第131條第2項所創設，為保全證據之目的允許檢察官緊急搜索之權利，則為(A-2.1)模式，其發動主體僅限於檢察官，不及於檢察官之上述輔助機關³⁸。

二、搜索之救濟模式

如前所述，法治國的政府體制設計原理，很重要的基礎之一，就是所謂的權力分立。而刑事訴訟程序的規劃，亦是依循著這樣的原則而來的。而權力分立，相互制衡的作用時點，除了可以在公權力行為作成之際為之外，也可以於救濟程序上發揮效果。當然，並非所有行政行為的作成都應該從權力互相牽制的方式出發，特別是司法權的干涉，不是所有的狀況都可以一體適用的。在制度設計上，更應依事務本質及特性來選擇比較適合的機制。由上述介紹可

³⁷詳細定義及說明請參閱林鈺雄，刑事訴訟法上冊總論編，頁251-252，二版，2001年10月。

³⁸參閱林鈺雄，搜索修法之回顧與前瞻，收錄於刑事法理論與實踐，頁333，一版，2001年4月。

知，並不必然每一種搜索的作成模式均有法官介入其中的影子，在救濟程序上亦復如是。搜索作為公權力介入人民私領域的一種犯罪偵查機制，除了在作成搜索決定外，也有討論其救濟程序的必要。

搜索的救濟可以分成兩個層次，亦即搜索決定的救濟以及執行搜索程序的救濟。因為本文重點放在於搜索決定的作成，因此僅就前者作深入的探討。理論上來說，搜索這樣的強制處分，性質上必須隱密、迅速，在被搜索人還沒有意識到可能有搜索行為，或尚來不及隱匿、銷毀搜索目標之際即時執行，始能成功達成搜索之目的，也因此，若對於搜索決定之合法性有任何質疑，在大部分的情況下也只能在搜索完成之後尋求救濟途徑。此時人民之隱私及財產既已受到侵害(由此觀之，搜索決定的事前把關更顯重要)，所以對於違法搜索決定救濟之功能，只剩下回復原狀(針對搜索後對財產扣押的狀況)、損害賠償以及證據使用失格的選項。在救濟途徑的設計上，也有兩種不同的方向。

其一是朝行政權自我檢視的方向，亦即類似訴願的行政救濟程序，由搜索決定機關的上級單位審查該決定的合法性與妥適性。在決定機關為司法警察官時，就由該司法警察官的上級單位受理，如同目前的訴願程序；在決定機關為檢察官時，就由其上級檢察署受理，如同現行的再議程序。以此途徑救濟的優點為，上級機關對於其下級直接處理之業務較為瞭解，就其可能會出現的各種瑕疵較能掌握，且除合法性之外，也可以針對搜索決定的合目的性作全面的監督；然而缺點是搜索決定機關與救濟機關的同質性太高，於審查視野上必然有其侷限及盲點，無法全面。再者從人性弱點考量，上下級機關間必定經常有人員的流動、升遷，彼此即使不熟識，也常

有許多利害關係的考量，在未有適當配套措施以維護其獨立性判斷的狀況下，難免會出現一些官官相護的情況，對於權利遭受侵害者的保護即難周延。

其二則是朝司法權介入的方向，亦即以訴訟的方式處理。我國目前刑事訴訟法的設計即屬此類。無論搜索的決定機關設在司法警察關、檢察官或是法官，最終均可以從性質上最適宜公平審視全局的司法機關作為裁決者。偵查者使用搜索等強制處分的最終目的，撇開另有私心作不當目的使用不論，無非是為求取得證據，以在日後的訴訟舉證過程中取得優勢。倘若其取得之證據因為合法性有瑕疵，導致訴訟程序的主導者，亦即法院，對於該證據之使用失去信心，進而宣告該證據不適格，排除其使用在訴訟程序作為證明待證事實依據的資格，那麼偵查者以違法之方式搜索的動機，理論上來說，就會大大的減少。這樣的救濟程序，可以設計在搜索後、起訴前的偵查階段，也可以在起訴後審理實體案件前加以審查，或者併行之。優點是得以跳脫偵查機關的視野，從一個較為公平中立的角度去審視一個強制處分的合法性爭議，此外，因為搜索已經執行完畢，被搜索者已經知情並提出救濟，法院於此時點可以聽到兩造的聲音，不像偵查機關聲請搜索當時，法院只能聽到片面之詞，這樣的狀態，更有利於法院作出正確的判斷。但是其審查範圍有其侷限性，這也成為採行這種救濟方式的缺點，司法權畢竟只能就搜索的發動與執行作合法性與否的檢視，對於搜索之決定是否不當則無從置喙³⁹。

³⁹ 然而司法權對於行政機關發動搜索與否的裁量權，並非完全放任。若行政機關行使裁量權時未遵守法律優越原則，所作的個別判斷，違反誠信原則、平等原則、比例原則等一般法規範，即

第三章 我國搜索處分審查機制的現狀與疑慮

第一節 搜索權規定之演進

我國刑事訴訟法在1935年(民國24年)頒布之初，於第128條第3項規定：「搜索票於偵查中由檢察官，審判中由審判長或受命推事簽名。」，亦即在偵查階段時，搜索的令狀是專屬於檢察官所簽發的。直到2001年1月12日刑事訴訟法修正公布以前，即使文字上有些微調整，檢察官於偵查中有簽發搜索票的權利依然沒有改變。

然而在2000年間發生了一些讓立法者重新思考搜索權決定與執行的幾個事件，首先是該年8月16日台南地檢署檢察官因偵辦奇美假股票案，率員北上欲搜索立法委員廖福本位於之立法院之研究室，以及立法委員宿舍大安會館。當日行動經立法院長王金平之折衝，僅搜索立法委員廖福本之大安會館宿舍，然並未搜得與扣押之奇美假股票⁴⁰。此次搜索，除了引發跨區搜索並未知會管轄地檢署及所屬之高檢署的檢察體系內部檢討外，更醞釀一股行政、立法兩

構成裁量瑕疵。裁量瑕疵大致可分為裁量逾越、裁量濫用及裁量怠惰，若因裁量瑕疵影響裁量處分的合法性，司法權並非不得介入，如行政訴訟法第201條即規定：「行政機關依裁量權所為之行政處分，以其作為或不作為逾越權限或濫用權力者為限，行政法院得予撤銷」，行政法學者復認為，該條於適用時不應拘泥於文句，而應與德國行政法院法第114條作相同解釋，法院有權審查者亦包括拒絕處分或怠為處分有無違反裁量授權之情事在內。參閱吳庚，行政法之理論與實用，頁121-122、369，2000年9月，增訂六版。

⁴⁰參閱林鈺雄，搜索修法之回顧與前瞻之附表一，收錄於刑事法理論與實踐，頁387，一版，2001年4月。

權緊張關係的政治風暴⁴¹，隔日立法院長王金平更特別針對此案召開朝野協商，一致決議日後不問行政權（檢方）或司法權（法院），欲搜索立法院及相關附屬區域（含大安會館），均須事前經立法院長同意⁴²。

未料隔月，亦即2000年9月30日下午，中時晚報以獨家方式大幅報導國安局上校劉冠軍洩密案之案情，並且於報導中敘及該案3位關鍵人物之筆錄一部分，引起台北地檢署之注意，隨即於三日後即同年10月3日派出檢察官以偵辦媒體報導劉冠軍案涉嫌筆錄洩密為由，率員至中時晚報編輯部及兩位相關記者住處搜索、扣押稿單，並封鎖編輯部及限制人員進出⁴³。由於此舉引發相當大的爭議，再加上次日高等軍事法院檢察署檢察官又以電話通知之方式，要求中時晚報之5位記者以證人之身分至軍事偵查庭接受訊問，甚至傳出該報記者本人、親友、辦公室之電話均遭監聽⁴⁴，不但造成新聞業界的大反彈，認為檢方毫不尊重新聞自由，而且朝野政黨也難得意見一致，嚴詞批判檢察官的上開強制處分作為。同年10月7日，時報文化事業股份有限公司法定代理人余建新及記者宋朝欽，也委

⁴¹參閱記者楊肅民，〈陳定南：掃黑應合乎程序〉，《2000年8月17日中國時報，新聞焦點》；網址 <http://forums.chinatimes.com/special/black/89f81701.htm>；瀏覽日期2016年4月11日。

⁴²參閱詹順貴，〈國會是法律租界？〉，《2000年8月21日財團法人民間司法改革基金會》；網址 http://www.jrf.org.tw/newjrf/rte/myform_detail.asp?id=194；瀏覽日期2016年4月11日。

⁴³參閱林鈺雄，搜索修法之回顧與前瞻之附表一，收錄於刑事法理論與實踐，頁387，一版，2001年4月。

⁴⁴參閱《中時電子報，劉冠軍反撲，搜索中時晚報全況及後續報導》；網址 http://forums.chinatimes.com/report/liu/menu03_1.htm；瀏覽日期2016年4月11日。

請律師向台北地方法院提起準抗告，要求法院撤銷台北地檢署違法扣押的處分，審查違法搜索的適法性，也建請法院體察搜索扣押權應屬法官的憲法意旨，停止本件程序，聲請大法官解釋。

由於上開接連發生的這兩件具有極大爭議性的搜索行動，再加上在這兩次搜索之前，2000年4月間爆發的板橋地檢署檢察官濫發空白搜索票事件⁴⁵、台南地檢署因財團法人國際唱片業交流基金會(IFPI)之檢舉而搜索成功大學事件⁴⁶，社會各界開始對於檢察官行使搜索權的制度型態產生極大的疑慮，於是朝野立委開始著手研擬將偵查中搜索的決定權改隸於法院。

然而，當時的法務部長陳定南反對將搜索權交由法院決定，並提出此舉將嚴重打擊檢、調機關士氣，影響掃除黑金成效、使偵查效率受影響、檢察官具有客觀中立司法性格而無侵犯人權之虞、犯罪偵查中無當事人對等問題、法官核發搜索票未必較公正客觀、防止違法不當強制處分應重在嚴謹證據法則及救濟制度、應以檢察官內部監督機制節制強制處分權之行使、依目前法律並非法官及檢察官才有強制處分權等洋洋灑灑八大理由⁴⁷。然而，無論民意態勢或專家學者，支持由法院核發搜索票的聲浪幾乎是一面倒的高過於法

⁴⁵見公務員懲戒委員會 90 年度鑑字第 9498 號決議書。

⁴⁶參閱《維基百科，成功大學 MP3 事件》；網址：

<http://zh.wikipedia.org/wiki/%E6%88%90%E5%8A%9F%E5%A4%A7%E5%AD%B8MP3%E4%BA%8B%E4%BB%B6>；瀏覽日期 2016 年 4 月 11 日。

⁴⁷見參閱立法院第四屆第四會期司法委員會搜索權之歸屬公聽會會議紀錄，收錄於檢察官之搜索決定權不應歸法院行使說帖，頁 93-95，法務部，2000 年 11 月 30 日。

務部的主張，立法院第四屆第四會期司法委員會於2000年10月25日及26日所舉辦的搜索權之歸屬公聽會上，與會的受邀人員除了法務部、檢改會及內政部警政署支持維持檢察官擁有核發搜索票之權利、國防部軍法局表示無論如何修法均會配合修改軍事審判法辦理、行政院海岸巡防署、財政部關稅總局希望維持或增加行政搜索的權限外，其他包括立法委員、律師界代表、法學教授等，均傾向支持僅法院有權核發搜索票。學術界另一種聲音，則是在立法院第四屆第四會期審查刑事訴訟法部分條文修正草案第一次全體委員會議中，代表台灣刑事法學會的柯耀程教授之發言。柯教授從權力分配結構性關係及強制處分權的權源正當性觀察，作出建議保留檢察官搜索及扣押權的結論⁴⁸；親民黨立院黨團則提出折衷性的看法，建議搜索票改由檢察長核發，一方面保障人權，另一方面掌握辦案契機及時效性⁴⁹。

經過一系列的爭執及政黨協商後，朝野在各退讓一步的狀況下，於2001年1月3日達成搜索票核發權限改僅歸屬於法院，並增列檢察官緊急搜索權限、訂立半年緩衝期之共識，終於在是日深夜三讀通過此一協商版本的修正案⁵⁰，原先刑事訴訟法第128條第3項：「搜索票，於偵查中由檢察官簽名，審判中由審判長或受命推事簽

⁴⁸見立法院第四屆第四會期審查「刑事訴訟法部分條文修正草案」等案第一次全體委員會議紀錄，頁292，立法院公報第90卷第3期，2001年1月10日出版。

⁴⁹見立法院第四屆第四會期審查「刑事訴訟法部分條文修正草案」等案第一次全體委員會議紀錄，頁294，立法院公報第90卷第3期，2001年1月10日出版。

⁵⁰參閱林鈺雄，搜索修法之回顧與前瞻之附表一，收錄於刑事法理論與實踐，頁387-389，一版，2001年4月。

名」(修正前)，修正為刑事訴訟法第128條第3項：「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。」(修正後)，此外，並對於聲請搜索票程序、附帶搜索範圍、逕行搜索事由之規範予以修正、刪除檢察官、推事親自搜索時不用搜索票之規定、增列同意搜索之法條依據等。

第二節 搜索權審查機制的疑慮

第一項 現況所衍生之缺點

這次修法雖然是經過上述的一連串事件，在各方充分發表意見討論所得致的決議，然而由於修法的起因，是肇自於社會輿論對於檢察官行使搜索權個案中的不滿，以及立法者對於司法權介入審查後將更能保障人權的迷思。在此前提下所作的搜索票核發程序設計，在經過這十多年來的運作後，其與生俱來的缺陷也慢慢的浮現了。茲分述如下：

第一款 法官審查品質

首先要談的，是偵查中搜索的發動經過了法官的審查，真的比較好嗎？必須要先釐清的，這裡說的「比較好」，應該分成兩個層面，第一個是可否篩選並過濾掉原先有可能屬於濫發搜索票的情形，其次是就搜索的本質，也就是強制處分本身所欲達成的目標而言，這樣的改變是否比較有幫助。當然關於後者，依2001年修法時的氛圍，立法者似乎並不是太在意這個問題，即使當時法務部對於

此部分曾經多加著墨⁵¹，這樣的觀察角度當時並不成氣候而被自動忽略了。不過就實務上的統計，這樣的忽略似乎也不是毫無道理的。如果一個案件的偵查成功是以檢察官起訴(包括聲請簡易簡易判決處刑)作為定義的話，依照司法院的統計資料，2001年的前6年，即民國84年到89年，檢察官起訴(包括聲請簡易簡易判決處刑)的件數分別為是115,269、127,647、133,212、106,618、108,082及126,544件⁵²，而2001年1月3日通過修正法案，同年1月12日總統公布，並於半年後，亦即同年7月12日施行。修法後6年(包括2001年)，也就是民國90年到95年，分別是130,461、131,348、123,252、123,955、136,351及160,616件⁵³。亦即在搜索權歸院方審核之後，案件偵查成功的數量不減反增，即使在2003年、2004年案件數略少於2000年，但是一來數量相差不大，次則該時距離法律修正已超過一年，不像是受到偵查中搜索票改歸法官核發效應衝擊下的反應。因此，雖然理論上偵查案件經法官介入審核後，讓人感覺應該對偵查的效率會有所影

⁵¹當時法務部說帖中所列出，反對檢察官搜索權歸由法院行使的八大理由，頭兩個就是關於此部分的闡述，尤其是第二點提到：「犯罪偵查著重機動性及時效性，如偵查中之搜索須由法院發令狀為之，勢必無法顧及偵查的機動性及時效性，尤其犯罪證據的扣押搜索，通常有其急迫性，如均須向法院聲請令狀始得搜索，將使檢察官喪失保全證據的機先，且延擱偵查案件之進行，對犯罪偵查效率當然有不利影響。」等語。見檢察官之搜索決定權不應歸法院行使說帖，頁93-95，法務部，2000年11月30日。

⁵²參閱司法院網站，公務統計，年報；網址 <http://www.judicial.gov.tw/juds/index1.htm>；瀏覽日期2016年4月10日。

⁵³參閱司法院網站，公務統計，年報；網址 <http://www.judicial.gov.tw/juds/index1.htm>；瀏覽日期2016年4月10日。

響，但實際上的統計數字並無法具體反映這種感覺。

另外關於前者而言，法官的是可否篩選並過濾掉原先有可能屬於濫發搜索票的情形。確實就人的心理層面來說，當一個決定必須通過一次他人的審核之後才可以執行，不管基於維護自己的風評，或者所謂面子問題，通常做這個決定時，會再多深思熟慮一番。因此從偵查者謹慎程度提升的角度來看，由法官審核搜索票的准否，對於過濾掉浮濫搜索的發生，一定會有一些助益。但是從審核者，亦即法官的角度來看，卻有一些現實上的限制，導致希望透過法官審核機制篩選浮濫搜索的美意大打折扣：

一、審查時限的緊迫性

首先，法官並非偵查案件的執行者，其對於該案的瞭解與實際進度的掌握，自然不如浸淫該個案偵辦已有相當時日的檢警調人員。尤其搜索票的審核時程有一定的處理期限，亦即必須「即時裁定」⁵⁴，要用最速件處理。且在偵辦案件的過程中也確實必須掌握時效，不可能像進行通常訴訟程序那樣，有一年半載的辦案期限讓法官有充裕的時間思考，讓法官對於案件的完整樣貌比聲請者有更深刻的理解。何況正在發展中的偵查案件，其型態和進程是不斷變動的，與一般訴訟案件已經定型，目的在於追求發現過去的真實不同，而實務上大多數法院是由民、刑庭的法官一起輪值受理搜索票的聲請，故即使由民事庭法官收案，仍必須立即作出准駁之決定，

⁵⁴依據法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 66 點之規定，法官於受理檢察官、司法警察官核發搜索票之聲請時，「法官應妥速審核、即時裁定。對於重大刑事案件或社會矚目案件之聲請搜索票，必要時得組合議庭辦理。」

則其對於此類案件的熟悉度及判斷準確性更屬相對薄弱。若法官對於取得證據可能性的掌握度無法優於偵查機構，在過濾濫發搜索票的功能上，效果自屬有限。

其實就搜索票核發程序相類似的外國法制，也遭遇到相同的困境。如之前註4所提及的德國法官審查偵查中強制處分的統計，大部分未就檢察官的聲請個案產述核准理由，反而只是套用例稿，徒具形式。又如美國的統計數字，聲請一張搜索票法官所花的時間約只有兩分鐘⁵⁵，在如此短促的時間內決定核准與否的結果，大部分的狀況下，法官將會淪為橡皮圖章⁵⁶。因此雖然法官或多或少會駁回依定數量的搜索聲請，然而排除掉形式上不合乎法律程式、實質上顯然無理由者後，其餘遭法官駁回之案件之性質，要不是法官認定之事實與聲請事實不符，要不就是法官介入合法性以外之判斷，此均有迭生爭議之可能，不見得均如立法者的預期般，可以有效篩選不當之搜索。所以讓司法權在事前介入偵查中搜索票核發這樣的制度設計，究竟能否達到立法者所預想的效果，並非沒有疑義。

二、審查方式的侷限性

檢察官、司法警察官聲請搜索票，依照法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項的65點的規定，原則上必須將刑事訴訟法第128條第2項各款事項記載於書面後，送交法官審核，除非法官於裁定前認有

⁵⁵王兆鵬教授於立法院第四屆第四會期司法委員會搜索權之歸屬公聽會之發言，見檢察官之搜索決定權不應歸法院行使說帖，頁70，法務部，2000年11月30日。

⁵⁶何賴傑教授於立法院第四屆第四會期司法委員會搜索權之歸屬公聽會之發言，見檢察官之搜索決定權不應歸法院行使說帖，頁73，法務部，2000年11月30日。

必要，始會通知聲請人或其指定到場之人補正必要之理由或資料，或為必要之訊問或即時之調查⁵⁷，這樣的書面審查模式固然可以比較迅速的讓法官接觸案件，但對於原本對於案件偵查過程較不熟悉的法官來說，已經處在資訊掌握的弱勢。其次，搜索票審查方式還有一個更加致命的缺陷。因為搜索強制處分性質上的關係，最好在被搜索人不知情或是來不及防備的狀態下進行，才比較有發現不利被告證據的可能，所以在搜索票審查的過程中，被搜索人一方註定是缺席的。也因為這樣的審查方式，造成法官容易有偏聽的狀況。

在三權分立之下掌握司法權的法官，被賦予應該絕對中立、絕對公平的形象。但是這樣的形象並不是憑空而來的，也不是因為法官生來就多麼優秀，足以超越世俗，判斷是非，更不是透過特殊的專業養成，就能夠具備這樣的能力。司法權之所以可以委以公平裁判的重要任務，關鍵就在於完整而平衡的聽訟程序。法官也是一般尋常人，即使是採用職業法官的我國，擔任法官職務者，理論上應該已經具有相當的學識程度及倫理認知，還是免不了一般尋常人在判斷事務上所常見的缺陷，例如各式各樣的偏見、生活經驗或專業知識不足，或者因為他人的誤導甚至隱瞞、詐騙，不可避免的會造

⁵⁷法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 66 點規定：檢察官、司法警察官聲請核發搜索票，應以書面記載刑訴法第一二八條第二項各款事項，其中第四款部分，係指預定實施搜索之時間。處理檢察官、司法警察官聲請核發搜索票之案件，由聲請人或其指定之人，持聲請書直接請求值日法官受理（不先分案，俟次一上班日再送分案室）。法官應妥速審核、即時裁定。對於重大刑事案件或社會矚目案件之聲請搜索票，必要時得組合議庭辦理。法官於裁定前，如認有必要時，得通之聲請人或其指定到場之人補正必要之理由或資料，或為必要之訊問或即時之調查後，逕行審核裁定之。

成錯誤的判斷。作為國家權力中最重要的紛爭裁決者，這種誤判的發生將會影響人民對於國家權力的信任，進而造成三權分立結構的崩潰。但是一套良好的聽訟機制，可以讓法官聽到立場不同兩造各自的心聲，在聽訟過程中，法官可以去調整、反省自己的成見，補充自己學識不足之處，並能夠站在一個制高點，評判何者提出的理由較可以採信，加上舉證責任的分配，大致上都能夠得到一個公平合理的最終結果。更重要的是，不管是控方或是辯方，都能夠知道對方的攻擊、防禦理由所在，並各自提出相對應的防禦或攻擊方法，而非傻傻的在茫然無知狀態下一路挨打，卻無法找到還擊的支撐點。在完整的聽訟過程中，辯方才有機會思考、充分展現所有辯解，或是尋求任何對己有利的訴訟策略，法官也因此能夠保持中立，不會被任何一方單面向的拉著走，能全盤觀照整個案件以決定如何認定事實及適用法律。

但是這樣的聽訟制度，在偵查階段審查核發搜索票的程序裡是不存在的。之曾前提到，搜索行為在本質上是保全證據的手段，在執行搜索之前，被搜索人通常毫不知情，因此在搜索票審查過程中，被搜索人一方註定在程序上是缺席的。也因為如此，法官在審核是否核發搜索票時，勢必僅能接受到聲請搜索者的資訊，反觀被搜索人這一方面的聲音，在這個時間是傳不進法官耳朵裡的。這樣的狀態，無可避免的會造成法官偏聽。一個偏聽的法官，必然會使得在憲法設計上原本被期待應該公平、公正的司法權變得傾斜，而一個傾斜的司法權，頂多就是一個為控方行為背書的工具，而不再是具有憲法上意義的司法權。或許有人會說，身為法官就應該要有能力去判斷，在被搜索人缺席的情況下，為他們的權益把關云云。

然而正如剛剛所說的，法官也是人，期待一個凡人之軀去擔任那個有如上帝般的角色，是完全不切實際的。能成功勝任司法權的公平判斷功能，關鍵是在聽訟制度，缺少了這樣的制度卻要求法官中立公平、為缺席者的權力把關，這樣的要求，無異是希望聖賢來治理國家一樣，把被搜索人的權益寄望於一位英明的法官，而非尋求持續有效的制度來確保制度的公平性，期待人治而非制度設計，這並非一個現代法治國家可以被接受的作法。

或有認為搜索僅是一種強制處分，一種保全證據的手段，具有高度之不確定性，因此不需要以嚴格的證明來認定事實，因此僅由一方提出釋明讓法官審查的方式是可接受的。本文贊同這個論點的前半部分，亦即搜索手段只是保全程序，並非實體判斷。然而是否符合搜索之要件究竟要以嚴格的證明或以自由的證明為之，前提是司法權的介入審查。但是由上開說明可知，在此種行政權性質的偵查場域裡，法官的存在對於搜索要件事實存在與否的判斷，其實際效能是極為薄弱的。因此在制度設計上，讓司法權介入搜索的決定，不但對於事實的釐清沒有什麼助益，更可能造成司法公信力的流失。

再或有認為，於法官於事前進行搜索聲請之審查時，一方面為保障被搜索人之權利，一方面為達有效搜索之目的以保全證據，不應讓被搜索人知悉搜索行動之進行，於此兩難的情況下，如以國家指定辯護人之方式，在事前審查時站在被索人之立場捍衛其權利，應可稍補上述缺席審判之缺失等語。但本文認為，在被搜索人不知情的狀況下指定辯護人為被搜索人辯護，固然或可讓法官聽到不同的聲音，不致在判斷時一面倒地接收聲請搜索方的資訊和意見，然

而，在完全沒有接觸過被搜索人的前提下，被指定的辯護人為被搜索人辯解，本來就有一定的難度，所提出的主張應大多脫離不了一些泛泛之見的例稿式說詞，對於實質保護被搜索人之權利，尚有一大段距離。況且辯護人於法官審查時因無法與被搜索人接觸，其所能接收之資訊也必然都是由聲請搜索之檢警所提供，然而搜索之聲請方是基於希望成功取得准許之動機進行證據之蒐集，因此取得有利於被搜索人之資料必然極少甚至全無。故即使國家為被搜索人指定辯護人，然該辯護人在這個資訊取得的基礎上，亦將會因資訊取得的單面性而無法有效辯護，其結果與前開偏聽的法官一樣，只能在形式上作為形式公平的裝飾品，然在實際上對於這種一面倒的審查機制，並不容易產生制衡的作用。

在這種情形下，要不要把司法權在這個時點拉進來，就成為一個值得認真思考的議題了。在此也凸顯了一個問題，究竟要如何在保障被搜索人的基本人權同時，也能兼顧刑事訴訟程序保全證據的需要。

三、目的性不能審查

雖然刑事訴訟法第128條第3項、第4項分別規定：「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。」然而，無論是實務⁵⁸或者學說⁵⁹

⁵⁸ 最高法院 91 年度台抗字第 198 號刑事裁定提到：「按對於被告、犯罪嫌疑人或第三人之搜索，以『必要時』或『有相當理由』為要件，此觀刑事訴訟法第一百二十二條之規定自明。質言之，法院所審查者，僅為聲請之合法性，並不涉及搜索之合目的性範疇。此項要件，以經釋明而得

上，均一致認為法官對於搜索票核發與否的審查，僅限於「合法性」的範疇，並不包括「合目的性」的審查，與條文表面上看似給予法官就是否核發搜索票有完整審查權限，全然不同。亦即法院審查搜索票，其範圍僅限於這樣的搜索合不合法，至於搜索是否合於目的性，尤其是妥不妥當的問題，則必須要由偵查機關自行判斷並承擔其責任。而合法性與否的判斷，則是將重點放在發動搜索有無「合理的依據」⁶⁰，無論對被告搜索所要求的「必要時」，或者對第三人搜索所要求的「有相當理由」，都是以有合理根據為前提，但法官對於搜索與否的影響力，似乎也在這個地方告一段落。依照這樣的通說見解，法院對於聲請搜索票的審查，即有其侷限性。當然，從行政權與司法權的互動關係來說，這樣的限制似乎是理應如此的，也是權力間必要的尊重與退縮（法官不能指導檢察官該如何偵查，且檢察官對於搜索與否擁有一定的裁量決定空間），就如同行政法院審查行政處分一樣，法官審核搜索票時，不能以例如：「這種情形用搜索方式較無法取得證據，應以監聽方式為佳」這樣的理

以自由證明為已足；至被告或犯罪嫌疑人是否成立犯罪，其持有扣押物之原因及動機如何，該扣押物在證據上有無證明力，乃本案實體上應予判斷之問題，並非法院核發搜索票應審查之要件。」另司法院編印之法官辦理刑事案件參考手冊(二)關於搜索票核發審查程序亦提到：「基於偵查程序與審判程序主體、性質的差別，搜索票核發審查程序僅能為『合法性審查』，因此法院關於有無其他替代方案、證據數量問題、搜索時機、其他偵查情況等等問題，法官不宜加以審查。」，參閱該手冊頁 71，第一版、2007 年 12 月。

⁵⁹參閱林鈺雄，搜索修法之回顧與前瞻，收錄於刑事法理論與實踐，頁 359，一版，2001 年 8 月。

⁶⁰參閱林鈺雄，刑事訴訟法上冊總論編，頁 338，二版，2001 年 10 月。

由，駁回搜索之聲請⁶¹。然而，這樣的通說見解在理論上容易混淆，而且這樣的限制，是否容易讓原本設計要讓司法權制衡檢察官偵查權限的制度目的有其侷限性，亦值得思考。

首先，從文義上看起來，刑事訴訟法第122條第1項規定：「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。」是以「必要時」和當作得搜索的要件，也因為條文把這個前提當成合法對於被告及犯罪嫌疑人的要件，所以依照上開通說見解，法院也應該可以審查檢察官聲請搜索被告或犯罪嫌疑人，是否符合「必要時」的狀況。同樣的，刑事訴訟法第122條第1項對於第三人搜索的規定，雖然沒有「必要時」這個要件，但因為對第三人發動搜索的門檻比對被告(或犯罪嫌疑人)發動搜索的門檻為高⁶²，既然對被告(或犯罪嫌疑人)之搜索須要具有必要性，對於第三人之搜索自然不能因為條文未予規定而自動略過，而上開所謂「必要」，自然涵蓋著比例原則的判準。但是，在上開通說見解的理論下，法官審查搜索的標的僅及於合法性，比例原則的判斷既然包括必要性、適當性及狹義相當性，涉及合目的性的判

⁶¹ 惟最高法院 102 年度台上字第 3127 號判決提出不同見解，該判決提到：「所謂必要，乃指除此之外，別無他途可以取代，是應衡量可能之所得和確定所失之比例。從而，受理聲請之公平法院，必須居於中立、客觀、超然立場，在打擊犯罪及損害人民權益之間，對於聲請機關提出之資料，確實審核，善盡把關職責，不能一概准許，淪為檢、警之橡皮圖章。具體而言，倘祇有單項之情資、線報或跡象，既未經檢、警初步查對補強，應認聲請搜索之理由不相當；若另有其他較為便捷、有效之蒐證方法，當認無搜索之必要。例如毒品有關之事件，除有第一、二、三、四級毒品之分類外，尚有製造、運輸、販賣、意圖販賣而持有、轉讓、持有或大量持有、施用等各種不同之犯罪行為態樣，更有持有有一定數量以下或單純施用第三、四級毒品者，祇屬行政罰之情形。對於施用毒品之嫌疑人，所涉者究竟係何級毒品？刑事犯罪或行政罰？所憑情資品項多少？可信性如何？是否除強制搜索之外，別無其他蒐證之良策（例如徵求同意搜索、採驗尿液）？若聲請機關就此等癥結事項，無何說明或籠統含混，遽然對於毒品之施用和販賣嫌疑人，全部一起聲請搜索，法院當應就施用毒品之嫌疑人部分，否准核發搜索票，必於重新補正、釋疑，而後方許。」似認為法院審查範圍可以擴及合目的性、是否妥當的範圍。

⁶² 參閱林鈺雄，刑事訴訟法上冊總論編，頁 334，二版，2001 年 10 月。

斷，則所謂合法性的判斷能否把比例原則包含在內，即產生爭議⁶³，因為關於目的性的判斷，應由擔任偵查主的檢察官自行決定，法官不能越俎代庖。從而，法官審查搜索票核發與否的範圍，在理論上就會出現這樣矛盾的場景：法官可以審查聲請搜索的合法性，而搜索應於「必要時」始得為之，若非必要而為搜索，其搜索即不合法，因此法官必須就搜索是否符合「必要時」之要件加以審查，而所謂「必要」，又屬於比例原則的判斷範圍，然而依照通說見解，法官對於搜索之聲請又不得審查關於比例原則中關於合目的性的領域。那麼，法官要如何審查搜索之合法性呢？這樣邏輯的矛盾，同樣也會出現在搜索完畢後的事後救濟程序上。⁶⁴

當然，權力分立的各自分工相互尊重是一個確立的原則，司法權對於偵查中檢察官偵查作為的發動應該謹守界線，不應干擾或影響其自由形成的領域。但是在制度上，法律又規定法官應該審查這些要件，造成上述矛盾的存在。那麼，問題到底是出在哪裡？本文認為，與其再去細分比例原則中有哪些部分是可以退讓給法官審查合法性，或者創設出一些原則之外的例外，不如大方承認，其實這個時點並不是一個司法權提早介入的適當時機。在刑事案件的偵

⁶³ 德國法制關於偵查法官審查搜索票的範圍，亦僅限於合法性的審查，§162 III StPO，除了一些邊界案例，例如檢察官的聲請顯屬恣意，或基於與事理無關的考量時，偵查法官得以該聲請不合法為由而駁回之，見 Vgl.Shellenberg, NStZ 1991, 72.。

⁶⁴ 德國通說及實務見解認為，比例原則係列於發動偵查措施的合法性要件，因此偵查法官認為檢察官所聲請的偵查措施不符合比例原則時，法官得以不合法為由，將聲請駁回，但是此部分還是有比例原則和合目的性的審查界線不易釐清的爭議，參閱林鈺雄，論偵查法官，收錄於刑事法理論與實踐，頁 64-65，一版，2001 年 8 月。

查階段，其實就是屬於檢察官的場域，這是行政權在法律的制約下可以自由發揮的階段，就如同傳喚、拘提、通緝一樣，應該讓檢察官有權利自己去選擇最符合必要性、目的性及適當性的偵查手段，去達成法定的偵查目的。如果為了諸如：「這個偵查作為影響甚鉅」、「為了保護被告(或犯罪行為人)、第三人的權利」等理由，強將司法權提早擺在不適合的階段當中，只是徒然增加上述理論上的矛盾。

其次，也是承續上開理論上的缺陷，法官不能介入搜索的必要性、目的性及適當性的判斷，其結果就是，法官僅能就聲請搜索當時是否存在合於搜索情狀的事實予以審查，因此，搜索之聲請是否是基於合理的根據一事，就變成法官審查是否核發搜索票的重點，例如，被搜索人的犯罪嫌疑是否存在？應扣押之物或應受拘捕之人是否存在？何以懷疑該物或該人是存在於搜索的特定空間內？於是，法官審查搜索的重點就會轉移到認定人、事、物是否存在之上，再根據實體判決的心證門檻來判斷審查核發搜索票的門檻應該在什麼地方，是不是要低一些？要低到什麼程度？但最後的作用還是僅止於認定事實，而對於被搜索人的人權保障最相關的，諸如有無搜索的必要、有無濫用搜索方式偵查的可能性、搜索的發動是否過當或浮濫等關鍵議題，通說見解反而錙銖必較，絲毫不讓法官越界。這與制度設計之初衷，即希望法官提早介入檢察官偵查期間關於重大強制處分作為的審查，以確保受強制處分人權益之目的，已背道而馳。在這樣的審查方式下，司法權所能提供的篩選機制本身就已經存在了一個大缺口，除了拖法官幫忙對搜索是否合乎規定背書外，本文實在看不出來要司法權在此時強行介入的意義何在。所

以於此時選擇以偵查權有效的自我節制方式，讓其機關內部的審查機制能在比例原則下，就必要性、適當性及狹義相當性進行充分的審查，也能夠權責相符，這或許不失為一個比較能避免前開缺失的制度設計。

第二款 檢察官偵查效率—兼論同意搜索

自從2001年刑事訴訟法修正後，偵查中搜索票須經法院的審查與核發，不可諱言的，就檢察官偵查作為的靈活度而言，畢竟是多了一道限制，於聲請搜索的時效上，必須先行預測可能有搜索的需要，製作聲請書，及提出釋明以說服法官核發搜索票，無法如之前可以隨時機動調整其偵查行動般自由。當然反過來說，對於偵查主體施加這樣的限制，感覺上也許對於一般民眾的隱私權、財產權等權利會多一些保障，在制度設計的取捨間，或許並不是什麼值得非難的選擇。但是，事實上真的如此嗎？

對於偵查中搜索強制處分的發動作出層層的限制，造成檢察官偵查效率受阻，從結果上來說，只會導向無令狀搜索的狀況增加，對於人權的保護不見得具有加分的效果。但這倒不是說本文反對在搜索的要件上作適度的限制，但是過多的不必要的限制，對於整體法制的運作與發展，不見得是一件好事。無令狀搜索大體而言分成附帶搜索、緊急搜索和同意搜索三個類型，然而附帶搜索是以合法的執行逮捕、拘提及羈押為前提，且其得為搜索之範圍亦有限⁶⁵；

⁶⁵ 依刑事訴訟法第130條之規定，附帶搜索的範圍僅及於得逕行搜索其身體、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，是公權力在此類行搜索之範圍比其他種類搜索較為

緊急搜索(及逕行搜索)亦限縮於特定的狀況下始得為之，而且有事後陳報、層層審查的嚴格程序控制⁶⁶，發生次數及對被搜索者造成人權上侵害之機率及程度，均屬不高。所以無令狀搜索最容易出狀況的，應該是在同意搜索的部分。

在法治較為先進的國家如美國，無令狀搜索所占全部搜索強制處分的比例，據實務界估計占了90%以上，絕大部分的搜索都是沒有搜索票的⁶⁷。而這裡面同意搜索之情形更是絕對性的居多，甚至有人估計98%的無令狀搜索，都是以同意搜索為由而進行的⁶⁸，而德國學者作的實證研究也發現，德國施行令狀搜索百餘年來，當初立法基點是希望法官來審核並核發令狀，可是實證結果92%到93%的搜索是無令狀搜索，其中由警察所為之搜索占了98%⁶⁹，這其中

限縮。

⁶⁶ 依刑事訴訟法第130條第2項之規定，緊急搜索發動之主體為檢察官，且在二十四小時內證據有偽造、變造、湮滅或隱匿之虞者，始得逕行搜索，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。並應於實施後三日內陳報該管法院。而同條第1項的逕行搜索，亦有應於執行後三日內報告該管檢察署檢察官及法院之規定。法院認為不應准許者，應於五日內撤銷之。逕行搜索、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。

⁶⁷ 美國加州聖塔克拉拉郡檢察署崔展業檢察官、美國洛杉磯公設辯護律師事務所彭中南律師於立法院第四屆第四會期司法委員會搜索權之歸屬公聽會之發言，見檢察官之搜索決定權不應歸法院行使說帖，頁60，法務部，2000年11月30日。

⁶⁸ 轉引自 Joshua Dressler, *Understanding Criminal Procedure*, at 241(Matthew Bender, 1997).

⁶⁹ 林鈺雄教授於立法院第四屆第四會期司法委員會搜索權之歸屬公聽會之發言，見檢察官之搜索決定權不應歸法院行使說帖，頁58，法務部，2000年11月30日。

絕大多數也是以同意搜索的方式來實行。我國雖然沒有類似的實證研究，但依據學者估計，實務上絕大部分的搜索也都是無令狀搜索⁷⁰，與上開美國、德國的情形相差無幾。而同意搜索的適用情況可說是包山包海，無須如附帶搜索、緊急搜索(及逕行搜索)般，侷限在特定的要件下始得進行；而且搜索完成後並沒有法定的事後審查程序，以檢視搜索過程有無違法、搜索成果是否具有證據能力。因此在搜索票核發程序過度複雜，導致不確定感增加的狀況下，偵查機關改以同意搜索方式遁入無令狀搜索的領域，乃成為實務操作上的最佳選擇。

同意搜索固然有其優點，在偵查機關僅有一些證據，但尚未到達對搜索具有相當理由的程度，於是在被搜索人的同意下進行搜索，對於偵查作為的進行有相當大的幫助，也比較能確保搜索現場的秩序維持、執行搜索者的人身安全等實際上需求。然而同意搜索也有很多缺點，最重要的就是公權力，尤其是警察權力的濫用。在很多情況之下，所謂的「同意」並不是毫無瑕疵的，而是遊走合法與非法的邊緣，甚至是以強暴、脅迫的方式要求、取得被搜索人本人或者第三人的同意⁷¹，也因此產生了一些爭議，諸如如何認定「同意」為有效的同意、是否必須讓該同意之人知悉其有權拒絕同意、是否應如米蘭達法則般告知其拒絕同意之權利、同意可否撤回、同意搜索之範圍、共同持有人是否有權同意搜索、表現權限(Apparent

⁷⁰ 林鈺雄教授於同上公聽會之發言，見檢察官之搜索決定權不應歸法院行使說帖，頁 58，法務部，2000 年 11 月 30 日。

⁷¹ 參閱王兆鵬，同意搜索，收錄於刑事訴訟講義(一)，頁 238，初版二刷，2003 年 6 月。

Authority)之人同意之效果為何等⁷²，並由此漸漸發展出一些控制公權力在同意搜索狀況下行使的法則。另一個缺點也是比較難以克服的，就是同意搜索的審查機制。同意搜索在絕大多數的情況下是由警察實施的，既然同意搜索不需要事先核發令狀，也就代表著其除了警察自我檢視外，別無其他控制機制的介入。另外，同意搜索實施完成後，除非確實有發現並扣押若干證物，並以之作為證據起訴被告，使這一個搜索行為隨著案件進入法庭，且訴訟之兩造就該搜索行為的合法性加以爭執，法官才會有機會審查這個搜索行為的過程，否則在大多數的情況下，同意搜索是不受檢視的，尤其是毫無所獲的同意搜索。雖然就實務而言，搜索的發動即使是達到具有相當理由的程度(足以申請到令狀的程度)，都不見得一定可以搜到預期的人或證據，同意搜索即便毫無所獲，也不見得就必然有警察濫權的嫌疑，但是在幾乎沒有監督審查機制(無論事前或事後)的前提之下，只要取得被搜索人的同意就可以合法的搜索，這樣的權力若不被濫用，也未免太違反這些公權力執行者的人性吧！

在我國實務上曾經發生過，有兩名警員於執行巡邏時，接獲勤務中心通報在某網咖有人交易毒品，於是該兩名警員未持搜索票即直接前往，兩人到達後，發現被告腳下有一皮包，並用腳遮擋住，形跡可疑，遂要求被告將其皮包放在桌上並且打開。被告剛開始不同意打開，於是警察便再度要求被告打開，被告才自己把拉鍊打開，並有證人指稱：「被告起先不太願意，後來警察一直叫他快點，口氣有點兇的說『快一點，配合一點』要求被告把包包打開給他看，

⁷² 同上註，頁 239-252。

因為警察有點不耐煩，被告只好打開給他看。」等語⁷³。在這種情形下，法院認為所謂「同意搜索」，應經受搜索人出於自願性同意，而「自願性」同意，係指同意必須出於同意人之自願，非出自於明示、暗示之強暴、脅迫，法院對於證據取得係出於同意搜索時，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、年齡、種族、性別、教育水準、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⁷⁴。因此在這種情形下，被告同意自行打開皮包，係經警察催促後所為，衡情應係鎮懾於員警之壓力下，始同意打開包包，則被告之同意搜索，顯非出於自願性同意，並無刑事訴訟法第131條之1所稱之「同意搜索」之適用⁷⁵。

這只是台灣實務界曾經真實發生過的一個不會特別令人注目

⁷³ 見臺灣高等法院臺南分院 99 年度上更(一)字第 164 號刑事判決。

⁷⁴ 見最高法院 99 年度台上字第 4117 號刑事判決。

⁷⁵ 但即便如此，臺灣高等法院臺南分院 99 年度上更(一)字第 164 號刑事判決還是認為：「本件就個人基本人權之保障及公共利益之均衡維護，依比例原則及法益權衡原則，予以客觀之判斷，認本件違法搜索扣押對被告隱私權固有危害，對公共利益亦有危害，惟對被告隱私權危害程度尚屬輕微，自以公共利益之維護為重，本件違背法定程序取得之證據，仍應肯認其證據能力。」惟以此衡平方式處理違法取得證據之證據能力，其界線及標準並非明確，學界仍多有批評聲浪，此尚待案例累積及理論之釐清。

的案子⁷⁶，但由這樣的案例可以看出，警察在偵查案件的過程中，或許基於職責的驅使，或許迫於績效的壓力，亦或者急於立功求表現，甚至故意為了公報私仇等等不同的動機，在其基於同意搜索的理由侵入人民的私領域時，與被搜索人之間所處的情勢不見得是平等的。警察透過形象上、人數上、武力上或者動用資源能力上的優勢，有時甚至不必口出惡言，就可以讓一般人民感受到莫大的壓力，不得不點頭同意。這樣情境的形成是那麼自然而然存在，而且若有查到犯罪證據，可以取得績效自不在話下，就算被法院認定程序違法，也不能掩蓋其確已破案的光芒；反之，若查不到犯罪證據，只要拍拍屁股走人即可，因為整個搜索程序會被拿出來檢視、審查的機率幾乎小到可以忽視。除非遇到少數比較「白目」的，會堅持主張自己權力的被搜索對象，或者必須以出奇不意的方式在短時間內完成搜索，否則證據會有湮滅之虞的狀況，否則同意搜索是絕對的低風險，安全到會讓一般警察會覺得捨此方法不用而乖乖去聲請搜索票的警察是傻瓜。

把主題拉回本文的重點，亦即偵查中搜索權的歸屬。既然同意搜索這麼好用，如上所述，把核發搜索票的權利交給代表司法權的法官，增加了偵查機關向法官申請搜索票這一道審核程序後，偵查機關為了方便，或者說是為了其辦案行動的彈性，捨棄令狀的聲請而改用同意搜索方式對偵查對象搜索的動機，勢必增加許多，而這

⁷⁶ 若在司法院的法學檢索系統網站輸入關鍵字：「自主之意志是否已為執行搜索之人所屈服」，可以找到更多類似這種警察未持搜索票搜索，但卻利用己方優勢迫使被搜索人同意搜索的例子，通常法院在最後的判斷前，還會再審酌刑事訴訟法第 158 條之 4 的權衡法則，在結論上有些仍認為有證據能力，有些則是否定該證據之證據能力。

雖然不是立法者原本修法所預期的現象，但是不管基於人性或是現實上的考量，事實上的轉變卻必然如此，造成更多無法被掌控的偵查行為脫法狀況。當然最根本的解決方法，應該是就同意搜索這個類型的搜索方式作一個整體的規範，以兼顧實用性及人權的保障，然而在這個議題上，要用司法權介入偵查行為進行以保障人權的這個目的，似乎是無法如預期般的達成。

第三款 民眾觀感

最後，就是從民眾的角度來看。對於一般社會大眾而言，事實上，大多數人並沒有興趣了解司法權對偵查中搜索票的審查範圍是到哪裡，他們所關心的，無非是誰要對搜索作為負起責任。尤其是一個有爭議性的，或者是一個毫無所獲的搜索行為，大家會問，是誰發動這次搜索的？是誰核准這次搜索的？於是，又會有一個法官被拿出來檢討批判了。當然，有爭議性的搜索並不全然是錯誤的，毫無所獲的搜索也許只是概然性的因素，不必然可以事先預防的，而且做了錯誤的判斷本來就應該拿出來反省檢討，減低下次再度犯錯的機率。然而，本文比較在意的是權責相符的部分，有什麼樣的權限，須盡什麼樣的審查義務，也必須要負相同比例的成敗責任。法官在偵查期間介入審查搜索票的核發，在先天上就已經受盡制肘，從資訊的接收、業務的熟悉程度、審查範圍的拘束，以及先前提過的，單憑一造說詞的審查程序造成偏聽等等因素，再再限制了法官對於搜索票審查上的權限與應發揮的過濾功能。不過被搜索人、民眾或者社會輿論可不是這樣想的，搜索票的核發是怎樣的一個過程並不是大家了解或願意花時間去了解的，遇到了事情，民眾只會問，搜索票是誰發的？很現實的，搜索票就是法官發的，搜索

票上面寫的是法院的全銜、法官的簽名(或印文)，所以再怎麼說，法官就是要對簽發搜索票負最終的責任，接受是否有濫發搜索票的質疑。就算在現行制度下，得以透過抗告(刑事訴訟法第404條第2款)、準抗告(刑事訴訟法第416條第1項第1款)的方式，在事後尋求救濟，然而，審查抗告、準抗告的主體還是法院，在這個過程中，因為對於原搜索票核發決定的不服，連帶的也影響到了民眾對於司法權的信任感，並增加了社會對於法官與檢、警、調是否站在同一陣線的質疑。

從以上各種角度的分析，不難看出，司法權在偵查階段就介入搜索權准駁的設計，其實是不符權力分立精神的，而且其中夾雜了許多無法彌補的制度上缺陷，導致運作的結果，幾乎無法達到原本想利用這樣方式來保障被搜索人基本權利的目的，只是平白強拉司法權為檢察官的偵查作為背書，反而徒然減低社會對於司法權的信心而已。

第二項 改變現狀的疑慮

由前述現狀的種種缺陷可以看出，在偵查階段時就把司法權的因子加入，美其名是可以增進人民權利的保障，但是事實上這樣的目的可說是無法達到的，更糟糕的是，這種作法的副作用，也就是人民對於司法公正性的信賴，卻會因為原先設定之保障人權功能的不彰導致日益下滑，這也是本文認為有必要思考改變現狀的出發點。然而，之前2000年修法時所為防止的弊端，會不會因為這樣的改變而死灰復燃？將偵查中的搜索權交還給代表偵查主體的檢察官，會產生什麼疑慮？這樣的疑慮又要如何處理呢？在這個段落本

文將一一分析。

第一款 法官保留原則

在2000年刑事訴訟法的修正過程中，一個主要的討論爭議點就是，是否必須要採用法官保留原則？主流的觀點，也就是最後通過的版本，採肯定的見解，認為決定是否核准搜索令狀者，必須是行使司法權之人。所以本文嘗試從實定法的角度觀察，在我國，搜索票的核發是否一定要由法官為之？是否存在由行使行政權之機關核發搜索票的空間？

一、憲法的容許空間

目前我國立法最常參考的外國立法例，不外乎是美國、德國及日本的相關法制規範，而2000年刑事訴訟法的修正過程中，最常被提出來討論及參考的，也是這三個國家的制度。因此，本文也從這三個國家關於搜索強制處分的制度設計，思考我國在這個部分的可能發展。

以美國來說，關於政府何時得對人民作如何之搜索、扣押或逮捕，美國憲法增修條文第4條規定：”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.”，亦即明確規定：「人民的人身、住宅、文件和財產不受無理搜查和扣押的權利，不得被侵犯。除非依照合理根據，以宣誓或代誓宣言保證，並具體說明搜查地點和扣

押的人或物，不得發出搜索和扣押令狀。」這樣個條文原先被認為僅適用於聯邦案件，但在1961年的Mapp v. Ohio案⁷⁷後，美國聯邦最高法院才通過第14條修正案中的正當程序條款，將第4條修正案應用到了各州。又條文中的Warrants令狀應由何人或何機關簽發，美國憲法中並無規定，但美國聯邦最高法院在1948年Johnson v. U. S.案中就該條解釋指出：只有「中立及超然的司法人員」(neutral and detached judicial officer)有權簽發令狀⁷⁸。嗣後在1971年Coolidge v. New Hampshire案中，美國聯邦最高法院又指出，州的檢察總長並非中立及超然的司法人員，而是該州執法人員的最高長官，該州法律雖授權檢察官簽發令狀，但檢察官與警察同樣扮演打擊犯罪的角色，對於本身所偵查的案件，不可能維持憲法所要求的中立，因此依憲法法理不得簽發令狀⁷⁹。至於美國有許多州是將簽發令狀的權限交給治安法官(Magistrate)，而治安法官並非傳統定義下的法官，有些未接受過法學教育，亦常有兼差性質，但是美國聯邦最高法院認為交簽發令狀權限交給治安法官行使，並不違反美國聯邦憲法的精神，並指出治安法官多年來皆由無律師資格者擔任，而負有起訴或審判功能的大陪審團、陪審員，亦係由無律師資格的一般人民擔任，因此由無律師資格的治安法官簽發令狀，並不違反憲法⁸⁰。也就是說，在美國，搜索令狀的簽發者並非一開始就限定非由法官不可，而是透過一連串聯邦最高法院判決的解釋，確立其簽發者應為法官而非檢察官的原則。

⁷⁷ See Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643(1961).

⁷⁸ See Johnson v. U.S., 333 U.S. 10, 13-14(1948).

⁷⁹ See Coolidge v. New Hampshire, 403 U.S. 443, 453(1971).

⁸⁰ See Shadwick v. City of Tampa, 407 U.S. 345(1972).

而德國法上，則選擇在德國聯邦基本法中直接規範。依據基本法第13條第2項的規定，只有在法官發布命令後，方可按照法定形式對住宅進行搜索，但在遇有緊急危險的情況下，可依據法律規定的其他機構作出的命令，依法律規定的形式進行搜索。依據基本法的規定，德國於刑事訴訟法第105條中明確規範，搜索命令由法官為之，但遇有緊急危險時，得由檢察官及其輔助機關為之。此外，對於新聞業者處所之搜索，應類推適用刑事訴訟法第98條第2項之規定，只得由法官為之⁸¹。由上開說明可知，德國就搜索命令的發給是在基本法中就已經明文規定應由法官為之，其既已將法官保留提升至憲法層次的規範，自無另探討將簽發搜索命令權限改由其他機關為之的空間。

最後，在日本的立法例上，日本國憲法第35條第2項規定：「搜索又は押収は、権限を有する司法官憲が発する各別の令状により、これを行ふ。」，亦即搜索與扣押，應依擁有司法權之官員個別簽發的命令書施行之。因此，日本刑事訴訟法第218條依據該國憲法之規定，訂立：「檢察官、檢察事務官或司法警察人員因偵查犯罪之必要，得依據法院核發之令狀實施查封、搜索或勘驗。(第1項前段)」、「第1項之令狀，根據檢察官、檢察事務官或司法警察人員之聲請而核發(第3項)」的條文。由此亦可知，日本也以憲法的層次，將核發搜索令狀的權限交給法官行使，故已無立法者就這部分另行設計之餘地，其刑事訴訟法必然應規定搜索令狀的核發機關為法院。

⁸¹ 參閱 Claus Roxin，吳麗琪譯，德國刑事訴訟法，頁 393，初版，1998 年 11 月。

雖然上開美國、德國、日本的立法例均是將搜索令狀的核發權限交由法官來行使，然而將核發搜索票納為法官保留是否就一定是制度上的必然趨勢？這恐怕不見得。在學理上，偵查作為的實施係行政權的作用應無疑義，其一切決定及行動，理當由行政權主導，並就其所為負起相對的責任，此業經本文在之前詳細分析。雖然這並不表示司法權絕對不能在這過程中介入，但仍應儘量退縮，僅就司法權適合且有能力擔當的角色，例如在可以充分聽取兩造陳述的前提下，司法權可以就羈押與否作事前的審查，或者就搜索的違法與否作事後的審查。但是若只是將法官當作一個為偵查行為背書的工具，實質上難以對人民權力的保障起任何作用的話，那大可不必把司法權的公信力一併拖下水。德國、日本在第二次世界大戰結束前，分別因為納粹統治與軍國主義右派政權的殘害，對於行政權，特別是當時為虎作倀，濫行殺戮的偵查體系戒心甚深，因此對於檢察官及司法警察採取更嚴格，甚至超過必要的監督機制，固無可厚非，但此超過必要而不合宜之制度若原封不動移植我國，其優劣之處，即應多加考量。

而美國亦非在建國初期，即全面排除檢察官作為搜索令狀之核發者，在美國仍為英國之殖民地時，當時之英國，即賦予皇家行政官員行使簽發令狀的權力，當時的美國，則由英國之皇家行政官員(executive officials)，及皇家州長(royal Governor)，行使簽發令狀之權力，一直到20世紀初之前，許多州皆由所謂的justices of peace職掌簽發令狀之權力，而當時的justices of peace亦扮演檢察官的角色，可以說相當於行政官員或隸屬於行政體系，而非司法權的代表

者⁸²，因此司法權介入偵查期間搜索權的事前審查，既非理論上的必然，亦不是歷史演變的絕對結果。

至於我國，在憲法中並未如德國、日本般，規定搜索、扣押必須法官保留，因此在規範密度上，立法者在其裁量權限之內，是有空間可以自由形成、設計這部分的制度。然而或許在2000年修法時，因為一連串由檢察官發動搜索而引發的爭議，影響所及，使得最後立法委員不願採取法務部所提出的版本，而將核發搜索票的權力限定在法官身上。但是這樣的決定是否是最佳的決定，在這樣的制度施行十餘年的今天，似乎值得我們好好的重新思考。

二、司法院釋字第631號解釋

又值得一提的，是，司法院釋字第631號解釋文中，大法官認為：「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，而與憲法第十二條保障人民秘密通訊自由之意旨不符」，而要求上開條文定期失效。這個解釋文雖然僅限於通訊保障及監察法的規定，與搜索無關，但卻與本文所探討的司法權、行政權間的互動關係有類似的理論基礎。這號解釋是否代表著我國憲法的規範之下，性質相似的強制處分作成過程中，也必須有法官保留原則的適用，而「應由客觀、獨立行使職權之法官核發」？在此亦應一併討

⁸²參閱王兆鵬，美國刑事訴訟法，頁101，二版一刷，2007年9月。

論。

首先必須說明的是，司法院釋字第631號解釋是在2007年7月20日所公布，因此公布之時，偵查期間的搜索票核發權限歸由法官行使，已是既定現實，因此大法官以此為前提作理論的推演，自屬當然。該號解釋理由書上提到：「通訊監察係以未告知受監察人、未取得其同意且未給予防禦機會之方式，限制受監察人之秘密通訊自由，具有在特定期間內持續實施之特性，故侵害人民基本權之時間較長，亦不受有形空間之限制；受監察人在通訊監察執行時，通常無從得知其基本權已遭侵害，致其無從行使刑事訴訟法所賦予之各種防禦權（如保持緘默、委任律師、不為不利於己之陳述等）；且通訊監察之執行，除通訊監察書上所載受監察人外，可能同時侵害無辜第三人之秘密通訊自由，與刑事訴訟上之搜索、扣押相較，對人民基本權利之侵害尤有過之。鑒於通訊監察侵害人民基本權之程度強烈、範圍廣泛，並考量國家執行通訊監察等各種強制處分時，為達成其強制處分之目的，被處分人事前防禦以避免遭強制處分之權利常遭剝奪。」等語，是由通訊監察的處分性質談起，通訊監察在執行上的重要特徵，在於受監察人於通訊監察實施之際不被告知、未得其同意、未給予防禦機會，且侵害人民基本權之時間較長，同時有可能侵害無辜第三人之秘密通訊自由。這些特徵，有部分與搜索、扣押相似，但是侵害之時期（搜索、扣押實施之期間，通常在於數小時內完成，但通訊監察實施期間則以月、年為單位⁸³，若有必要還可以聲請繼續監察）、侵害之範圍（搜索實施之範圍僅限於

⁸³通訊保障及監察法第12條規定，第5條、第5條（一般監聽）之通訊監察期間，每次不得逾30日，第七條（國安監聽）之通訊監察期間，每次不得逾1年。

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、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之第三人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，這通常是在一有限的空間內，且得扣押之物品僅限於可為證據或得沒收之物，但通訊監察則是在特定的時期內，所有與被監察對象以特定通訊方式聯繫的通訊內容，均可能成為通訊監察侵害之範圍)則更有過之，所以認為比較這三種強制處分，認為通訊監察的強度是比搜索、扣押來得大的。

惟該號解釋基於上開比較，得出：「為制衡偵查機關之強制處分措施，以免不必要之侵害，並兼顧強制處分目的之達成，則經由獨立、客觀行使職權之審判機關之事前審查，乃為保護人民秘密通訊自由之必要方法。是檢察官或司法警察機關為犯罪偵查目的，而有監察人民秘密通訊之需要時，原則上應向該管法院聲請核發通訊監察書，方符憲法上正當程序之要求。」的結論，認為通訊監察書應由法院核發，始符合憲法上正當法律程序之要求。這樣的推論，似乎沒有考慮過以其他的方式制衡、審查偵查機關的通訊監察強制處分，以及分析各種審查方式的優劣，就直接做出通訊監察強制處分必須保官保留的結論。以前述的各種角度觀之，解釋理由的推論似乎有點跳躍。本文並不反對在偵查機關的強制處分措施形成過程中，由適當的機關以適當的方式做出相當的制衡。但是除了三權之間所謂的制衡外，也可以透過很多種制度設計的方式，比如說上下級機關的層層節制、特定權限的給予等，達成類似權力制衡的效果，不見得一定要司法權的事前審查介入。就拿搜索為例，在偵查期間是否得為搜索，若交由檢察一體的指揮系統決定，再由司法

權在一定的程序下作事後審查，理論上較為一貫，而且或許還會發揮更好的效果。不過大法官們在這號解釋中並未就其他制衡方式的可能性多加考慮，逕認「應向該管法院聲請核發通訊監察書，方符憲法上正當程序之要求」，沒有就為何選擇這種特定方式作出解釋。這樣的說明看似理所當然，但在說理上似乎有所欠缺。

通訊監察為偵查機關重要的強制處分手段之一，而且性質上也與搜索相同，有著「在實施強制處分之前，不應讓被處分人知悉，否則無法達到偵查目的」的特性，因此被通訊監察之人在通訊監察結束並受核發監聽票之法院通知前，是不會知悉自己被監聽的，更不可能在檢察官、司法警察在向法院聲請核准監聽之時，提出答辯以防禦其隱私權受侵害。在這種情況下，若由司法權介入審查，會遇到的問題與搜索類似，首先法官在審查時無法同時聽取兩造攻防所提出的理由，而且無法接收這個案件的完整資訊，一切的審查材料全部都是由偵查機關提供，勢必造成偏聽而無法作出公平的判斷。其次，法院就通訊監察聲請的審查時間急迫性及審查範圍限制⁸⁴，也在在影響這種審查方式的效能。於此效率不彰、公正性無法保障的審查模式之下，人民對於法院能否公平的核發通訊監察書，自然會有所質疑⁸⁵，連帶拖累司法權在國家權力之中，應該特別彰

⁸⁴ 依據通訊保障及監察法第5條第1項的規定：「有事實足認被告或犯罪嫌疑人有下列各款罪嫌之一，並危害國家安全或社會秩序情節重大，而有相當理由可信其通訊內容與本案有關，且不能或難以其他方法蒐集或調查證據者，得發通訊監察書。」除了目的性外，也將必要性(最小損害原則)列入法官的審查範圍內，則在搜索時關於法官合法性之審查究竟要否包括比例原則的爭議，將於此再次重演。

⁸⁵ 例如2013年9月間爆發的政爭風波中，扯出的臺灣台北地方法院100年度特他字第61號通訊

顯的公平形象。當然，有人會說，基於偵查浮動性與不確定性，沒有誰能做出最正確之決定，法官簽發搜索票後，可能搜無一物，但不可以結果論英雄，法官監督的，只是有無濫權，不是正確之結果。但理論雖係如此，然而當法官於這樣重重限制綁住審查能量的方式作出決定，一旦結果不如預期(核准搜索但執行後卻未搜得任何證據，或者駁回搜索之聲請，但事後檢警確證實證據存在，但因遭法官駁回無法搜索，該證據因而滅失)，尤其是碰到重大矚目或敏感之案件時，社會輿論或檢警方面對法官的指則必將相繼而來，法官因而必須付出超過其權責的代價，可知大法官們以上開解釋所作出的選擇，既不符論理上當為的安排，其缺點也多過優點，所以並不是一個明智的決定。

不過從時序上來看，司法院釋字第631號解釋公布之時，偵查期間的搜索票核發權多年來歸由法官行使，已如上述，因而大法官們或許係以此為前提作理論的推演。若對於人民基本權侵害較小的搜索，都必須有法官保留原則之適用的話，那麼對於人民基本權侵害程度更嚴重的通訊監察，自然也沒有道理不適用法官保留原則。

監察書事件，輿論除質疑偵查機關監聽浮濫之外，更把矛頭指向核發通訊監察書的法官，認為：「特偵組以高院法官陳榮和貪污案為幌子，掩護特他字第 61 號，而有矇混騙取台北地院法官周○○核發監聽票之嫌，但是，法院未能善盡事前從嚴審核發票、事後審查監聽合法性權責，卻是不爭的事實」，見

http://mynews.tw/Article_Show.asp?ArticleID=11519%20%20target=_blank%20&，最後瀏覽日期：2016 年 4 月 10 日。之後更引起立法委員在院會質詢時，就通訊監察及保障法的審查機制不足一事加以檢討，見 <http://lis.ly.gov.tw/lcggi/lypdf.txt?10205301:0452:0454>，最後瀏覽日期：2016 年 4 月 10 日。

基於這樣的邏輯作出上開解釋的結論，確實有其不得不然的原因。不過，若釋字第631號解釋是由這樣的脈絡作出通訊監察應該法官保留的決定，那麼顯然的，這種性質的強制處分(如搜索、通訊監察)之所以必須由法官為事前審查，並非憲法層次的法官保留，而是立法者以其立法形成權限所為的法律層次之法官保留。基於這樣的認知，本文認為我國並非如日本、德國般，以憲法規範此類強制處分必須要由法官核准，因此在法律的層面，立法者對於搜索、通訊監察等性質之強制處分，仍有再次自由設計其審查程序的空間。

第二款 令狀原則

接著，本文想探討，若改變了2000年修法時法官保留的決定，是否會違反令狀原則。令狀原則化為條文上的規範方式，其實就是要式性的規定。例如我國刑事訴訟法第128條第1項：「搜索，應用搜索票。」即是搜索令狀的明文。

令狀原則的理論基礎，有認為司法警察不能作出正確判斷者，也有認為預防無實質理由的強制處分，有認為可避免事後判斷的偏頗，也有認為可以防止警察偽證，或是基於可以建立書面紀錄的理由，或認為可以聲請程序篩減無必要的強制處分⁸⁶。也有從整個執行政程的流程來觀察，搜索令狀可以在搜索處分實施之前，藉由一定程序的審查及要式性的要求，一再確認搜索是否符合法律要件的規範；並且在搜索處分實施之際，對於偵查機關人員明確規範執行

⁸⁶參閱王兆鵬，令狀原則，收錄於刑事訴訟講義(一)，頁89-98，初版二刷，2003年6月。

搜索的範圍，此亦有助於被搜索人理解並監督搜索的實施，避免執行搜索機關逾越搜索權限；最後則是搜索完畢後若出現爭端，則可以提供事後救濟的資訊、當初聲請時偵查機關所提出的文書，以供搜索過程合法與否之判斷⁸⁷。

然而應予敘明者，在於令狀原則不等於法官保留原則。雖然一般認為令狀原則的核心之一，在於「由中立的第三人審查令狀」這個過程，但是所謂中立的第三人並不見得是法官⁸⁸，重點在於，如何維持審查、核發令狀之人中立超然的特點。如前所介紹，美國聯邦憲法增修條文第4條透過美國聯邦最高法院於1948年Johnson v. U.S.案中，建立只有「中立及超然的司法人員」(neutral and detached judicial officer)有權簽發令狀的原則⁸⁹，並在1971年Coolidge v. New Hampshire案中指出，州的檢察總長係該州執法人員的最高長官，該州法律雖授權檢察官簽發令狀，但檢察官與警察同樣扮演打擊犯罪的角色，對於本身所偵查的案件，不可能維持憲法所要求的中立，不得簽發令狀，然其界定的中立與超然，究其判決原意，亦應係著重在該司法人員與案件的關聯性，而非司法人員究竟是不是法官的身分⁹⁰。另外於Connally v. Georgia⁹¹判決中，

⁸⁷ 參閱盧浩平，由權力分立探討偵查中要式搜索權的歸屬，國立成功大學法律學研究所碩士論文，2003年6月，頁41-42。

⁸⁸ 參閱林鈺雄，搜索修法之回顧與前瞻之附表一，收錄於刑事法理論與實踐，頁327，一版，2001年4月。

⁸⁹ See Johnson v. U.S., 333 U.S. 10, 13-14(1948).

⁹⁰ See Coolidge v. New Hampshire, 403 U.S. 443, 453(1971). 又該案另有三位大法官持反對意見，認為憲法並未禁止州的法律規定檢察總長擔任治安法官(magistrate)的工作，且檢察總長在核發該搜

即使核發搜索票的人是Justice of the Peace，美國聯邦最高法院亦指出，該州之州法律規定治安法官無基本薪俸，但每簽發一令狀，政府即給予5美元，若不核准令狀，則政府不支付費用，如此制度設計下，簽發令狀者有「直接的、個人的、顯著的、金錢的利益」，因此並非中立、超然的司法人員。此外，從令狀制度的起源地英國⁹²看來，也並非所有的偵查強制處分均是由法官行使簽發權，且強制處分命令的實際核發者，通常是治安法官、監控專員⁹³為之，而此二者均非傳統意義上的法官，而是兼有行政權機關的性質。又2007年5月大幅修正，並於2011年1月1日施行的瑞士刑事程序法典(Swiss Criminal Procedure Code)也僅在侵害人民基本權重大之「羈押」或如臥底警察、秘密監察銀行活動等之「其他特定強制處分」時，必須由強制處分法院核發令狀，其他較輕度之強制處分，例如在第五部分即強制處分章節中，於第210條關於「追蹤通緝之

索票時，對案件的涉入尚屬無害，故該搜索票應仍屬有效。

⁹¹ See *Connally v. Georgia*, 429 U.S. 245 (1977).

⁹² 令狀原先是國王、教皇或其他統治者為便利處理日常事務的一種文書工具，在英國國王亨利二世時，令狀由一行政工具轉變成一項訴訟制度，使得大部分侵犯私人權利的行為能夠在王室法庭通過適當的訴訟而解決，1679年英國議會所頒布的人身保護法，允許那些受到刑事指控而長期羈押的人向法官申請人身保護令，成為人身自由最為重要的救濟途徑之一，參閱高峰著，刑事偵查中的令狀制度研究，頁13-19，2008年8月初版。

⁹³ 例如英國1997年警察法，對於私人住宅、酒店客房、辦公室或其他可能接觸到屬於法律特權或私人隱私訊息的場所進行監控時，原則上必須經過監控專員的事先授權，其他的監控措施也必須項監控專員報告，監控專員有權予以撤銷；另2000年偵查權利規制法則進一步對於秘密監控和派遣秘密偵查員等行為作了規定，要求「侵犯性的」秘密監控措施原則上必須經過監控專員批准才能生效，參閱高峰著，刑事偵查中的令狀制度研究，頁51，2008年8月初版。

人及財產」的條文中規定，檢察官、負責追訴違法行為之機關或法庭(The public prosecutor, authorities responsible for prosecuting contraventions and courts)，可以下令追蹤財產；另外在第241條第1項前段雖規定，搜索必須要有被授權的令狀始得為之(令狀原則)，然而得下命令者，依據第198條第1項的規定，則包括檢察官、法庭及在特定案件中，由法律特別准許的警察⁹⁴。因此採行令狀制度的國家並非均一併要求法官保留的作法，只要審查、簽發令狀者有足夠的中立、超然立場，而能使人民及立法者信賴，即使是行政權的行使者，亦有資格得作為令狀原則下決定是否簽發令狀之人。

或有學者認為檢察官依「檢察一體」原則，檢察總長對所屬檢察官有指揮監督之權，而檢察官有服從義務，對於不服從命令之檢察官，檢察總長或檢察長得介入個案自行偵辦，或將該事務移轉於其他檢察官，因此檢察官並非所為中立、超然之司法人員，不應擁有強制處分令狀的核發權限⁹⁵。

然而本文認為，偵查機關所為的任何偵查作為，或多或少都有侵害人民基本權利的情形，從最輕微的傳喚，一直到拘提，甚至通緝，均會干預到人民的行動自由，並且對於隱私權、工作權、財產

⁹⁴本文參考資料係於 <http://legislationline.org/> 網站下載的瑞士刑事程序法典(Swiss Criminal Procedure Code)的英文版，惟該版本第1頁註明，因英文並非瑞士聯邦官方語言，所以此版本僅為提供資訊之用，並無法律上的效力。另參閱王士帆，全新刑事訴訟法典-瑞士刑訴改革與整合，政大法學評論，第118期，頁127，2010年12月、Brent Holtkamp，蔡秋明譯，瑞士統一刑事訴訟法-瑞士檢察官自2011年起必須面對的若干新挑戰，檢察新論，第8期，頁115，2010年7月。

⁹⁵參閱王兆鵬，令狀原則，收錄於刑事訴訟講義(一)，頁102-104，初版二刷，2003年6月。

權也有侵害的可能性。接下來的逮捕、交保、限制住居(及其他加諸的,如定期報到、電子監控等附帶條件)、責付、羈押等,除了上開行動自由、隱私權、工作權、財產權外,更對於人身自由加以限制。其他的搜索、扣押、鑑定留置、勘驗、通訊監察等各式各樣的證據保全處分,對於人民基本權利的干涉亦屬顯然。以上這麼多偵查作為的形式,嚴格來說,都可以算是廣義的強制處分措施。在諸多強制處分種類存在的前提下,若要求每一種強制處分均要經過法官的審查及許可後才可以實施,無論在學理上或實務運作的需求上,均屬不可能,因此就必須有規範密度的概念,因各種不同強制處分干預人民基本權利的嚴重程度,來規劃各種相對應的審查強度及許可程序。例如傳喚被告,依刑事訴訟法第71條第1項的規定,應用傳票。傳票有其法定格式及核簽資格限制,因此也屬於令狀的一種,但是考量到這樣的偵查作為侵害人民基本權利程度輕微,且對於釐清真相、保障被告權益甚為重要,又此為多數案件偵查程序的必要手段,因此實務上作成的機會極多,若每次欲傳喚被告均須向法院聲請,不但會造成檢察官甚為沉重的工作負擔,法官也將不堪其擾。比較向法院聲請令狀的優缺點,並衡量可能干預人民權利的嚴重程度,因此立法者在這種強制處分的規範密度上,就捨棄法官保留原則,選擇讓檢察官可以自行簽發傳票傳喚被告。

像這樣的立法選擇並非只有發生在傳喚而已,在傳喚未果接下來的拘提、通緝等強制處分,立法者均未以法官保留的方式保障人民的基本權利,而是選擇相信檢察官可以站在客觀公正的官署這樣的立場,本於就被告有利及不利之情形一律注意(刑事訴訟法第2條第1項)的法律意旨,對人民權利予以尊重及保護,只是在制度設計

上酌予微調和加強，例如在通緝這種強制處分，刑事訴訟法第85條第3項僅賦予檢察長或首席檢察官簽發令狀的權限。此外，像是交保、責付、限制住居等羈押的替代性處分，立法者也是基於類似的考量，未以法官保留的方式處理這些強制處分的決定權，而是授權檢察官可以自行決定是否命被告交保、責付或限制住居(刑事訴訟法第93條第3項但書、第228條第4項)。然而，就涉及侵害人身自由的強制處分，立法者因為考慮到公權力干預人民基本權利的嚴重性、不可回復性，以及對於偵查權力制衡的必要，加上憲法第8條及司法院釋字第384號解釋的拘束，因此將諸如羈押、鑑定留置(刑事訴訟法第102條第4項、第203條之1第4項)等強制處分令狀，限於法官才有權力簽發，這時，法官才是屬於立法者所認定的中立、超然司法人員。

由以上說明可以發現，縱使一樣基於令狀原則的要求，必須由中立、超然立場的機關簽發令狀，然而對於簽發令狀機關中立、超然的強度要求，會隨著干預人民基本權利的程度而有所不同，而非一成不變的。亦即，縱算檢察官會受到檢察一體的限制，或是檢察首長職務介入權、職務移轉權的干預，亦無法否定檢察官在特定強制處分令狀的簽發，具有決定權限的事實，而且這樣的立法授權是合情合理的，並未違反憲法保障人民權利之意旨。若單以檢察總長依檢察一體原則對所屬檢察官有指揮監督之權，且檢察官有服從義務，檢察首長擁有職務介入權、職務移轉權等特徵，就認為檢察官並非所謂中立、超然之機關，不應擁有任何強制處分令狀的核發權限，似乎在論理上並不完備，也不是立法者在設計這一系列強制處分制度時，對規範密度分類的決定與對於檢察官定位所持的態度。

第三款 檢察官權力失控

經由以上分析，瞭解了在偵查期間搜索票若不交給法院簽發，並無違反憲法關於法官保留的意旨，也沒有違反令狀原則，即須由中立、超然的機關核發令狀的要求後，我們必須還要問，若沒有了司法權介入審查搜索令狀這樣的機制，檢察官是否會濫用權力，為所欲為？本文認為，這要看整體制度的設計是否完備而定，不可一概而論。

基於司法權與行政權的特性，以及前述關於法官介入偵查階段搜索決定之優缺點的分析，可以發現，司法權在偵查階段以事前審查的方式，決定偵查機關得否搜索的設計，除了不能有效為被搜索對象的權利把關之外，更將造成偵查機關對於聲請搜索令狀的規避，以及司法權信譽的陪葬，並不是一個好的選擇。然而，為何我國還是在2000年刑事訴訟法修正時，將該審查的權利交給法官？主要的原因，也就是當時多數立法者以及贊成修法的各界專家、學者及公眾輿論所更加在意的，其實是對於檢察官權力過大的畏懼，故而尋求其他政府權力對於檢察官的制約。

當然，任何權力如果過度膨脹而缺少監督及制衡的機制，不可避免的會造成腐化或者是濫用，從而偏離原先制度設計時所預期的方向。然而，為了防止檢察官權力過度龐大，難道非得從司法權的事前介入方式加以干預不可嗎？本文認為，既然司法權的事先審查有上述的種種難以克服的缺點，為何不捨棄這種思考模式，讓司法權在搜索執行完畢之後，當被搜索人知悉被搜索之決定過程、搜索

的實施狀況及因被搜索所造成的損害時，與偵查機關面對面，在法院作為中立第三人所構築的平台上，就搜索的一切爭議⁹⁶進行攻擊、防禦，然後法院在聽取雙方所有理由的陳述後，就整個搜索行為的合法性，以及因為該次搜索取得證據的證據能力做出判斷。在這樣的事後審查模式下，司法權得以從爭訟兩造提出的不同觀點，以超然的立場決定搜索之合法與否，避免因為偏聽造成判斷上的失準，也一樣得以事後審查的方式，正確認定當時之事實狀態為何，並以此事實狀態為基準，判斷偵查機關之作為是否違法，⁹⁷以此制衡偵查機關以避免其濫用權力；偵查機關於適當時機亦得自行決定是否發動搜索，不再有錯失最佳時機之憾，惟對於其搜索行為應自負其責，若失之浮濫，遭法院判定為非法搜索，或是認定搜索所扣得之物無證據能力，則隨之會有相關的懲處、賠償對應而來，這樣的法律效果勢必會使偵查機關在決定是否發動搜索及執行搜索的過程中，更加謹慎，以免讓其行動徒然而廢，並遭受不利之處分；而民眾與被搜索人，也明白搜索是由偵查機關所發動，法院則是判斷搜索之合法性及提供法律上救濟的中立機關，並非與偵查機關如出一轍，同屬與被搜索人立場相左的對造。故本文主張司法權可以審查偵查機關的搜索行為，以此督促偵查機關遵守法律與尊重人權，並制衡其濫用強制處分的危險性，但這樣的審查不是以在事前核發搜索令狀的方式為之，而是於事後審查的方式，使行政權與司

⁹⁶即使該案件檢察官作出不起訴、緩起訴處分，因搜索而被侵害權利之人亦得提起確認之訴(確認已經終結的搜索違法)如後述，一樣能夠對違法之搜索為救濟。

⁹⁷亦能以此方式，取代目前法院於混沌不明且僅接觸一面之詞的情況下認定事實，並以此核發搜索票後，檢警即得持此搜索票宣稱其搜索一概合法的不合理現象。

法權的行使方式恰如其分的在最適當的時機，各自發揮其最大的效能。

又或許有人會質疑，若讓行政權即偵查機關自行決定發動搜索與否，毫無事先約制的設計，是不是會讓偵查機關有機會過度自我膨脹，造成被搜索對象不可回復的損失？

當然這世界上沒有一個完美無瑕的制度，每一種機制的運作都有其優劣之處，所以在決定採行哪一種制度的選擇上，往往只能以相對之方式，選擇一種優點較多，但缺失較不嚴重的選項，無法在全方面都盡如人意。本文所主張的司法權事後審查模式，若有存心不良，欲假搜索之名故意干擾、刺探他人隱私，或是藉以勒索，行恐嚇取財等不法犯行者，確實在搜索發動之前無法以司法權介入的方式阻止此等情事發生。但反過來說，以目前司法權在事前審查的方式，若聲請搜索票之人有心利用搜索之機會滿足其私慾或犯罪，除非聲請手法過於拙劣，否則以現行機制，一方面法官的審查範圍受到重重限制，另一方面審查及判斷的依據又僅僅接收到單一方面的訊息，因此得以篩檢出此種弊端的機會，根本微乎其微。所以認為可以用司法權事先審查之方式節制偵查機關濫用權力的想法，未免過於不切實際。

因此不論是事前審查或是事後審查，事實上都不可避免一定程度產生違法搜索的狀況，造成人民基本權的侵害。本文認為，只要是人為操作的制度，均或多或少會有這樣的弊害出現，無關乎審查的時點在事前或事後。而以司法權於事前介入搜索准否之審查，又有上述缺點，因此較佳的解決之道，只能利用司法權以外的方式介入事前審查，並以事後懲處及賠償等盡量降低違法侵害人民權利的

可能性。另基於特別犧牲的理論，在相當的要件下，為公益所受之損害在一定的範圍內應係可得容忍，並得由國家補償之方式彌補期損害，因此即使在主任檢察官、執行搜索之檢警人員並無疏失的情況下核准並進行搜索，因而造成被搜索人之損害，因為此種損害性質上為國家追訴犯罪之際所應承受的風險，人民亦須於追求於公益之情況下容忍這項程度的損害，然國家則必須依法負起補償之責。

雖然本文並不主張司法權在偵查階段以事前審查的方式，介入搜索強制處分的形成，然而依照前開理論脈絡，在決定是否發動搜索之際，以行政權的上下監督的方式進行事前審查，應是一個彌補此項缺失的方式。透過一定的篩選機制，由檢察體系擇定一個特別設計可以跳脫個案，排除不當勢力惡意干擾，得以較中立、超然立場去審查核發搜索令狀的層級或委員會，依照法律規定、法院作成的各種裁判的確定見解來檢視每一件搜索令狀的聲請，並留下准駁之書面紀錄。當某個特定的搜索個案經法院在事後審查，認為是違法的搜索，而且可歸責於搜索事前審查程序的疏失時，該核定之層級或委員會成員即可按照既定機制交付評鑑，依疏失程度作出不同等級的懲處，以負其責。若能如此，應可適度節制檢察官濫用權力的可能性。

第四款 違法搜索既成事實之合法性

對於事後審查的一個主要批評，在於違反法律規定搜索的狀況下，若真的搜得重要的證據，並因此破獲一起案件，或者因而使得法益免於被侵害(如綁票事件營救人質)，那麼這個因違反法律規定

而搜索所取得之證據，應否承認其合法性？在事後審查的情況下，或基於正義感的驅使，或者畏於社會壓力的逼迫，事實上很難期待法官在這種情形下會宣告排除該搜索所取得之證據，即使搜索過程明顯與法定要件不符，甚至搜索行為已經構成犯罪，法官是否有可能認定違法搜索，並宣告所取得之證據無證據能力而排除之，恐怕還是大有疑問。

例如，明明沒有犯罪嫌疑之線索存在，警方竟然任意侵入民宅，惟適逢屋主在外部無法窺視到之庭院內種植大麻，因而破獲製造毒品案件(欠缺刑事訴訟法第122條第1項之必要性或第2項之相當理由)，或者例如於拘提涉嫌竊盜罪之被告而附帶搜索的過程中，竟然趁機打開離被告所在之處甚遠的抽屜，因而發現被告所持有之制式手槍。像這樣的例子，在現行的法制下，常常會出現兩種截然不同的見解，有認為既然搜索行為違反法律規定，屬於違法搜索，其取得之證據即無證據能力；也有認為雖然搜索程序違反法律規定，但依據刑事訴訟法第158條之4「除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護。」的規定，還是得以所查獲的證據攸關侵害重大法益之犯罪，在權衡人權保障及公共利益兩端之後，認為警察所取得之證據有證據能力。

此項爭議，實務上最高法院曾有判決認為：「搜索、扣押所取得之證據，若不分情節，一概以程序違法為由，否定其證據能力，從究明事實真相之角度而言，固難謂當。且若僅因程序上之瑕疵，致使許多與事實相符之證據，無例外地被排除而不用，例如案情重大，但違背法定程序之情節輕微，若遽捨棄該證據不用，被告可能

逍遙法外，此與國民感情相悖，難為社會所接受，亦有害於審判之公平正義。然為兼顧程序正義及發現實體真實，仍應由事實審法院依上開法條規定於個案審理中，就個人基本人權之保障及公共利益之均衡維護，依比例原則及法益權衡原則，予以客觀判斷。」⁹⁸至於要如何判斷，最高法院有判決認為：「至個案權衡之基準，允宜審酌(1)違背法定程序之情節；(2)違背法定程序時之主觀意圖；(3)侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重；(4)犯罪所生之危險或實害；(5)禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果；(6)偵審人員如依法定程序，有無發現該證據之必然性；及(7)證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度等各種情形，以認定證據能力之有無，俾能兼顧理論與實際。」⁹⁹，更有在此基礎之上，更具體的劃分為兩個層次來判斷：「搜索之發動，為保護人民免受非法搜索扣押，不論令狀或無令狀搜索，均應嚴守其法定程式，如有違反，將嚴重干預人民之基本權，未符合法律保留原則之授權要求及規定，應視為違背法定程序情節重大，列為重要之排除因素之一，所取得之證據，原則上當然排除其證據能力；至於執行方面，因偵查人員已取得合法蒐證之發動權源，僅在執行手段、技術層次上存有瑕疵或違法，如使用強制力逾越必要之程度（刑事訴訟法第一百三十二條）、依令狀搜索時未提示搜索票（同法第一百四十五條）、執行搜索時未令應在場之人在場（同法第一百四十八條），搜索婦女時由男警行之（同法第一百二十三條）等，除認執行手段逾越憲法之「比例原則」，嚴重侵害人民基本權外，仍依上開權衡法則，

⁹⁸見最高法院 102 年度台上字第 5013 號、第 2404 號、第 1100 號判決、第 194 號等判決。

⁹⁹見最高法院 102 年度台上字第 3053 號、98 年度台上字第 1535 號、97 年度台上字第 5788 號判決。

判斷其證據能力之有無，非謂當然排除其證據能力。」¹⁰⁰

然而，上述權衡法則的操作結果，由最高法院判決的統計可以發現，絕大多數是認為有證據能力的。以102年的最高法院判決為例，以「第一百五十八條之四」、「證據能力」在司法院的法學檢索系統搜尋，可以發現34則判決有提到這兩個關鍵詞(最後瀏覽日期為2014年2月10日，且證據取得之方式並非均係源於搜索，先予敘明)，其中除最高法院102年度台上字第1338號判決、第2705號判決，認為除去該項證據，依其他證據仍應為同一之事實認定，亦不影響原判決為由，駁回上訴，並未以權衡法則作判斷、102年度台上字第2467號判決以原審未引用該具爭議性之證據為認定被告有罪之證據，因而不予權衡判斷、102年度台上字第2786號、第2967號、第3780號、第3254號、第4039號、第4585號判決逕認取得證據之方法並無違法之情形外，其餘25則判決均有嘗試進行刑事訴訟法第158條之4的權衡，或是撤銷原判決，要求事實審改變原先權衡後的認定結果。這25則判決中，支持原審判決關於不法取得之證據有證據能力的見解有102年台上字第85號、第146號、第176號、第293號、第256號、第313號、第517號、第675號、第690號、第756號、第2404號、第2417號、第3170號、第3522號、第3888號、第3830號、第4236號、第4200號、第4357號、第4772號、第5013號、第5088號判決等22則，另質疑原審權衡後認為無證據能力，並傾向改認有證據能力而撤銷原判決者，有102年度台上字第3053號判決，所以在該年度最高法院在此類爭議中，認定或傾向認定公務員違反法律程

¹⁰⁰見最高法院98年度台上字第4439號判決。

序取得證據為有證據能力者，占其中之百分之92，另102年度第1100號判決指摘原審未說明為何適用刑事訴訟法第158條之4權衡後仍有證據能力之得心證理由，故無法判斷最高法院認為權衡後究竟有無證據能力之態度。因此該年度最高法院僅僅只有102年度台上字第3127號判決以「原審置上揭諸多違背程序正義事項於不顧，未就因此取得之有關證據資料，如何可以賦予證據能力，依刑事訴訟法第一百五十八條之四或第一百五十九條之五規定，說明權衡、審酌情形，自嫌理由欠備。」為由，撤銷原審判決，在態度上是傾向在權衡後判定為無證據能力。

簡單劃分，102年度的最高法院判決，就公務員違法取得之證據經權衡後，認為或傾向認為有證據能力、態度不明、傾向認為無證據能力的比例，分別是23:1:1。這樣誇張的比例，顯然證實了上開推論，亦即很難期待法官在這種情形下會宣告違法取得之證據無證據能力而排除之。

然而本文認為，這樣的現象毋寧表現出了一種人性的偏好，也就是對於實體正義的難以拒絕。相較於此，程序正義變成一種在權衡之下容易被捨棄的對象。實際上，上開刑事訴訟法第158條之4的立法理由也很清楚的寫道，該條的規定是為了「使其他違背法定程序所取得之證據，其有無證據能力之認定，有一衡平之規定，避免因為排除法則之普遍適用，致使許多與事實相符之證據，無可例外地被排除。」也就是希望在違法取得證據的狀況下，為實體真實扳回一城，讓這樣的證據也能跟合法取得的證據一樣，在刑事訴訟程序中作為適格的認定事實之證據，也作為證據禁止理論下，對於上開人性偏好的誘惑所開設的一道安全閥。這樣的規定雖然是對於立

法者來說是一個選擇，沒有所謂的對錯，然而在這機制的實際操作面上，要如何克服對於實體正義的過度追求，以取得程序保障及探求真實之間的「衡平」，正是刑事訴訟制度邁向進步與文明的關鍵。在此過程中，勢必要從最傳統保守的觀念下一步步衝撞、激盪及突破，進一步建立各種狀況下的法則，讓證據能力的判斷明確化，減少其間的不安定性。上述法則的建立，與事前審查或是事後審查並無直接關聯。即使是事前審查，也會有違反法律程序取得證據須以權衡法則決定其證據能力的問題，事實上，在目前制度下，上開102年度的最高法院判決中關於搜索強制處分的各判決，即是在處理事前審查下所產生的爭議。因此，對於既有證據的難分難捨，並不是因為以事前審查或事後審查而有所差別，而須賴於各種實務、學說的累積和討論以建立權衡的標準和法則。所以若用這個爭議來批評事後審查會導致不公平云云，即顯得並未針對問題核心，且無助於改善這個因為人性偏好而產生的現象。

第五款 小結

由上開分析可以得知，將搜索強制處分由目前的司法權事前介入，修正為事後審查的制度，不但可以提升法官審查的品質與公正性，亦可以促進檢察官在效率與人權保障間，尋求一個最佳的平衡，並有助於增加人民對於司法的信賴程度。

在此同時，之前2000年修法前所擔心的疑慮，均無礙於司法事後審查的制度設計。事實上，現行法制就已經存在了許多以行政權

自主決定的，類似搜索的行政處分¹⁰¹，例如：

一、個人資料保護法

個人資料保護法第22條的1項至第3項即分別規定：「中央目的事業主管機關或直轄市、縣（市）政府為執行資料檔案安全維護、業務終止資料處理方法、國際傳輸限制或其他例行性業務檢查而認為有必要或有違反本法規定之虞時，得派員攜帶執行職務證明文件，進入檢查，並得命相關人員為必要之說明、配合措施或提供相關證明資料。」、「中央目的事業主管機關或直轄市、縣（市）政府為前項檢查時，對於得沒入或可為證據之個人資料或其檔案，得扣留或複製之。對於應扣留或複製之物，得要求其所有人、持有人或保管人提出或交付；無正當理由拒絕提出、交付或抗拒扣留或複製者，得採取對該非公務機關權益損害最少之方法強制為之。」、「中央目的事業主管機關或直轄市、縣（市）政府為第一項檢查時，得率同資訊、電信或法律等專業人員共同為之。」、「對於第一項及第二項之進入、檢查或處分，非公務機關及其相關人員不得規避、妨礙或拒絕。」上開所謂「進入檢查」、「扣留」，其形態已與刑事訴訟法上之「搜索」、「扣押」極其類似。該法又賦予執行人員對於拒絕提出、交付或抗拒扣留或複製者，得施以強制力；此外，又科以受進入、檢查或處分之人不得規避、妨礙或拒絕之義務，並於同法第24條規定受處分人得聲明異議與行政訴訟之相關救濟程序。在整個程序中，完全沒有事前的司法權介入，而係由中央目的事業主管機關或直轄市、縣（市）政府等行政機關自行決定，並將

¹⁰¹當然，這些行政處分的強度與效果，和刑事訴訟法所規定的搜索尚無法全然相提並論，但其對於人民隱私權的侵害，甚至對於人民財產之使用、收益、處分權的限制，亦不應小覷。

可能發生的全部爭議，分別交由行政機關自行檢討修正(聲明異議程序)，或司法機關之救濟(行政訴訟)。雖說這樣的檢查、扣留程序僅係對於行政不法的調查手段，且因這樣的調查所得到的證據資料是否在刑事訴訟程序中具有證據能力，並不是沒有爭議，然而在此行政調查過程中，造成對於人民隱私權、財產權，甚至營業秘密等侵害，均不亞於搜索、扣押強制處分對人民相同基本權力造成的衝擊。如果像這樣強度已經相當於搜索、扣押的行政檢查方式及救濟程序是可以運作的話，本文所主張的司法權退出搜索之事前審查，改由事後純粹以救濟途徑的角色介入並檢視該強制處分之作成、執行過程，也應是可行之途。

二、水污染防治法

水污染防治法第26條規定：「各級主管機關得派員攜帶證明文件，進入事業、污水下水道系統或建築物污水處理設施之場所，為下列各項查證工作：(一)檢查污染物來源及廢(污)水處理、排放情形。(二)索取有關資料。(三)採樣、流量測定及有關廢(污)水處理、排放情形之攝影。」、「各級主管機關依前項規定為查證工作時，其涉及軍事秘密者，應會同軍事機關為之。」、「對於前二項查證，不得規避、妨礙或拒絕。」、「檢查機關與人員，對於受檢之工商、軍事秘密，應予保密。」，同法第50條則規定：「規避、妨礙或拒絕第二十六條第一項之查證者，處新臺幣三萬元以上三十萬元以下罰鍰，並得按次處罰及強制執行查證工作。」也與上開個人資料保護法類似，各級主管機關亦無須由司法權審核過後，取得如「搜索票」這樣的令狀，即可「進入事業、污水下水道系統或建築物污水處理設施之場所」，為各項查證工作，同時可以對規

避、妨礙或拒絕上開查證者，以強制之方式排除其阻礙。這樣的「查證」，其形態已與刑事訴訟法上之「搜索」相當，然而同樣的，依水污染防治法規定，在這裡進入事業、污水下水道系統或建築物污水處理設施之場所進行上開查證，亦毋須在事前經過司法權的介入審查。

三、海關緝私條例

海關緝私條例第9條規定：「海關因緝私必要，得對於進出口貨物、通運貨物、轉運貨物、保稅貨物、郵包、行李、運輸工具、存放貨物之倉庫與場所及在場之關係人，實施檢查。」而所謂實施檢查，其強度也與刑事訴訟法上的「搜索」類似。而財政部更於民國80年7月1日以台財關字第800229367號函，訂立海關因緝私必要得施予破壞性檢查之處理原則：（一）海關於查驗貨物時，遇有左列情形之一者，得施予破壞性之檢查：1. 密告走私槍械毒品案件，或雖無密告，但依客觀資料研判有藏匿槍械毒品之可能者。2. 其他經依現況研析，認為有予以破壞性查驗之必要，報經一級單位主管核可者。（二）於施行破壞性檢查時，應於扣押憑單上註明破壞之事實或另付與證明書。（三）經施予之破壞性檢查而查無結果者，對合於國家賠償法規定要件之案件，依同法規定賠償，倘不合於國家賠償法之賠償要件，則仍予適當補償。」更明白表明在行政檢查及刑事搜索重疊的地帶，可以毋須取得搜索票，只要報經一級單位主管核可，就可以施行破壞性檢查，事後若查無結果，只須予以適當補償或國家賠償。

此外，同條例第10條規定：「海關有正當理由認為違反本條例情事業已發生者，得勘驗、搜索關係場所。勘驗、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勘驗、搜索時，應邀同其管理人在場見證。」、「前項關係場所如係政府機關或公營事業，勘驗、搜索時，應會同該機關或事業指定人員辦理。」第11條則規定：「海關有正當理由認有身帶物件足以構成違反本條例情事者，得令其交驗該項物件；如經拒絕，得搜索其身體。搜索身體時，應有關員二人以上或關員以外之第三人在場。搜索婦女身體，應由女性關員行之。」第13條規定：「勘驗、搜索不得在日沒後日出前為之。但於日沒前已開始施行而有繼續之必要，或違反本條例之行為正在進行者，不在此限。」第14條規定：「勘驗、搜索應將經過情形作成筆錄，交被詢問人或在場證人閱覽後，一同簽名或蓋章。如有不能簽名蓋章或拒絕簽名蓋章者，由筆錄制作人記明其事由。」這些規定，幾乎把刑事訴訟法中關於搜索的決定、執行等程序全套搬進來了，除了搜索票的取得之外。然而大法官會議多次對於海關緝私條例的其他條文加以檢驗¹⁰²，就是沒有對於這個部分認為有何違憲的疑慮。在同樣的標準之下，認為刑事訴訟法中的搜索令狀必須要由法官簽發始屬合憲的主張，似乎就無法那麼理所當然的成立了。

四、電影法

電影法第32條規定：「電影片映演時，主管機關得派員攜帶證件臨場查驗，如發現其映演有依本法應予扣押電影片之情事者，由主管機關扣押其電影。」、「省（市）、縣（市）主管機關依前項

¹⁰² 例如司法院釋字第 648 號、第 521 號、第 495 號、第 439 號、第 281 號、第 211 號、第 40 號解釋。

規定扣押電影片時，應即將全案送請中央主管機關核辦。」這樣像是戒嚴時期才有的規定，可是從1983年11月18日制定公布到2009年1月7日電影法第6次修正以來，都一直存在著的條文。當然，上開條文所謂的「應予扣押」事由，並不當然全都是為打壓表意自由或藝術創作，其中也有與公共安全、工商管制或電影分級相關者。但像這樣的臨場查驗、扣押電影，如果是發生在刑事訴訟的搜索、扣押的時機，無論如何是一件大事，可能會引起的爭議可想而知，然而，電影法在這裡規定，主管機關只要攜帶證件就可以臨場查驗，而且可以在電影片映演時臨場查驗，其間的輕重失衡，顯而易見。雖然在臨場查驗的決定程序上，規定過於簡陋，但這也是行政權自行決定相當於搜索、扣押強制處分強度的其中一例。

五、有線廣播電視法、衛星廣播電視法

有線廣播電視法第73條規定：「主管機關得派員攜帶證明文件，對系統實施檢查，要求經許可籌設有線廣播電視者或系統經營者，就其設施及本法規定事項提出報告、資料或為其他配合措施，並得扣押違反本法規定之資料或物品。對於前項之要求、檢查或扣押，不得規避、妨礙或拒絕。第一項扣押資料或物品之處理方式由中央主管機關定之，其涉及刑事責任者，依有關法律規定處理。」另外，衛星廣播電視法第42條亦規定：「主管機關得派員攜帶證明文件，對衛星廣播電視事業或境外衛星廣播電視事業分公司、代理商實施檢查，並得要求就其設施及本法規定事項提出報告、資料或為其他配合措施，並得扣押違反本法規定之資料或物品。對於前項之要求、檢查或扣押，不得規避、妨害或拒絕。第一項扣押資料或物品之處理方式由中央主管機關定之，其涉及刑事責任者，依有關

法律規定處理。」在這裡，不但讓主管機關有對於該等媒體事業實施檢查、扣押的權力，甚至明定可以將所扣押之資料或物品，可以供作追究刑事責任時之用，亦即主管機關的檢查及扣押，其強度與刑事訴訟法上搜索、扣押程序已經差異甚微了。如此一來，刑事訴訟法關於搜索、扣押的規定，在有線廣播電視法、衛星廣播電視法的範疇內，已經失去其司法權事先介入，控管、過濾行政權行使此類強制處分合法性的效用了。這樣的規定方式是否代表著司法權審查搜索票的核發，並非邏輯上，或是保障人民權益上的必然結果，尚不得而知。但是可以肯定的事，立法者在思考主管機關檢查媒體事業的過程，並未把司法事前審查，或是所謂的令狀原則，放在這個地方作為規劃制度的前提。因此，搜索票的核發在這樣的標準下是否一定要堅持司法權的介入，值得深思。

六、消防法

消防法第26條規定：「直轄市、縣（市）消防機關，為調查、鑑定火災原因，得派員進入有關場所勘查及採取、保存相關證物並向有關人員查詢。火災現場在未調查鑑定前，應保持完整，必要時得予封鎖。」也是類似的行政權搜索、扣押的規定。因為即使是火場，仍然是人民的領域，在火災過後，所有權人或是使用人還是擁有該處所的隱私及排拒國家公權力隨意進入之權力，更何況法條規定的是「有關場所」，亦即，即使是火場以外的場所，只要相關，就有上開條文的適用。直轄市、縣（市）消防機關，只要是為調查、鑑定火災原因，無須任何搜索票即可進入，甚至可以反客為主，封鎖火災現場。在一般刑事，即使是兇殺案，也還無法在沒有搜索票，且沒有各種附帶搜索、逕行搜索、同意搜索等無票搜索條件下，即

以由偵查機關直接進入現場，甚至封鎖現場。這樣的規定方式也代表著，司法權的事前審查並非絕對，搜索的制度若在的作成時能更加謹慎、救濟程序能更加完善，並非不能把決定搜索的權限交由行政權自行決定。

雖然這些行政法規，就侵入人民私領域以蒐集相關資訊的規劃，並不是很完整，就民眾隱私、財產等各種基本權的保護有所欠缺，救濟程序亦未完善，但正因為上開各種行政法規的存在，讓我們可以思考，除了如限制人身自由等重大基本權利的強制處分，仍應由中立的司法機關介入審查外，其他尤其是性質上處斷必須迅速，而且對於人民基本權利侵害程度較小的強制處分，例如搜索票的核發，將其決定權回歸行政權，並非毫無可行性。這樣的規劃除了讓政府的各種權力，包括行政權、司法權，可以發揮最大的效能外，更讓行政、司法這兩種權力的制衡功能上更名符其實，不再曖昧不明。因此將司法權的審查由搜索執行前的階段抽出，改於執行後再就其合法性及效果進行司法審查，應是一個合理且可行的方向。

第四章 偵查階段搜索權審查機制的重新規劃

若將司法權的審查在搜索票之核發階段抽出，偵查階段的搜索制度又應該如何規劃呢？本文認為，除了核發程序得謹慎度應該加強外，其救濟途徑的完善，更應該是立法的重點，茲分別說明如下。

第一節 搜索令狀核發程序

第一項 核發權人

依本文一貫的主張，偵查階段中搜索令狀的核發權力，應該回歸給行政權體系的偵查主體決定。在我國的體制中，檢察官對於司法警察有調度指揮之權，因此應係以檢察官為中心，由檢察官主導犯罪偵查的方向、進度與實際執行；同時，檢察官也是法律專家，對於各種法律規範、事實涵攝的判斷，亦屬檢察官之專長；此外，檢察官在積極發現真實之餘，也兼具了節制警察機關反應過度或濫用權力的責任。因此偵查時之搜索票，應由檢察官作控管，而非逕交由司法警察決定。

不過檢察官身為犯罪偵查主體，如果有意以搜索當作自己承辦案件的偵查手段，在自身利害相關背景下，若將人性考量進來，其發動搜索必要性的考量或許會有過於寬鬆的可能性。尤其是當單一個人即可決定並執行其發動搜索的偵查作為時，公權力侵害人民法益的必要與否，完全取決於該檢察官一念之間，這樣的制度是相當危險的。站在偵查權主體的立場，搜索之必要性是否存在，雖然屬其可以自行決定的範圍，然而在客觀上，必要性存在與否本身在一定的範圍，是應該可以接受檢驗的。除了事後當司法介入時，可以

審查搜索決定之裁量是否逾越權限範圍或濫用外，在事前，原本就可以利用行政上下級之間的指揮監督權限，對檢察官的決定，就是否合法、必要等要件，作更深入的控管。為了排除個別檢察官寬以待己流於恣意的可能性，利用檢察體系的層層節制作為對於搜索令狀核發前的把關，是重要而且必要的。

本文認為，在每個檢察署都應該由檢察長責成一位資深的主任檢察官作為審查主任，在無須負責偵查案件的職務狀態下，經由檢察長的授權，審查檢察署內所有檢察官關於發動搜索的申請。這位主任檢察官應該是資深的，經驗尚比較足夠，也比較不會禁不起其他檢察官希望通過核准的壓力而放水。此外，這位主任檢察官不應有偵查案件在手上，一來可以避免在搜索令狀的審查上對自己的案件特別寬鬆而標準不一引發爭議，二來也不會因為辦案上的何作而有利益交換的機會，本身也可以站在一個比較公允、超然的立場去看待所有簽報搜索的案件，毋庸因急於破案或有所表現而作出偏頗的決定。在單位編制人力不足的情況下，審查主任可以兼任執行科及其他中性的行政事務，但因其負責審查全檢察署之搜索令狀之核發，所以也不宜加諸太多額外的負擔。

程序上每個檢察官欲發動搜索，除了符合無令狀搜索的情形外，都應該事先向審查主任簽報，經由審查主任以其長年偵辦案件的經驗，以及各級法院在實務上以確定判決、裁定累積而成之通常見解，對每個簽報搜索的案件逐一過濾，在合法性與必要性各方面作出篩選。若條件符合，則准許該檢察官以自己名義簽發搜索令狀；若其合法性或必要性仍有疑義，即可利用現制，依法院組織法第63條第1項、第2項報請檢察長以指揮監督所屬檢察官的方式，要

求簽報欲行搜索之檢察官再予說明、補正缺漏或者重新思考發動搜索強制處分的必要性。受指揮監督之檢察官依法院組織法第63條第3項及法官法第92條第1項之規定，除有違法之情事外，對於檢察長之指揮監督應服從之。

當然，上開負責審查令狀的主任檢察官，也難免會有誤判或是其他人謀不臧的情況發生，但一來這樣的審查機制會有下述的問責機制提高審查者的自我要求，再者審查主任只能被動審查檢察官簽報的搜索強制處分，不能主動要求偵辦案件之檢察官實行搜索，其自己亦無負責偵查業務，亦無法自行發動搜索，因此縱算有前述之誤判或不法情事，只要不是和簽請審核的檢察官互相勾結，其結果最多是不准許搜索，雖然有時會延誤辦案，但至少不會發生無故侵害人民權益的現象，也能將可能發生的損害降至最低。

另外，因為上開指揮監督涉及強制處分權之行使，依法官法第92條第3項的規定，檢察長之命令應以書面附理由為之。而檢察官若依然認為搜索合法且必要而不同意檢察長之書面命令時，得以書面敘明理由，請求檢察總長或檢察長親自處理其所指揮監督之檢察官之事務，並得將該事務移轉於其所指揮監督之其他檢察官處理

¹⁰³。因此，檢察長所為的任何指揮監督都會留下紀錄，若是將來發

¹⁰³法官法第92條第3項規定：「檢察長前項指揮監督命令涉及強制處分權之行使、犯罪事實之認定或法律之適用者，其命令應以書面附理由為之。檢察官不同意該書面命令時，得以書面敘明理由，請求檢察總長或檢察長行使法院組織法第六十四條之權限，檢察總長或檢察長如未變更原命令者，應即依第九十三條規定處理。」

生爭議，屆時可作為評鑑或釐清責任的依據。

至於何以檢察官名義出具的搜索令狀必須經由這樣的程序始能發布的原因，本文認為，同為行政權體系內的偵查機關，在職權行使上，與司法權的獨立行使不同，在執行其職務的過程中，原本就是一個團隊作戰的模式，除了在缺陷與不足之處相互支援外，尤其在具體對外發生法律效果的重要作為時，更應有層層節制的控管，才能以謹慎穩健的作法完成其行政目的。因此用上開程序作為檢察官搜索之事前審查，仍符於權力本身之性質。以起訴書為例，檢察官本身即是偵查機關，依刑事訴訟法第264條第1項之規定：「提起公訴，應由檢察官向管轄法院提出起訴書為之。」因此起訴書是以檢察官自己名義具名，抬頭也是「○○地方法院檢察署檢察官起訴書」，然而實際上每份起訴書均係由檢察官所屬之主任檢察官審閱¹⁰⁴後，始能蓋用檢察署關防作成起訴書正本，故搜索令狀之簽發仿照此流程，應符合檢察一體之性質¹⁰⁵。

¹⁰⁴ 法務部依照法院組織法第78條授權所訂定之地方法院及其分院檢察署處務規程第14條規定：

「下列事項由檢察長處理或核定之……二、主任檢察官、檢察官辦案書類之核定」，及第27條第1項規定：「檢察官執行職務撰擬之文件，應送請主任檢察官核轉檢察長核定」，即旨在使檢察長於案件終結對外發生效力前，得透過檢察官辦案書類送閱過程，於核定之前，得以最後決定是否行使職務收取權或職務移轉權。

¹⁰⁵ 實務上曾發生花蓮地檢署李子春檢察官於將所擬起訴書送閱後遭退回，並被要求補正及增強立論依據，李檢察官遂於2004年12月1日跳過公文流程，以自行郵寄之方式將其具名之起訴書寄交花蓮地方法院起訴。嗣後花蓮地院合議庭認為，如果起訴書因未送閱即逕行起訴，則因已剝奪檢察長的職務移轉和收取權、侵害檢察一體原則，起訴程序會因為違背檢察一體規定而不合法，但因李檢察官曾將草擬之起訴書送閱，並未完全剝奪檢察長行使職務收取權和職務移

第二項 審查方法

關於上開檢察署自我審查搜索令狀的程序，其標準應與司法權審查本案，甚至於事後審查搜索處分合法性(如後述)的標準有所區別。此階段的犯罪偵查雖已有大致上的目標並且開始進行追訴作為，然對於案情的掌握及犯罪嫌疑人的確認，常僅屬於渾沌不明的狀態，且調查行為常有時效及急迫性，若不及時反應，常失其先機。若在此階段要求以判斷有罪無罪之嚴格證明作為審查標準，無異使偵查機關窒礙難行。因此在這個階段對於搜索令狀的審查，應只須要求自由證明的程度即可。

不過為了彌補審查標準偏低，在部分狀況下未必能有效保障被搜索人之權益，而且礙於時間急迫性的因素，有時無法立即判定聲請者所提依據的真偽，事先審查不免流於形式。因此，已聲請搜索之結證制度¹⁰⁶作為配套，課予聲請者具結之義務，亦即檢察官在簽報主任檢察官核發搜索票時，除相關卷證外，尚須附具聲請本件搜索之司法警察所簽具的結文，並於其故意提供不實資訊或作偽證時，科處行政罰或處以偽證罪之刑責，以擔保其所為之真實性。此外，接受司法警察聲請搜索之檢察官亦應自我審查，過濾掉一部分要件不符，或是以搜索作為偵查手段並不適當的案件，而非甘於作

轉權的機會，因此全案的起訴程序屬於合法。詳見臺灣花蓮地方法院93年度選訴字第2號、臺灣高等法院花蓮分院94年度選上訴字第14號刑事判決。

¹⁰⁶ 參閱王兆鵬，論無預警強制處分權之實質原因，收錄於搜索扣押與刑事被告的憲法權利，2000年，頁25以下、林鈺雄，搜索修法之回顧與前瞻，收錄於刑事法理論與實踐，頁347，一版，2001年8月。

司法警察聲請搜索票之橡皮圖章，失去其偵查主體追訴犯罪的主導地位。

第三項 問責機制

或有認為何以要設計由上述的主任檢察官來作搜索票核准與否的事前審查？這樣的人是否足夠公平、公正，以勝任搜索審查的角色？本文同意，因為主任檢察官畢竟是屬於檢察體系的一部分，即使有上開職務上事務分配的設計以避免人情放水或利益交換，然而，作為被告或犯罪嫌疑人的對立方，與法官比較起來，其定位偏移自是難免。不過，正如本文一再強調的權力分立原則與角色定位，由主任檢察官擔當事前審查的主體，其意義並非在於取代法官的地位，而是在於尊重行政權之行使。因此所謂的「公平、公正」，並不是我們冀望這個角色必須絕對堅守的特性，因為這樣特性需要的身分保障、持平聽訟等制度作為屏障，然而這並非檢察體系之本質強調的。但是在制度設計上，要怎麼樣避免職權的濫用，並且在一定程度上保障被搜索人的基本權利？其中的關鍵，就在於「問責機制」。

搜索令狀的核發有上開檢察署的自我審查程序把關，但是若缺少相當的問責機制，這樣的審查制度還是難免會因為怠惰或是同事之誼，久而久之會出現審而不查或類似的其他弊端，所以用他律的方式建立依定的問責機制是必要的。

本文認為，最基本的是要透過法院確定見解的整理，作為框架主任檢察官審核搜索票的依據。目前偵查機關向法院聲請搜索票

後，法院僅會以簡單的例稿交代駁回聲請的理由，並不要求對於事實的涵攝以及法律之適用作任何交代，在准許的情況，更是可以沒有任何理由即發出搜索票，因此不論准駁，聲請搜索票的司法警察官或檢察官往往對於法院為何准許、為何駁回的原因一頭霧水，尤其在駁回聲請的狀況，有時法院僅僅在書面上記載與法定要件不符、缺少證據等抽象的寥寥數語，根本無從得知法官真正的想法，就算想要補正也無從著手，更別說是建立一套可以讓所有人可以有預期和遵循的標準了。而實務上關於搜索強制處分的爭議，頂多可以透過一般刑事判決的理由加以交代，但是數量甚少，能夠上訴到最高法院，或形成確定見解者，更屬鳳毛麟角。所以當偵查機關的搜索令狀聲請被駁回之時，其困惑與不滿之情油然而生，可以想見。

如今透過司法權事後審查制度的建立(如下述)，法院就搜索令狀核發及執行的爭議，以確認之訴的方式作實體審查，並須以具體的理由交代法院係採用什麼樣的見解，如此一來，偵查機關對於法院在何種情況下支持搜索票的核發，在何種情況下認為搜索票不合法，理由為何，均一目了然，在累積相當時日後，便可以作為一個共識，並由檢察署內審查的主任檢察官據以作為搜索令狀核發與否的標準。

有了這樣的標準，就可以作為在檢察署內負責自我審查搜索令狀者的問責依據了。在每一次搜索的爭議進入事後審查的司法訴訟程序後，一旦法官確認搜索票之核發違法，接下來就必須就必須由檢察署的內部，由一個類似現在檢察官評鑑委員會的組織，裡面除了檢察官外，也有法官代表、社會公正人士等外部委員，一起來審

查就這個法院認定的違法搜索，究竟是哪個環節出了問題，審查令狀的主任檢察官是否有故意、過失，把關不力的情況，然後再決定相關人員的責任與對應的處分。當然，並非所有違法搜索令狀的核發都有歸責於搜索機關或是審查搜索票之人的問題，在一定的範圍之下，我們也必須要尊重行政機關對於搜索票核發與否的判斷，不能以所謂的「後見之明」來衡斷與批判先前的核發動作係可歸責的。只是因為從事後來看，整件事情的前因後果都可以看得比較清楚，比較能夠理解作決定那個人的心理和判斷過程，因此就能否、應不應該歸責可以作出一個合理的責任釐清。

本文認為，當檢察署內有一個有相當資歷及威望的主任檢察官，可以就偵查機關就所有搜索票的聲請逐一把關審查，對於聲請人而言，本身就具有一定的壓力，不至於濫行聲請，或是便宜行事。在核發搜索票之後，若發生爭訟，則有司法權於事後介入審查，可以站在中立的觀點判斷該搜索票核發的合法性。一旦法院認定核發搜索票有違法情事，在侵權行為損害賠償、本案訴訟的證據能力方面，就分別交由民刑事的承審法庭去認定，至於行政上的處分，應交由檢察署，或是檢察機關的上級單位，組成一個如上述的委員會，在含有外部委員參與的情況之下，對於聲請、審查系爭搜索票的人員逐一檢視，若認定確實有一定程度的疏失，甚或是有重大過失、故意，則應課以相當的懲處，並且作成檢討報告，以防止類似情事再度發生。

第二節 搜索強制處分之救濟

第一項 審查程序

現行偵查階段的搜索令狀是由法院核發，因此相對應的在救濟方式的制度設計上頗為複雜。首先是關於偵查機關不服法院決定的部分，依照刑事訴訟法第128條之1第3項的規定，無論是檢察官或司法警察官，其聲請法院核發搜索票經法院駁回者，均不得聲明不服。這主要是因為偵查機關就搜索票的聲請有迅速、隱密的要求，若就同一搜索票之聲請個案在救濟程序上一再爭執，恐於時效上不符實際需求。另外，駁回搜索聲請的決定並沒有一事不再理的效力，偵查機關仍然可以用相同的事由向該管法院再次聲請，所以在此斷絕偵查機關對於駁回搜索聲請的救濟途徑，並不會對於聲請人的權力有重大影響。

其次是被搜索人對於搜索令狀之核發不服的救濟。目前的規範設計上大致分為三種，亦即抗告救濟(刑事訴訟法第404條)、準抗告救濟(刑事訴訟法第416條)及特別救濟(刑事訴訟法第131條第3項、第137條第2項)。對於法院裁定不服的抗告救濟法院，為原裁定法院的直接上級法院。而準抗告救濟的法院，則是原處分的個別法官所屬法院，或是檢察官所屬檢察署的對應法院。另外特別救濟程序的法院，則與準抗告救濟相同，均是於依本案管轄規定之法院所管轄。

本文主張由偵查機關自行審核的方式簽署搜索令狀，司法機關則負責事後的審查，因此現行規定的第一種抗告救濟方式(亦即對於由法院作成搜索裁定的救濟)，在偵查階段自無再適用之餘地。

又偵查中，亦無個別法官以處分之方式簽發搜索令狀的狀況，因此若將搜索票的核發改由檢察官為之，相當於檢察官在偵查犯罪過程中所為之處分，則法院的事後審查會是比較類似現制的準抗告救濟規範。至於特別救濟的程序，因為刑事訴訟法第131條第1項、第2項的搜索，本身就是一種偵查機關自行決定的強制處分，三日內陳報法院准許的規定，本身就是一種司法事後介入審查的程序，與本文主張的模式是相當的。但值得注意的是，在刑事訴訟法第131條第1項的情形，是有可能由檢察事務官、司法警察官或司法警察自行為之的無票搜索，在此狀況下應另外由法院以無票搜索的規範事後審查。惟就檢察官而言，當賦予檢察官簽發搜索令狀的權限時，檢察官在刑事訴訟法第131條第1項、第2項的情形，亦應自行簽發搜索票始得為之。但在上開條文規定的要件下，通常是在情況急迫的場合，所以在這種情形下，可以讓檢察官跳過上開檢察機關自我審核搜索票的過程，讓偵辦案件之檢察官可以隨機應變，以較快的速度完成搜索票的簽發。但不管如何，搜索完成之後，均必須向法院陳報以審查其合法性。

另外，就無票搜索的部分，雖然可能數量相當龐大，且多數其搜索之執行並無爭議性，但本文仍認為在此情形，執行搜索之機關仍必須作成搜索報告，釋明具有刑事訴訟法第130條或第131條的1項狀況，或附上被搜索人之同意書，提出法院備查，以供若日後就搜索行為產生爭議時檢視之用。若無票搜索所得日後成為檢察官起訴所提出之證據，則法院於準備程序時應先檢視該證據之適格性，自不待言。

第二項 審查方式

因為搜索這種強制處份的性質使然，由檢察官簽發搜索票後，會在保密的狀態下，不會讓被搜索人知悉搜索令狀已然簽發，直到開始執行搜索。且搜索行為通常不會持續太久，在甚為短暫的時間內即已執行完畢，所以被搜索人尋求救濟的時間一般是在搜索處分執行之後。因為並非所有的搜索行為在決定或執行上均會出現爭議，因此在審查上，只要充分向被搜索人揭露可得救濟之規定即可，甚至不須如一般訴訟案件需要傳喚被告到庭，只要發動搜索之機關向審查法院釋明有對被搜索人告知相關權利、被搜索人對搜索之決定及執行過程是否有異議等事項即可，若在救濟期間內被搜索人並未提出不服，則法院可將偵查機關陳報之搜索案件存卷備查。反之，法院應將該搜索案件進程序及實體的審查。

正如前述說明提到的，因為搜索令狀核發前後，均是秘密進行的，而搜索之執行持續之時間亦短，因此在救濟程序提出之際，一般來說都已經在搜索行為終結之後了，此時救濟的對象究竟為何？撤銷的標的又是什麼？即出現疑義。如果此次搜索的結果確有所獲，那麼搜索行為遺留下來的繼續型態，就轉換成為扣押，而救濟的結果，就是決定扣押應否撤銷及扣押物是否發還。但如果執行搜索毫無所獲，那麼事後審的審查方式，其實就是以法院的裁定，宣示已經終結的搜索行為違法，也就是德國法創設的「刑事訴訟法的確認訴訟」，於刑事訴訟程序引進行政訴訟的確認之訴(確認已經終結的行政處分違法)¹⁰⁷。

¹⁰⁷參閱林鈺雄，搜索修法之回顧與前瞻，收錄於刑事法理論與實踐，頁375，一版，2001年8月。

在確認已經終結的搜索行為違法之後，有兩個重要的實益，首先是因為搜索之行為確認違法，則該搜索行為所扣得之物是否為合法適格之證據，就不那麼理所當然了，接下來法院就必須要判斷這個因違法搜索而取得之證據，是否具有證據能力。其次，搜索行為違法，也會涉及到決定搜索或執行搜索之公務人員對於違法搜索是否有故意過失，應否負相關之民刑事責任的問題。當然，這兩個接續下來的問題，並非因為違法搜索的確認而有相對應的必然答案，是否具有證據能力、公務員是否應負相關民刑事責任，仍需要因個案情形而異其決定¹⁰⁸，但是搜索違法與否的確認對於這兩部分問題的解決，具有重要意義，也因此司法權介入搜索令狀的審核時，選擇以此作為事後審查的標的，應是十分洽當的。

第三項 審查基準

因為司法權是在搜索決定並執行之後的階段才介入審查的，在這個階段既然被搜索人都已經被執行搜索了，也認識到這個搜索決定的存在，所以一般而言是沒有再繼續保密的需要，程序上應該可以讓被搜索人全程參與，並提出相對應的供及防禦方法。當然，偵查作為因為犯罪的形態而異，可能是會持續一段期間的，或許難免

¹⁰⁸違法搜索與證據使用禁止間，並非等同的關係，此可參見林鈺雄，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。同樣的，違法搜索與偵查官員是否構成民事上之侵權行為、刑事上之不依法令搜索罪，亦各自有其構成要件該當與否的問題，亦不能等同視之。此可參閱林鈺雄，搜索修法之回顧與前瞻，收錄於刑事法理論與實踐，頁382，一版，2001年8月。

會出現如同通訊保障及監察法第15條第1項之有妨害偵查目的之虞的狀況發生。但在即使此情況下，法官在作事後審查時，仍然可以接收到偵查機關、被搜索人雙方的資訊與意見，以作出一個公平的裁決，只是關於審查過程是否公開、判斷理由及依據是否能讓被搜索人知悉，可以制定一定的規範，在犯罪偵查上有延續的需求，使得相關資訊不能公開以免妨礙偵查目的的情況下，經過法官審查後，讓審查過程、判斷理由可以「暫時的」不公開，直到法官認為保密之必要性低於資訊公開的需求為止。

另外，對偵查中搜索的事後審查標準，是否和現行法院核發搜索令狀的審查一樣，只能限於對搜索合法性的審查，而不及於是否妥當的判斷？本文認為，行政權的裁量有一定的界線，在裁量逾越、裁量怠惰或裁量濫用的情形，司法權原可認定行政處分違法¹⁰⁹，但是這個原則，在受理具體案件時，對裁量瑕疵認定的尺度本來就會因個案之情形而有所不同，司法審查寬嚴的尺度亦會因事物型態而有所異。在搜索令狀事後審查的這個範疇，因為法院已經可以接收兩造從不同觀點提出來的說法，對於整件事情的起因即結果也有了一個比較完整的認識，因此在審查上適合針對搜索處分的必要性作比較嚴格的檢視。亦即，司法權在事後審查時，搜索行為已經告一個段落，按理法院應該可以對於搜索的來龍去脈有一個很清楚而且全面性的觀察，對於搜索處分之決定的必要性、是否屬於侵害最小的手段，有否符合比例原則的要求等，亦應能夠掌握全貌。而且，被搜索人因為違反比例原則之搜索而受有損害既然是一個確

¹⁰⁹參閱吳庚，行政法之理論與實用，頁122，增訂六版，2000年9月。

定的事實，不論搜索之決定者或執行者應否負相對應的民刑事責任，若該損害是因為不符比例原則而可歸責於偵查機關，那麼法院仍然必須就受有損害之被搜索人有所回應，而非視而不見，一股腦兒的認為這是作成處分機關的裁量權限，事不關己。在這種情況下若已掌握全盤事實的司法權迴避審查，行政權亦不自我檢討，甚至官官相護，那麼因此受侵害的民眾豈不投訴無門，只好自認倒楣？因此本文認為，除了合法性的審查外，對於妥當性、必要性、目的性等比例原則的要求，並不是司法審查絕對的禁區，應該也要讓事後審法院有一個比較大的審查空間，若搜索令狀之作成有明顯違反比例原則的狀況，應將此認為是屬於裁量濫用或裁量怠惰情形，而認為搜索處分的作成違法。

至於以搜索處分作為偵查犯罪手段的案件，若日後確因符合起訴門檻而繫屬法院進行實體爭訟程序，該法院是否有權重新認定搜索處分的合法性？本文認為，先前判定搜索處分合法與否的法院雖非本案審判程序，但其所審判之性質既為「刑事訴訟法的確認訴訟」，相當於行政訴訟的確認之訴，因此不再是刑事訴訟程序上之中間裁判，而是由法院予以實體審查的確認判決，以行政訴訟之舉證責任分配規則作為判斷標準，並具有其既判力的法律效果。日後本案繫屬法院就搜索處分合法與否之判斷，亦應受其拘束，除非出現新事實、新證據，以相當於再審之事由及程序重新審查，並應在判決中清楚交代所憑的依據及理由，始得作出與先前確認訴訟判決相異之判斷。

第五章 結論

刑事訴訟法常有被稱為是「小憲法」的說法，國家的憲政理念，尤其是人權保障的貫徹，往往透過刑事訴訟程序的規定具體實現。國家刑罰權行使過程，須要偵查機關努力追訴犯罪、蒐集證據及舉證說服審判者認定事實及適用法律。在這過程中，立法者賦予偵查機關一定的權限，相當於行政權的行使，當然也應對偵查者所行使的權力作一定的制衡。因此刑事訴訟法的監督、制衡機制，也是同樣是根基於憲法權力分立的精神。回到本文所探討的主題，亦即偵查階段搜索權的部分，本文並不反對偵查階段中，搜索令狀的核發過程必須要有監督機制，畢竟我們看過太多的歷史教訓，前述「權力使人腐化，絕對的權力絕對使人腐化」等名言確實是顛撲不破的真理。但是所謂的監督，必須是合理、適當且有效的監督，而非基於莫名的危機感而一味否定偵查機關的自我控制能力，並以此作為前提，使司法監督機制提早介入。因為司法審查有其極限，並非保證行政行為正確性的萬靈丹，在不適合的情況下強將司法審查加諸於行政作為，例如搜索強制處分的決定，除了無法有效發揮司法權應有的檢視功能外，還會徒然賠上司法權在人民心目中的信譽，這樣的制度設計，自有有深切檢討的必要。

參考書目

一、 書籍：

1. Claus Roxin著、吳麗琪譯，德國刑事訴訟法，台北，三民書局股份有限公司，1998年11月。
2. C. d. Montesquieut著，張雁深譯，論法的精神(上冊)，一版八刷，台北，臺灣商務印書館股份有限公司，1997年2月。
3. 王兆鵬，刑事訴訟講義(一)，初版二刷，台北，元照出版有限公司，2003年6月。
4. 王兆鵬，美國刑事訴訟法，台北，元照出版有限公司，2007年9月。
5. 王兆鵬，搜索、扣押與刑事被告的憲法權利，台北，元照出版有限公司，2003年。
6. 林山田，刑事程序法，五版一刷，台北，五南圖書出版股份有限公司，2004年9月。
7. 林鈺雄，搜索扣押註釋書，台北，元照出版有限公司，2001年。
8. 林鈺雄，刑事訴訟法(上冊-總論篇)，台北，元照出版有限公司，2000年9月。
9. 林鈺雄，檢察官論，台北，學林文化事業有限公司，2000

- 年5月。
10. 林鈺雄，刑事法理論與實踐，台北，學林文化事業有限公司，2001年8月。
 11. 高峰，刑事偵查中的令狀制度研究，中國法制出版社，北京，2008年8月。
 12. 吳庚，行政法之理論與實用，增訂六版，台北，三民書局股份有限公司，2000年9月。
 13. 陳樸生，刑事訴訟法實務，重訂十版，台北，三民書局股份有限公司，1995年9月。
 14. 陳慈陽，人權保障與權力制衡，二版，台北，翰蘆圖書出版有限公司，2007年3月。
 15. 湯德宗，權力分立新論，增訂二版，台北，元照出版有限公司，2000年12月。
 16. 湯德宗，行政程序法論，二版，台北，元照出版有限公司，2003年10月。
 17. 褚劍鴻，刑事訴訟法論(上)，第四修訂版二刷，臺灣商務印書館股份有限公司，2000年12月。
 18. 檢察官之搜索決定權不應歸法院行使說帖，法務部，2000年11月30日。

二、學位論文：

1. 鍾鳳玲，從檢察制度的歷史與比較論我國檢察官之定位與保障，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2008年6月。
2. 盧浩平，由權利分立檢討偵查中要式搜索權的歸屬，國立成功大學碩士論文，2003年6月。

三、 期刊論文：

1. Brent Holtkamp撰、蔡秋明譯，瑞士統依刑事訴訟法——瑞士檢察官自2011年起必須面對的若干新挑戰？檢察新論第8期，頁111-117，2010年7月。
2. Prof. Dr. Helmut Satzger撰、王士帆譯，法官在刑事偵查程序之角色——以德國與法國為例，頁314-329，檢察新論第11期，2012年1月。
3. 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。
4. 周志宏，我國獨立機關建制問題之研究，「第一屆公共行政與公法學術研討會暨吳英銓教授百歲誕辰紀念論文集」，國立台北大學公共行政及政策學系，2006年12月15日。
5. 陳瑞仁，新法下搜索扣押之理論與實務，台灣本土法學第26期，頁51-76，2001年9月。
6. 楊雲驊，法官保留與檢察官的緊急搜索權，法學講座第

5期，頁5-7，2002年5月。

