

第三章 逕行搜索之要件與沿革

第一節 立法修正沿革

鑑於八十九年及九十年間陸續發生多起檢警機關搜索不當或違法事件，諸如搜索立法院關於廖福本奇美假股票案及搜索中時晚報劉冠軍案，使檢察官於偵查中擁有搜索權之妥當性引起廣泛注意，繼民國八十六年修法將羈押權回歸法院行使之後，九十年再度修法將搜索權亦回歸於法院行使。本章將針對九十年的修法，究其始末，分述如下：

日期	紀事始末
2000. 8. 16	搜索廖福本案： 台南地檢署檢察官黃朝貴等四人，因偵辦奇美假股票案，率調查員北上搜索，其本欲搜所之處所乃立法委員廖福本之研究室及其位於大安會館(立委宿舍區)之居所，檢察官一行至立法院區後，通知研究大樓主任搜索事宜，但立法院長王金平隨即聞訊趕到，並以國會自治、搜索立法院區須經立法院長「同意」為由，阻止檢察官搜索研究室。最後，檢察官僅搜索廖福本於大安會館之居所，但未查獲奇美假股票。
2000. 8. 17	朝野協商： 立法院長王金平針對廖案搜索召開朝野協商，發表五點共識，對於大安會館列入立法院區已達成共識，而對檢察官進入院區搜索，在野黨堅持應得立法院長同意，並函覆行政院請查明廖案之搜索。
2000. 9. 30	中時晚報曝光劉冠軍案筆錄報導： 中時晚報大幅報導國安局劉冠軍上校洩密案，並於報導中曝光三關鍵人物(徐炳強、陳佩珏、卓昶廷)之筆錄一部份。
2000. 10. 3	搜索中時晚報案： 台北地檢署主任檢察官黃全錄以偵辦媒體報導劉冠軍案涉嫌筆錄洩密為由，率檢調人員於中時晚報編輯部於

	<p>相關記者(宋朝欽、廖嘯龍)住處逕行搜索且扣押稿單，並封鎖編輯部即限制人員之進出。此次搜索為搜索權歸屬之役展開序幕。</p> <p>數日之後，中時報系針對警方日前搜索敵起準抗告，並請求法院聲請大法官釋憲。</p>
2000.10.6	<p>立委研擬修法搜索權改隸法院：</p> <p>多位朝野立委召該記者會，表示將針對刑事訴訟法中，有關強制處分權規定提出緩衝設計，主張廢除檢察官之搜索權；立委李慶雄、邱太三等人擬修刑事訴訟法相關條文，規定檢警搜索時須聲請法院核發搜索票。</p> <p>隨即，法務部長陳定南遊說立委暫緩提案。</p>
2000.10.11	<p>針對中時晚報搜索事件，行政院長張俊雄指行政院將通過國家機密保護法及政府資訊公開法草案送審。朝野多位立委敵出刑事訴訟法第一二二條之一的增訂條文修正案，明定法官有必要時才得搜索媒體。司法院正式表態，秘書長楊仁壽表示，對於搜索權回歸法院，心嚮往之。</p>
2000.10.12	<p>法務部長陳定南以不利掃黑等理由，公開反對搜索權改隸法院。院部各自表述後，意見正式分裂，爭執持續至修法完畢。檢改會擬定之 A、B 版草案出爐，以供立委提案參考，並且積極主張，若搜索權改隸法院，需有完整的配套措施。其中 B 版後來成為邱太三版之基礎。</p>
2000.10.14	<p>陳鴻基版(院總字第 161 號委員提案第 3218 號)及林忠正版草案正式出爐(院總字第 161 號委員提案第 3222 號)。</p>
2000.10.17	<p>法務部本欲阻擋修正草案交付審查，但在院會兩次停會協商後，仍然失敗。</p>
2000.10.25~26	<p>立法院司法委員會召開「搜索權之歸屬」公聽會，邀請學界、法界人士參與。</p>
2000.11.8	<p>中時晚報準抗告案，首次開庭，再度重申檢方之不當搜索，並要求法官停止審判，聲請釋憲。</p>

2000.12.7	立法院司法委員會審查刑事訴訟法之修正案，待審版本超過十個，法務部長陳定南淤司法院秘書長楊仁壽針鋒相對。審查作成決議，以12月27日為底線，由李慶雄、高育仁、陳健治等三人負責將所有版本融合成一個版本。國民黨立委並表示，若逾期未能統合，將以國民黨智庫版(高育仁版)逕付二讀。
2000.12.22	報載四百餘名檢察官連署，反對搜索改隸法院。
2000.12.27	版本統合失敗，朝野對峙升高。法務部及部份民進黨立委希望將草案先擱置於委員會，而國民黨立委要求依上次會議決議，27日未審查完畢即應送院會逕付二讀，雙方之間相互角力。
2000.12.30	台灣刑事法學會舉辦搜索權限應否改隸法院之研討會，批評部分立委草率修法。
2001.1.2	由於朝野間整合之刑事訴訟法修正版本破裂，國民黨極可能在本會期最後一日(3日)逕將該黨版本逕付二讀，引起檢改會、調改會及民間司改會與刑事法學會五大團體之關切，因而將派代表至立院游說立委，呼籲立委謹慎立法。 國民黨立委於立法院會，堅持先通過刑訴修正案(原第四案)，才審總預算案(原第一案)。朝野對峙號展開協商。
2001.1.3	國內十餘名刑事法學者於自由時報發表連署聲明，要求訂立配套措施並反對逕付二讀。 經過一天協商後，朝野各讓一步，達成搜索權限改隸法院、增列檢察官緊急搜索權限及訂立半年緩衝期之共識，並於深夜三讀通過搜索新法。

九十年以前舊條文：

（逕行搜索）

- I 有左列情形之一者，司法警察或司法警察官雖無搜索票，得逕行搜索住宅或其他處所：
 - 一、因逮捕被告或執行拘提、羈押者。
 - 二、因追躡現行犯或逮捕脫逃人者。
 - 三、有明顯事實足信為有人在內犯罪而情形急迫者。
- II 前項搜索，應於執行後二十四小時內，呈報檢察官或法院。

九十年修法條文：

（逕行搜索）

- I 有下列情形之一者，檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察，雖無搜索票，得逕行搜索住宅或其他處所：
 - 一、因逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押者。
 - 二、因追躡現行犯或逮捕脫逃人，有事實足認現行犯或脫逃人確實在內者。
 - 三、有明顯事實足信為有人在內犯罪而情形急迫者。
- II 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。
- III 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。

其修法理由謂：

- 一、修改逕行搜索規定，增列檢察官、檢察事務官為實施者。
- 二、增列保全證據為逕行搜索之事由，但僅限於檢察官始能發動。
- 三、增修事後陳報法院之規定，法院並得撤銷違法之逕行搜索。

九十一年修法後條文：

第一三一條（逕行搜索）

- I 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：
 - 一、因逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押，有事實足認被告或犯罪嫌疑人確實在內者。
 - 二、因追躡現行犯或逮捕脫逃人，有事實足認現行犯或脫逃人確實在內者。
 - 三、有明顯事實足信為有人在內犯罪而情形急迫者。
- II 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。
- III 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。
- IV 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。

其修法理由謂：

- 一、對於緊急搜索權，應於確有必要之急迫情形下，且有事實足認犯罪嫌疑人或被告確實在其內，始得為之，以避免濫用緊急搜索權進行不必要的廣泛式、地毯式及於所欲保全法益顯不相當之搜索。爰修正第一項各款。
- 二、偵查中對於證據確有滅失之急迫危險者，檢察官固有緊急搜索權，惟為避免濫用，應限於確有具體事證顯示其情況急迫，在二十四小時內有滅失之立即且明確危險者，使得緊急搜索。又，為防檢察官濫用職權，關於緊急搜索，應層報檢察長。
- 三、對於不應准許之緊急搜索，法院應予撤銷，以維程序正義，爰修正第三項。
- 四、為維程序正義，避免緊急搜索權之濫用，對於執行緊急搜索後拒不

陳報該管法院或緊急搜索本即不應准許者，應將所得之證據排除，增列第四項。

第一項 民國九十年逕行搜索部分之修法⁷⁶

第一款 本次修正重點

我國刑事訴訟法在民國九十年一月十二日公布修正的新法，絕大多數是屬於搜索扣押之範圍，搜索修改之部分多達二十一條。可以說是自從本法羈押部分修法之後，再一次之重大變革。

本次修法修正者眾，有些是修正法律用語(例如推事改為法官)，有些是增訂搜索之執行主體(如檢察官、檢察事務官)，亦有部分是刪除不合時宜之規定(例如職權搜索)並增加新的規定(如同意搜索)。本文僅就與逕行搜索有關之問題來討論，並加以介紹評析，茲說明如下：

- 一、廢除檢察官核發搜索票之權限，改為「法官保留」，也就是法官才能簽發搜索票(第一百二十八條、第一百二十八條之一)。
- 二、增訂法院得撤銷搜索(及附帶扣押)之事後審查制度(第一百三十一條第三項、第一百三十七條第二項)。
- 三、增訂搜索之裁定得提起抗告(第四百零四條第二款)。
- 四、增訂搜索之處分得提起準抗告(第四百十六條第一項第一款)。
- 五、增訂法官得宣告搜索經撤銷後，所得之證據禁止使用明文(第四百十六條第二項)。

第二款 令狀搜索之修正

本次修法之一大重點，即是法官保留原則。搜索票之簽發權利由原本的偵查時屬檢察官、審判時屬法官全面修正為屬法官所有，不論是偵查中抑或是審判時，法官為唯一之搜索票簽發之適格主體。綜合的來說，此點修法實值贊同，搜索票之簽發本來就應該由一中立(即不屬控辯任一方)機關來把守，以避免國家，也就是檢調單位之恣意、濫權，

⁷⁶ 陳原銘，2003.12。

造成武器極端的不平等。除了法官保留原則之外，尚其他的配套措施，分別介紹如下：

- 一、搜索票之聲請。根據本法修正後新增第一百二十八條之一第一項規定：「偵查中檢察官認為有搜索之必要者，除第一百三十一條第二項所定情形外，應以書面記載前條第二項各款之事由，並敘述理由，聲請該管法院核發搜索票。」本條係新規定搜索票之聲請主體。此外，新法特別設計了一套特別的「許可模式」，本條第二項：「司法警察官因調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據，認有搜索之必要時，得依前項規定報請檢察官許可之後，向該管法院聲請核發搜索票。」
- 二、在搜索票之記載方面亦有修正，其中第四款增修「有效期間」，可說是對實務影響最為重大。另外亦增列得記載事項：「法官並得於搜索票上對執行人員為適當之指示。」（參見第一百二十八條第三項後段）

令狀搜索在本次修法後雖誠有進步，不過疏漏仍多。其一，新法既然使偵查中的搜索票核發權歸於法官所有，就可能產生該法官於審判時應否有迴避之問題⁷⁷，不過新法並未作相關之規定，解決之道應於自行迴避事由中（本法第十七條）增列之，有學者則認為引進偵查法官⁷⁸之制度可以解決此項問題。

其二，是搜索票核發與否之審查標準問題，申言之，搜索申請之審查程序，其證據法則應以嚴格證明程序，或是自由證明為之？從法理上而言，搜索票之核發審查，並不同於本案之裁判審查，在程序上只是一種方法手段而已，應不至於必須要到適用嚴格的證明程序。而且，搜索票之核發審查並不需要到判決有罪的確信，基本上還是以有發動要件，亦即合理根據即為已足。因此應為自由證明程序即可，也就是說，使法院大致相信有發動搜索之合理根據即可。

此外，雖然在修法之後收回了檢察官核發搜索票的權利。然而值得注意的是，無令狀搜索中的附帶搜索及逕行搜索等之發動事由包含了拘提，因此檢察官若欲搜索被告或犯罪嫌疑人之身體、隨身物件或其住宅

⁷⁷ 同前註 54，頁 64 以下。

⁷⁸ 偵查法官制度，意謂使法官專司審查核發搜索票與否，而不參與案件之審理與裁判。其功能可參閱，林鈺雄，2001.04，頁 66。

及其他處所時，仍可藉由簽發拘票以達成搜索。從這個角度而言，收回檢察官搜索權的制度設計似乎並未落實。

第三款 創設事後審查機制

一、新法創設了三種事後審查機制，包括：

(一)單純之陳報⁷⁹

所謂的單純之陳報，就是職權陳報併備查模式，也就是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，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。此等模式在我國並不陌生，舊法第一百三十一條第二項規定，司法警察(官)在發動無令狀搜索後，「應於執行後二十四小時內，呈報檢察官或法院」，這固然是司法警察的義務，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)依法陳報，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。因此，此等陳報模式，尚無法稱為是權利救濟途徑。

新法已於第一百三十二條之一規定：「檢察官或司法警察官於聲請核發之搜索票執行後，應將執行結果陳報核發搜索票之法院，如未能執行者，應敘明其事由。」

(二)陳報撤銷制

在相對法官保留原則下的立法條件底下，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內陳報法院；新法第一百三十一條第三項規定：「前二項搜索(即逕行搜索與緊急搜索)，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。」另外，在附帶扣押中，亦有準用本項規定之修法。

惟若偵查機關未於期限內陳報法院時的法律效果如何?只要

⁷⁹ 林鈺雄，2002.09，頁150。

干預處分未在期限內被法院撤銷，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，法院通常有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⁸⁰。

(三) 抗告與準抗告之修法

新法就法院對於有關搜索之裁判，規定得提起抗告(第四百零四條但書第二款參照)；而就審判長、受託法官或檢察官關於搜索部分之處分，得提起準抗告(第四百十六條第一項第一款參照)。

二、本次修法關於事後審查制度之創設，實是一種法制上的進步。但其就審查分成數種救濟方式，易造成規範上之混亂，甚且仍有疏漏之處，以下分作數點說明：

(一) 陳報制度在事後審查的立法例上面，是屬於控制密度最低的一種立法⁸¹，因為所謂的事後陳報，只不過是使得法院知悉執行搜索之情況而已，就算法院認為不合法或不適當，也無法加以撤銷或做出任何處分。因而此制僅僅有訓示作用，並不具有規範搜索合法性並藉此保障人民權利之功能。

(二) 本法就逕行搜索之事後審查，另外創設了陳報與撤銷的混合制度，因此在控制密度上而言高於單純的陳報，法院就其認為不合法者之搜索得予撤銷，故較具抑制違法搜索之功能。

(三) 立法例上尚有陳報與確認的混合制度⁸²，此種制度的控制密度更高於陳報撤銷制，因為只要法官事後未為肯認，則強制處分立即失效並應停止執行。此等模式之立法方式，其主要特色在於偵查

⁸⁰ 所謂確認模式，係指在相對法官保留原則底下，實施急迫干預處分的偵查機關，必須在一定的期限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」，法官的確認裁判，其實就等於是補發令狀，我國法上亦有類似的規定，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/例外的處境相似。亦即，緊急拘捕的原則權限機關為檢察官，例外權限機關為司法警察(官)，司法警察(官)若欲緊急拘捕時，「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。」

⁸¹ 同前註 79，頁 150。

⁸² 例如，德國刑事訴訟法關於通訊監察處分之事後審查，即是採取此種制度，檢察官在例外為通訊監察之處分時，如未能在三日內獲得法官之確認時，該處分立即失效。請參閱，林鈺雄，2002.09，頁 129-130。另外本法在緊急拘捕之部分亦有相類似之規定，不過執行主體為司法警察官或司法警察，而確認之主體是檢察官。參閱本法第八八條之一。

機關懈怠陳報義務時的法律效果強大，這點正是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，處於效力未定狀態，若是偵查機關未於發動後的法定期限內陳報法院，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」。

(四) 本次修法創設了一般性的救濟程序以及特別救濟程序，前者如抗告與準抗告，後者如陳報與法官之撤銷。不過似乎未能包括所有的違法情事，因此在有些違法搜索情形，受搜索人仍無法直接依本法之規定獲得救濟。

先談到一般性之救濟程序，依本法之規定，僅僅限於法院之裁定以及法官、檢察官等之處分，始得為抗告與準抗告(第四百零四條、四百十六條參照)。不過，從實務上而言，最常見且需要受到規制與救濟的違法搜索，乃是司法警察官與司法警察所為之無令狀搜索，在此情形下無法以抗告或是準抗告救濟。

再看特別救濟程序，單純的陳報並無規範之功能，本法第一百三十一條第三項就逕行搜索增設了陳報撤銷制度，規定法院得為職權之審查，並就認為不應准許者加以撤銷。雖然此救濟程序包含了司法警察，但不及於其他類型之無令狀搜索，是故，因司法警察所發動的同意搜索、附帶搜索與名為臨檢之搜索而產生的違法搜索，無法受到本法任何一種審查程序之救濟，乃本次修法遺珠之憾。

再就搜索違法之決定面與執行面而言，學者林鈺雄認為搜索之違法可分為決定之違法與執行之違法，而事後救濟之審查是否兼及於二者則無法從條文上獲致明確的答案，林鈺雄進一步指出「決定」之違法與「執行」之違法，乃不同層次之問題⁸³。首先，決定層次的違法，先已有令狀搜索為例，如根本不具備合理依據，即不符法定的搜索門檻，但法院卻核發搜索令狀的情形；再以無令狀搜索為例，如司法警察未經依法拘捕並未得同意，但卻附帶搜索犯罪嫌疑人的身體。其次，執行層次的違法，先以有令狀搜索為例，如法院依法核發搜索令狀，但司法警察於執行時，

⁸³ 林鈺雄，2001年4月，頁78-79。

方法卻屬過當者，不必要的破壞受搜索人家中的櫥櫃；再以無令狀搜索為例，依法發動之附帶搜索，但卻由男性司法警察逕行搜索女性犯罪嫌疑人的身體。簡之，縱使搜索的決定一切合法，執行的方式也有可能違法。

第四款 增列證據禁止法則

在本次修法中，新增了當搜索、扣押等處分經法院撤銷時，法官得為證據使用禁止之明文，第四百十六條第二項規定：「第一項之搜索、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。」關於此點修法可分作兩點說明：

- 一、違法之處分所得之證據是否具有證據能力本不可一概而論，像是不正訊問所得之自白不具有證據能力，此乃強制以法律規定剝奪證據之證據能力，因此法官必須遵守，無法自行裁量，申言之，此並非屬自由心證之範圍，無證據能力之證據是被強制排除的，法官除加以遵守外別無他途。另外即如本法第四百十六條之規定，則是賦予法官裁量之權限，因此原則上該證據之證據能力乃是賦予法官裁量之權力⁸⁴。
- 二、在九十一年度的修法中，另一個事後審查機制裡增列了相當類似之規定(新法第一百三十一條第四項)。這顯示了本次修法有所遺漏之處，這部分留待以下關於九十一年度修法介紹時再為說明。

第五款 遺漏警察臨檢授權之規定

關於警察之盤查、臨檢，制度上是屬於行政行為之一部分，不過我國的警察事實上利用臨檢來進行犯罪偵查卻是常有的事。本文並不贊同利用行政手段以遂司法刑事目的。不過因為臨檢而致使發現犯罪行為，繼而進入司法行為則是很可能的(例如員警攔車本欲執行其勤務，卻發

⁸⁴ 證據能力非有即無，原則上應非法官所得加以裁量，法官於其自由心證範圍中，只可就證據能力之證據，斟酌其證明力而已。林鈺雄，2001.10，頁 13-38。

現犯罪嫌疑人攜有槍械⁸⁵)。事實上，實務上最常見到的無令狀搜索，應該就是臨檢(也就是以偵查犯罪為目的之強制處分，稱之為搜索或臨檢並不會改變其性質)。因此本文認為刑事訴訟法就此種與搜索甚為相關，甚至算是無令狀搜索一環的臨檢，應加以規範，方為妥適。

大法官會議第五三五號解釋中，雖然同意警察之臨檢欠缺法律之明確授權，不過其解釋乃是從行政上之角度批評其未獲授權。申言之，在司法程序中亦應對臨檢加以規範，以避免檢調單位以臨檢為名進行搜索，進而規避刑事訴訟法上對搜索的發動要件與限制。刑事訴訟法修正草案本來在其增修條文第一百三十一條之二中對警察臨檢有所規定⁸⁶，不過卻被刪除，頗覺可惜⁸⁷。

第二項 民國九十一年逕行搜索部分之修法

第一款 本次修法重點

本法在民國九十一年又歷經一次修法。本次修法的重點加入當事人進行主義的色彩，包括減少法院職權調查的範圍、採用起訴審查制、交付審判制度及緩起訴制度。值得注意的是，甫經去年修法之搜索部分，在本次修法中再度的翻修，下面就與本文有關者敘述之。

第二款 發動要件之修正

本法第一百三十一條第一、二項規定了逕行搜索之事由及要件之限制，本次修法再作修正，大抵上而言提高了發動逕行搜索之限制。在本條第一項中就各款增加了「有事實足認…確實在內」之限制；而在第二項中則是在「證據有偽造、變造、湮滅或隱匿之虞後」增加了二十四小

⁸⁵ 應注意的是，不可以偵查犯罪為目的而進行臨檢，因為既是司法上之程序，就應該照著刑事訴訟程序之規範來執行，絕不可以臨檢為名加以規避。

⁸⁶ 刑事訴訟法修正草案邱泰三委員版，第一百三十一條之二第一項規定：「警察在公共場所或公眾得出入之場所，依據異常舉動或其他周遭情形，並參酌其專業經驗，得在表明警察身份後，對有合理理由可疑為已有犯罪行為之人或將有犯罪行為之人或知情之第三人，攔阻其行進或禁止其離去，並查驗其身份及盤問排除其合理懷疑所必要之問題。」可為參考。

⁸⁷ 鑑於警察臨檢之重要性，其實是實務上最多的無令狀(違法)搜索，其應該也是違法搜索最可能發生之情形，因此在本章第五節警察臨檢中會再詳細討論，不論是從行政之角度或司法之角度，本文認為皆有其必要。

時之限制。

第三款 事後審查機制之修正

此次修法在本法第一百三十一條第三項之部分，對於事後審查機制之特別救濟程序略作更動，本項規定：「前二項搜索(即逕行搜索)，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。」此次修正不大，僅將「得」改為「應」；將「三日」改為「五日」而已。然如同前述，本次修法就事後審查機制之缺失仍未作修正，例如因司法警察所發動的同意搜索、附帶搜索與名為臨檢的搜索而產生的違法搜索，無法受到本法任何一種審查程序之救濟。

第四款 證據排除法則之增修

此次修法增設了第一百三十一條第四項，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，不得做為證據。」因此，在事後審查程序之類型中，準抗告與特別審查程序均有得宣告證據使用禁止之明文，惟獨抗告部分未為相同的規定，另人費解(附帶扣押亦同，只準用到第一百三十一條第三項，未準用到第四項)。

第二節 逕行搜索之要件與範圍

搜索原則上需要有搜索票(令狀)，實質上也需要有合理根據(包括必要性與相當理由)。在緊急的情況下，立法者免除了搜索的形式要件，亦即我們不需要令狀即可為之；但是搜索的實質要件，則仍須具備，只不過這時候的實質要件係「有事實足認」，其判斷標準較諸第一百二十二條之「必要性」及「相當理由」猶高，其被立法者以文字確定了下來，一旦符合第一百三十一條第一項的三款要件，即可逕行搜索，換言之，

發動逕行搜索之基本要件為一、合理根據；二、急迫性。惟此三款要件及其範圍為何？

按現行刑事訴訟法第一百三十一條第一項規定係為對人之緊急搜索，本文稱為逕行搜索，第二項為對物之緊急搜索，均屬無令狀之搜索⁸⁸。換言之，逕行搜索之目的在發現應受拘捕人並予拘捕，而不在於蒐集保全證據或發現應扣押物。因此，進入住宅處所後，發現被告之前，搜索行為應受拘捕目的之限制，故不得為打開書桌、抽屜等非關拘捕目的之搜索行為，因為在一般情形下，人不可能藏身於其中。並且此一搜索應在達成搜索目的，即發現人犯並予以拘捕後，即告結束⁸⁹。此時，除結合拘捕後對被告之附帶搜索外，不得再為其他搜索。

就其實施主體而言，本項有權實施之主體為檢察官、檢察事務官、司法警察官及司法警察。其中除角色不相適合之法官外，同為無令狀搜索之實施或執行主體。惟本法第一百二十八條之二第一項規定，法官得親自實施搜索，本文以為令狀原則在由客觀公正之第三者為審查，故現行法既將違法搜索之審查及令狀核發權劃分歸法官，則法官即不應賦予執行權，以免造成球員兼裁判情事。

另外，雖依刑事訴訟法第八十八條規定，不問何人皆得逮捕現行犯，同法第八十七條第二項復規定，利害關係人並得逕行逮捕通緝犯，但私人並非本項的發動主體，因此，不得據此而逕行進入他人之住宅或其他處所，只能及時請求偵查官員發動逕行搜索⁹⁰。

再就搜索範圍而言，本項准許無令狀搜索之範圍，除被告或犯罪嫌疑人之住宅或其他處所外，尚包括第三人之住宅或其他處所在內，此之其他處所，包括住宅以外，一切可能藏匿人之地點(如事務所、工廠、旅館、商店、倉庫、家畜棚)、交通工具(如汽車、火車、飛機、船艦)、大型容器(如貨櫃)。至其該處所是否可移動、是否為被告所有、占有、持有、管理或支配，或有無其他同居親友，在非所問⁹¹。

以下就第一百三十一條第一項三款之發動要件論述之：

⁸⁸ 因修正後刑事訴訟法第一百三十一條第一項、第二項之無令狀搜索條件不同，且執行人員亦有所不同，故第一項之搜索得稱為逕行搜索，第二項之搜索得稱為緊急搜索，以示區別。

⁸⁹ 楊雲驊，2004.05，頁 99。

⁹⁰ 馬新民，2003，頁 63。

⁹¹ 同前註 54，頁 151。

第一項 逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押者

本款規定於合法逮捕、執行拘提或羈押時，得無令狀逕行搜索被告或犯罪嫌疑人之住宅或其他處所，依其要件說明如下：

- 一、逮捕：此處之逮捕包括第八十七條對經通知或公告之通緝犯之逮捕、第八十八條現行犯與準現行犯之逮捕，第八十八條之一之緊急拘捕在性質上亦屬逮捕，並且依同法第八十八條之一第三項得準用第一百三十一條規定，為發現被告之目的得為逕行搜索。至檢察官依同法第二百二十八條第四項為聲請羈押目的而為之逮捕，因以被告到場為前提，故不生本款項逕行搜索之問題。按惟有符合前開各有關逮捕要件之規定所實施之逮捕，其逮捕行為方為合法，警察機關無令狀進入住宅搜索亦才合法。
- 二、拘提：此處拘提依其合法性，包含第七十一條之一、第七十五條「被告經合法傳喚，無正當理由不到場者」之一般拘提及第七十六條之逕行拘提，並且包括依同法第四百六十九條對受死刑或自由刑判決而未經羈押之人的拘提。蓋偵查機關為利偵查程序之進行及保全被告，於符合前開要件前提下，得無令狀進入住宅或其他處所實施搜索。又因拘提係採二分模式，於偵查中由檢察官簽名，審判中由審判長或受命法官簽名，故為避免檢察官藉由簽發拘票實施拘提之名而行搜索之實，此處之拘提應僅限於法官簽發之拘票，方屬合理。
- 三、羈押：依本法第一百三十一條第一項第一款規定，司法警察為執行羈押，亦得無票搜索。惟由於本法對羈押決定程序，已經修正為羈押需經法官對犯罪嫌疑人或被告為羈押訊問後，始得為之（本法第一百零一條第一項、第一百零一條之一第一項），因而只可能犯罪嫌疑人或被告到庭時，法院始得為羈押處分（亦即當庭收押情形）。基此，殆不可能發生犯罪嫌疑人或被告未到庭訊問，即由法官為羈押處分，再交由國家偵查機關據該羈押處分，至民宅無票搜索犯罪嫌疑人或被告之情形。唯一可能之例外，可能係本法第一百七條停止羈押後，法院命再執行羈押情形，蓋法院命再執行羈押時，毋須訊問犯罪嫌疑人或被

告，因而即可能發生法官逕命再執行羈押，再由司法警察(官)為執行該裁定而進入犯罪嫌疑人或被告住宅內搜索犯罪嫌疑人或被告。基此，本法第一百三十一條第一項第一款所謂羈押之執行，應只可能發生於再執行羈押裁定之執行而言⁹²。

四、「有事實足認」係發動逕行搜索之實質門檻，其要求較諸第一百二十二條第一項對被告之「必要性」及第二項對第三人之「相當理由」猶高，蓋因其係採無令狀搜索，對人民基本權之侵害較為嚴重之故。

再者，條文中所稱之住宅或其他處所應不僅限於被告或犯罪嫌疑人，即對於第三人之住宅或其他處所，亦有其適用⁹³。應補充說明者，緊急搜索應遵守刑事程序法對強制處分所要求之限制。準此以觀，無論係對人之緊急搜索、對物之緊急搜索，於遭受抗拒時，執法人員所使用之手段固屬強制力，惟仍應依「一個合理謹慎之人」本身之經驗及專業能力，以最小侵害方式為之，俾符刑事訴訟法第一百二十三條、一百二十四及一百三十二條之規定。

另須說明者，係當司法警察進入處所後欲逮捕被告時，若現場有數人而不知孰為被告時，檢警不能以確認被告身份為目的而進行身體之搜索，因為此舉顯然已超越逕行搜索規範目的之範圍，屬於違法搜索。檢警只能為確認身份之措施，也就是說不能使用強制力⁹⁴。

本文以為，搜索係對人民基本權利之重要侵犯，除被告以外，對於其他第三人除非有相當理由或更高門檻之「有事實足認」以外，不得輕言實施無令狀搜索，亦即，對條文解釋應更嚴謹，因為條文規定並不及於這些人，因此對其發動搜索，仍需聲請搜索票。

實務見解認為，依臺灣高等法院 90 年抗字第 203 號裁定指出，刑事訴訟法第一百三十一條第一項各款之逕行搜索情形，僅止於拘捕搜索，亦即本條之無令狀搜索，均是針對「應受拘捕之人」而發，而非蒐集證據。此對照同條第二項就檢察官認為情況急迫，證據有偽造、變造、湮滅或隱匿之虞情形，得逕行搜索規定自明。逕行搜索之目的既限於發現應受拘捕之人，而非在蒐集保全證據或發現應扣押之物，自不得逾越

⁹² 何賴傑，2001.11。

⁹³ 同前註 59，頁 410。

⁹⁴ 相同見解，同前註 54，頁 92、152。

上述拘捕目的而為偵查搜索之行為；且逕行搜索之容許時點，僅限於發現應受拘捕人之前，一旦發現並拘捕者，逕行搜索之目的已經達成，容許搜索之理由亦不復存在，應即終結逕行搜索之執行，此際除了執行刑事訴訟法第一百三十條拘捕後對被告身體及隨身物件等之附帶搜索或保護性掃視搜索，亦即，執行搜索人於逮捕犯罪嫌疑人時，為搜索兇器、證據及保護執行搜索人之安全，雖無搜索票，亦得逕行搜索其身體、隨身攜帶之物件、所使用之交通工具及其可立即觸及之處所外，乃不得再為任何搜索。易言之，刑事訴訟法第一百三十一條第一項之立法意旨，在授權警察為達到逮捕人(同條項第一、二款)，或防止犯罪發生(同條項第三款)之目的，得無搜索票進入住宅，而非授權警察得無搜索票，進入住宅搜索證據或得扣押之物。申言之，若合法逮捕之地點，係在屋外，其逮捕時附帶搜索或保護性掃視搜索之範圍即不能包括房屋。

本案抗告人於逮捕犯罪嫌疑人即被告乙○○時，為搜索兇器、證據及保護執行搜索人之安全，雖無搜索票，亦得進行搜索其身體、隨身攜帶之物件、所使用之交通工具及其可立即觸及之處所。惟本件逮捕卻非發生於查獲扣押物品之二處所，而係在外，即在本市○○○路一八五號一樓逮捕後，進入該處九樓及鄰近之南台路十二之四八號八樓為搜索。由上可知，抗告人就該毒品等物之搜索，顯然與前開法律所規定之意旨不符。

第二項 因追躡現行犯或逮捕脫逃人

本款規定因追躡現行犯或逮捕脫逃人，亦得逕行搜索住宅或其他處所，所謂現行犯自包括第八十八條第一項所指犯罪在實施中或實施後即時發覺者之現行犯，即被追呼為犯罪人、因持有兇器、贓物或其他物件或於身體、衣服等處露有犯罪痕跡，顯可疑為犯罪人之準現行犯均屬之；本款情形中，既謂追躡，該現行犯及脫逃人之逃逸狀況，必須於偵查人員之掌握中，亦即偵查人員應緊跟於現行犯或脫逃人之後，始得侵入住宅或其他處所逮捕，應不許偵查人員為任意之搜索。

又所謂追躡，係指對現行犯或脫逃人持續不斷的尾隨、追蹤。此之搜索仍屬對人之搜索。這裡的問題是第八十八條之一準用第一百三十一

條第一項之情形，應如何運作？要件上如何適用？當警察在屋外持續追躡，嫌犯逃入住宅後，警察是否可無令狀進入該住宅實施搜索？依美國熱追緝理論，只要(1)警察有相當理由相信犯罪之發生，且有相當理由相信嫌犯在該處所內。(2)情況緊急不及聲請令狀。此時警察就可無令狀衝入住宅逮捕嫌犯。

第一百三十一條第一項第二款之情形限於追躡，也就是說本款之目的在於逮捕現行犯，脫逃人也是現行犯的一種，在立法上似屬多餘。在搜索目標上本款之規定並不及通緝犯，應予注意。

這裡所要特別提到的是本法第八十八條之一第三項緊急逮捕準用第一百三十一條第一項逕行搜索之規定。有認此時準用之逕行搜索係對物之搜索⁹⁵；有認此時可逕行搜索被告之身體，同時亦可對於住宅或其他處所為無搜索票之搜索⁹⁶；有認只能進入住宅逮捕，不得搜索⁹⁷；有認應單指對人搜索，蓋人身自由與住家隱私之侵犯為不同法益，且若進入住宅後為發現被逮捕人，警察應能搜索可能藏有人得地方，且在急迫情形，應准警察無令狀進入住宅搜索，無須限定警察須緊跟在犯罪嫌疑人的後追躡始可⁹⁸。

前揭緊急逮捕準用之結果，對於民眾之住居安寧與隱私，實構成甚大之威脅，因緊急逮捕乃事前未經檢察官之審查，完全委由警察本身之判斷，有被濫用之虞，勢必波及無關之人(如被告家屬或第三人)，且可不受夜間搜索之限制，然而，警察若認被告藏匿於被告或第三人之住宅或其他處所自可密切監視該住所，在外守株待兔，等被告出來之際再予以緊急逮捕；或於監視該處所時，同時前往聲請拘票後再拘捕被告，殆無必要藉緊急逮捕之名侵入民宅逕行搜索⁹⁹。

本文以為，從法條文義來看，在急迫情形下，似應准許警察於緊急逮捕時，進入住宅逕行搜索，在外監視則不符合急迫性之要件。人權固然重要，但躲入民宅不能成為被告或犯罪嫌疑人的避風港。

⁹⁵ 林山田，《刑事程序法》，2000年9月，頁194。

⁹⁶ 蔡墩銘，《刑事訴訟法論》，1997年，頁199。

⁹⁷ 黃東熊，《刑事訴訟法論》，1999年，頁180。

⁹⁸ 王兆鵬，《搜索扣押與刑事被告的憲法權利》，2001年11月，頁213以下。

⁹⁹ 同前註58，頁236-237。

第三項 有明顯事實足信為有人在內犯罪而情形急迫者

規定本款目的，係為發現住宅或其他處所內之現行犯而特許執行人員進入為無令狀搜索，以便加以逮捕及阻止其繼續犯罪，防止危害之擴大。本款之要件如下：一、有人在內犯罪；二、情形急迫。於符合此兩項要件的前提下，此時如要求執行逮捕人員先向法官請領搜索票再入內搜捕現行犯，則該現行犯或已完成犯罪，犯罪所生危害已經發生，被害人可能已經被害，現行犯可能已經逃匿，聲請核發搜索票已來不及阻止現行犯繼續犯罪而緩不濟急，自應特許其為無票搜索，逕行進入該住宅搜捕現行犯¹⁰⁰。

條文上所謂有明顯事實足信為有人在內犯罪而情形急迫者，係屬不確定法律概念¹⁰¹，應有具體客觀事實發生，依當時發生具體個案為客觀之判斷，如在住宅或其他處所內聽聞有人在內開槍或呼叫聲或哭救聲或打鬥聲，即足以推測有人在內實施犯罪，而非主觀臆測¹⁰²，至於執行後究有無犯罪情形，並不影響偵查人員於執行本款行為之適法性¹⁰³。本款之情形係為阻止行將發生或已發生之犯罪行為為前提，故本項搜索事前並無須有拘票，偵查人員於進入後，如發現有犯罪發生或有犯罪之痕跡時，除得加以逮捕外，並得適用本條第一款之情形，於逮捕之時，搜索其身體及其雙手所能觸及之範圍，惟仍不許脫離第一款目的之任意搜索。如認案件有必要進一步實施搜索時，應即採取即刻之作為，取得搜索票實施搜索；惟若偵查人員於進入民宅或有人看守之其他處所後，並無發現前述所謂有人在內犯罪，亦未發現有人即將實施犯罪之情形時，應即離開進入搜索之住宅或處所，以使其權益之侵害降至最低；且既謂情形急迫，故所得為之逮捕不受夜間不得入內搜索之限制。

¹⁰⁰ 同前註 53，頁 211。

¹⁰¹ 不確定法律概念，係指法律條文中所含之概念具有多義性，在適用法律上往往須進一步解釋，針對大多存在於法律構成要件部分，依立法意旨、目的，在授權範圍內加以評價，涵攝於法律要件中，決定法律效果。

¹⁰² 林錦村，1998.11，頁 24。

¹⁰³ 司法行政部刑事法律問題彙編一八六〇，問題：警員耳聞私宅樓上賭博，四圍關緊，乃越牆爬窗入室搜捕，賭徒聞聲逃逸無蹤，亦查不出賭具、賭資隱藏所在，問警員搜索，是否合法？結論：採肯定說。認為賭博罪，除刑法第二百六十六條在公共場所賭博外，尚有第二百六十七條以賭博為常業及第二百六十八條意圖營利供給賭博場所或聚眾賭博等情形，若有客觀事實，足信有諸類賭博，雖在私人處所，司法警察仍得實施非要式搜索。至該司法院解釋，僅謂如無刑法第二百六十七條、二百六十八條情形，不得拘捕而已，對於私宅，如有刑法第一百三十一條第一項第三款情形，司法警察仍得逕行搜索。從而本件警察搜索，係屬合法。

再者，所謂「情形急迫」，即按其情形迫不及待，如非急迫，仍應依法取得搜索票，再行搜索。實務上我國法院判決關於此要件之判斷，向來不加以判斷而只審酌「有事實足信有人在內犯罪」的要件，例如只要警方依民眾報案及現場狀況足以客觀推測有人在內正實施犯罪即可。換言之，法院認為客觀上「有事實足信有人在內犯罪」，當然就有「情況急迫」要件的產生¹⁰⁴。不過本文認為仍應個別判斷，因其指涉不同的法定要件，不應混為一談。例如，有事實足認有人在住宅內賭博並不當然表示即有「情形急迫」要件的產生，仍應綜合當時情況、聲請令狀之可行性及時間的迫切性，綜合加以判斷。

第三節 法官保留原則

所謂「法官保留原則」，在於以法官之獨立性原則達到保障個人基本權之目的，從而，偵查法官¹⁰⁵亦不得自行決定開始發動偵查，且應處於被動之地位至明。而參酌逕行搜索係因踐行令狀程序有顯著困難，不及請求法院核發令狀之產物，故應有事後審查之機制存在，以判斷所實施之緊急搜索是否合於法定程序，是否得作為將來論罪科刑之依據，進而確保受緊急搜索人之權利，為重要之課題。

按司法權具有正義性、被動性、公正第三者性及獨立性之特徵，與檢察權之公益性、主動性、當事人性及檢察一體、上命下從之特徵截然不同¹⁰⁶，此一概念所涉及者，除緊急搜索本身之問題外，亦涉及獨立性保障及程序保障憲法問題¹⁰⁷。故法官保留原則係導源於權力分立原理及組織結構功能觀點，認為司法權本身因具被動性、公正第三者性及獨立性之特徵，得於實施緊急搜索之偵查機關與犯罪嫌疑人外，進行中立之審查，且佐以偵查機關之檢察官具有主動性、當事人性¹⁰⁸及檢察一體等特

¹⁰⁴ 臺灣澎湖地方法院八十七年度易字第 46 號刑事判決。

¹⁰⁵ 偵查法官亦有法官獨立原則之適用，同前註 56，頁 87-88。

¹⁰⁶ 檢察官雖具有外國(如現在之法國、1975 年前之德國、戰前之日本)預審法官之部分職權；但其究非等同於預審法官；而德國於 1975 年修改刑訴法，廢除預審制度後，其檢察官本於基本法之規定，仍亦未完全替代預審法官之權限，參閱大法官會議釋字第 392 號解釋理由書。故以檢察官代替預審法官之地位而賦予其監聽命令之核發權，恐有疑義。

¹⁰⁷ 獨立性保障，指獨立於行政及獨立於當事人之外的原則；程序保障，指對於人民基本權之限制，應有正當程序之要求。

¹⁰⁸ 我國刑訴法第三條規定：「本法所稱當事人者，謂檢察官、自訴人及被告」，依此以觀，足見檢察

徵。從而，與其說法官保留原則係國家公權力侵害人民基本權時之審核手段，毋寧，法官保留原則係權力分立組織架構下所必然結果¹⁰⁹。

再者¹¹⁰，民國九十年一月十二日修正刪除檢察官簽發搜索票，並自同年七月一日實施。搜索自此由中立地位之法官，就具體情形斟酌訴追機關真實發現與被告應受保障之基本權兩者之關係，加以判斷，即由法官判斷刑事訴訟法上基本權利之侵害行為，在性質與手段上是否合乎比例原則，在判斷仍有一定之裁量空間。法官保留有絕對與相對之分，我國及多數立法例皆採相對法官保留原則，因為在急迫等情形下根本不及向法官申請搜索票，故必須承認偵查機關有例外權限，而採行相對法官保留原則通常是立法政策上不得不然之結果。法官在審核搜索票之簽發時，只要是憲法原則或憲法所保護之權利，法官都應考量之，例如搜索日記涉及個人之隱私、搜索新聞媒體涉及新聞自由、搜索國會牽涉三權分立，凡法位階高於或等同於刑事訴訟法者，法官在准否核發搜索票時，皆應納入審酌之範疇，非謂只要具備相當理由，法官就應簽發搜索票。至於法官在審核搜索票時，得否為訊問或調查？依法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第六十五條應為肯定¹¹¹。若表面上具備相當理由，但法官有疑問時，不宜驟然准許或駁回，法官應為適當之訊問或調查，以作出合法正當之裁決¹¹²。

實務上，歷來搜索票核發的比率均佔九成以上，亦即只要檢警聲請核發搜索票，大部分均會核准。依據司法院統計，地方法院受理偵查中搜索案件收結情形，95年受理件數有30,919件，核發26,669件，駁回3,562件，備查310件，撤銷22件，撤回12件，其他12件，其中檢察官聲請的有1,182件，警察機關聲請的有28,286件，足見聲請搜索核備比率¹¹³達98.62%，且有很大比例為警察機關聲請。表示只要偵查機關

官於我國體制上為當事人之一。：

¹⁰⁹ 黃翰義，2005.09，頁158-159。

¹¹⁰ 李明哲，2005.09，頁1667，。

¹¹¹ 法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第六十五條：「對於重大刑事案件或社會矚目案件之聲請搜索票，必要時得組會議庭辦理。法官於裁定前，得通知聲請人或其指定到場之人補正必要理由或資料，或為必要之訊問或即時之調查後，逕行審核裁定之。法院審核搜索票之聲請，應就聲請書所敘述之理由及其釋明是否合於刑訴法第一百二十二條所規定之「必要時」或「相當理由」之要件為之，其證據法則無庸嚴格證明，已行自由證明為已足，如經綜合判斷，具有一定可信度之傳聞、傳述，亦得據為聲請之理由。」

¹¹² 王兆鵬，2001.07。

¹¹³ 聲請搜索核備比率=核發(備查)件數/【核發(備查)件數+駁回(撤銷)件數】。

聲請核發搜索票，絕大部分均會被同意。

第四節 附帶扣押與另案扣押

附帶扣押與另案扣押是另一個層次的問題，主要是針對搜索進行中意外發現物之扣押，如果是與本案有關的，稱為附帶扣押；與他案有關的則稱為另案扣押。

刑事訴訟法第一百三十七條：「檢察官、檢察事務官、司法警察官、司法警察執行搜索或扣押時，發現本案應扣押之物而為搜索票所未記載者，亦得扣押之。」謂之附帶扣押。第一百五十二條：「實施搜索或扣押時發現另案應扣押之物，亦得扣押之，扣押後應分別送交該管法院或檢察官。」謂之另案扣押。

附帶扣押與另案扣押，畢竟是未經事先審查的無令狀扣押，所扣押者究非搜索記載之應扣押物，雖然便利犯罪追訴，但卻同時降低令狀功能。於此要特別說明的是，搜索所得意外發現物之扣押(無論是附帶扣押或另案扣押)，以合法進行中之搜索為前提，是以，搜索並不合法者(例如違法發動或超越執行範圍)，縱使在搜索過程中意外發現本案應扣押之物者，亦不得附帶扣押，否則將導致附帶扣押亦不合法¹¹⁴。

意外發現應扣押之物，可能是於搜索過程中因搜索行為取得，也可能是於搜索過程「之中」或「之外」(如搜索終結後)，在目光所及(Plain view)範圍內所意外發現者，也就是並未動手蒐尋就意外落入眼簾的應扣押之物。對於此等目光所及的應扣押之物，仍得扣押，主要理由在於，對於落入眼簾的應扣押之物，只要其「發現」本身並不違法，殆無可能期待執法人員視而不見，惟此時其扣押必須注意：

一、不必附隨於正在進行中之搜索。

據此，縱使在搜索終結「之後」，例如退出現場的過程，目光所及的應扣押之物，仍得扣押。

二、執行人員必須立於有權立足(或繼續滯留)之地，其目光所及之發現，才是合法的發現，也才得為合法的扣押。

¹¹⁴ 林鈺雄，2001.09。

若是警員違法臨檢民宅，或搜索終結之後無故滯留住宅遲遲不退去者，其目光所及之應扣押之物，並非合法的發現，亦不得予以附帶扣押或另案扣押。

三、目光所及者，僅得為單純之扣押但不得為搜索之動作。

當目光所及的應扣押之物，必須再輔以某些搜索動作始能完成扣押者，就已經不是單純的扣押。例如，假設警員在馬路上看到某公寓二樓陽台掛有違禁的十字弓，並不得以目光所及為由入內扣押，因為進入公寓已經是搜索行為¹¹⁵。

另外，從文字的敘述來看，似乎附帶扣押與另案扣押都必須緊跟在搜索之後，所以司法警察進行其他類型的強制處分時，不可進行附帶扣押與另案扣押。

最高法院六十九年台上字第二四一二號判例：「刑事訴訟程序中之扣押，乃對物之強制處分，應由檢察官或推事親自實施，或由檢察官或推事簽發搜索票記載其事由，命由司法警察或司法警察官執行之，刑事訴訟法第一百三十六條定有明文，此乃法定程序，如有欠缺，其所實施之扣押，即非適法，司法警察或司法警察官並無逕以命令扣押處分之權限。」

林鈺雄認為，附帶扣押似指有令狀搜索之本案應扣押之物之扣押，但就規範目的及體系解釋而論，實應包括無令狀搜索之本案扣押。警員得另案扣押於合法搜索過程中所發現的違禁物，但應注意，此種扣押性質上屬於暫時性扣押，因此，扣押後應「分別送交該管法院或檢察官」。

美國聯邦最高法院在 1971 年之 *Coolidge v. New Hampshire* 案¹¹⁶，第一次討論「一目瞭然」法則，依該法規定，警察在合法搜索時，違禁物或證據落入警察目視範圍內，警察得無令狀扣押該物。該判決指出在合法搜索或逮捕的過程中，警察發現證據或得沒收之物，若要求警察先取得令狀始能扣押該物，為不切實際的做法。要求警察先取得令狀，會

¹¹⁵ 美國判例認為，如合法逮捕後，嫌犯自己請求移動時，警探有權陪同嫌犯進入屋內各處(例如嫌犯在被帶到警局前，向警探說其須進入房間內取衣物)，此時若依目光所及(Plain view)，看到違禁物(槍枝)，得扣押之。如 *Giacalone v. Lucas*, 445 F.2d 1238(6th Cir.1871); 另在 *Washington v. Christman*, 445 U.S.1(1982)案中，校警在宿舍門口逮捕 1 名未成年學生攜帶 1 瓶琴酒，即帶同該學生進入宿舍房間拿證件，結果依目光所及看到大麻，聯邦最高法院判定大麻之扣押合法，參閱刑事程序法第十一次研討會，陳瑞仁報告，林鈺雄，2001.09。

¹¹⁶ 方文宗，2002，頁 71 以下。

因為第一時間的喪失，而導致證據湮滅。更有甚者，當警察所發現之物為槍枝或危險物時，不立即扣押，可能危害警察或公眾安全¹¹⁷。為恐一目瞭然法則遭到濫用，聯邦最高法院亦強調有許多要件必須遵守。第一、警察因為必須合法的搜索、拘提或其他合法行為，而發現應扣押之物¹¹⁸。例如，警察非法侵入人民住宅搜索槍枝，在搜索槍枝的過程，不期然發現毒品，因為先前進入人民的住宅為非法，不得適用一目瞭然法則。第二、必須有相當理由相信所扣押之物為證據。在 *Coolidge v. New Hampshire* 案中，聯邦最高法院使用「立即明顯」的文字表示此一要件：扣押物對警察而言，必須明顯、立即的感覺是證據¹¹⁹，1987 年之 *Arizona v. Hicks* 案，得以說明「立即明顯」要件的意義，因為子彈自被告家中射出傷及鄰居，警察因此有相當理由合法進入被告家中搜索「開槍之人及武器」。警察在被告的家中發現極為昂貴的兩組音響，警察懷疑音響係贓物，乃挪動音響轉盤，查看產品編號、紀錄號碼，報回總部，總部告知此為某一搶案之贓物。警察於是扣押轉盤及音響，嗣後聲請搜索票，將全部音響扣押。審判中被告主張證據排除法則，檢察官則主張適用一目瞭然法則。聯邦最高法院認為本案不符合「立即明顯」的要件，判決警察的行為違反憲法規定。因為無法自高級音響的外觀立即明顯得知其係贓物，警察僅懷疑該物可能係贓物，但無相當理由認為係贓物，因此不能適用一目瞭然法則¹²⁰。

依現行法之規定，檢察官為偵查犯罪主體，應為整個偵查程序負責，但實際上，除非重大受矚目案件，絕大多數之刑事偵查工作，均由司法警察擔任，僅少數由檢察官偵辦。又依刑事訴訟法第二百三十條第二項、二百三十一條第二項，司法警察知有犯罪嫌疑者，應即開始調查，並將調查情形報告檢察官…。對於司法警察偵查犯罪發現附帶扣押或另案扣押物時，不得扣押容或產生爭執¹²¹，與實務上有所落差，司法警察

¹¹⁷ 同前註 32，頁 39。

¹¹⁸ 同前註 32，頁 40。

¹¹⁹ 同前註 32，頁 41。

¹²⁰ 同前註 32，頁 41-42。

¹²¹ 法務部(77)法檢(二)字第 0032 號(76.06/台東地檢座談會)：「法律問題：司法警察(官)偵辦現行犯或準現行犯案件，對嫌犯之贓物所為之扣押，法律依據為何？」

討論意見：

甲說：刑事訴訟法第 133 條規定：『可為證據或得沒收之物，得扣押之。』(準)現行犯所持有之贓物既可為證據，自得扣押之。

乙說：司法警察(官)逮捕被告時得附帶搜索及逕行搜索(刑事訴訟法第 130 條、131 條)，而其搜索

實無所遵循。又因警察並非扣押之決定機關(第一百三十六條)，為防止司法警察執行附帶扣押或另案扣押時無認定準則，造成均為本案或他案應扣押物，侵害人民權利等缺失，為解決此問題，可參考美國法一目瞭然法則，學者建議將一百三十七條及一百五十二條合併為「司法警察或司法警察官在行搜索、扣押、拘提、逮捕時，有相當理由相信為本案或另案應扣押之物，得為暫時扣押之¹²²。前項暫時扣押，於偵查中，應報請檢察官扣押之，於審判中，應報請法院以裁定扣押之。檢察官或法院不同意時，應即將扣押物發還或為適當處理」¹²³。

另外，在第一百三十七條第二項修法時增列「第一百三十一條第三項之規定，於前項情形準用之」，換言之，於附帶扣押時，亦必須受事後審查之規制，畢竟，警察機關於扣押搜索票上未記載之搜索物時，實質上亦屬於無票搜索，因此，未避免搜索權之濫用，保障基本人權，仍須於扣押後陳報該管檢察署檢察官及法院。

惟在法律效果上，卻未如同第一百三十一條第四項之規定，明白訂出未陳報該管法院或經法撤銷者，審判時法院得宣告所扣得之物，不得作為證據之明文，是甚為可惜之處。

第五節 臨檢與搜索

第一項 臨檢的概念

在過去警察職權行使法尚未制定前，臨檢的法律概念是模糊的(法

時復得為附帶扣押(同法第 137 條)，故其逮捕(準)現行犯自得逕行扣押贓物。

丙說：司法警察(官)所為之扣押依刑事訴訟法第 136 條必須依搜索票為之，並無逕行扣押之權(最高法院 69 年度台上字第 2412 號判參照)。且同法第 137 條所定『附帶扣押』係限於本來即持有搜索票之情形，此觀諸條文有『為搜查票所未記載者』之文句自明。故依現行法律，司法警察(官)對(準)現行犯所持有之贓物，並無逕行扣押之權。補救之方法，是依刑事訴訟法第 142 條將該條贓物『留存』，並在警訊筆錄中記明犯罪嫌疑人之同意，以符合法定程序。

結論：搜索之目的既為發現證據，則在搜索時，即應得為扣押，逮捕(準)現行犯後之搜索既為合法，則其搜索後之扣押自亦應合法。

本案採乙說。

台高檢研究意見：以乙說為當。

法務部檢察司研究意見：同意原結論，以乙說為當。

¹²² 同前註 32，2001 年 6 月，頁 52。

¹²³ 柯耀程，2001.02 月，頁 28。

律授權之欠缺，要件、範圍、程序等等皆付之闕如)，檢視目前實定法上有使用「臨檢」用語者，不外乎是「警察勤務條例」及「當舖業管理規則¹²⁴」二種法令，從警察勤務條例於民國六十一年八月間制定公布施行以來，以之作為發動行使臨檢職權措施的執法依據，並未產生法制上適法性的阻礙與疑慮問題¹²⁵。然因該條例就臨檢之程序、對象、發動要件等皆未做規定，因此易導致於警察於實際執行臨檢時，多有恣意、違法搜索或毫無合理懷疑之依據，為解決此問題，釋字第五三五號解釋即因應而生，並由此制定了警察職權行使法，以下就臨檢之相關問題提出說明。

第一款 臨檢之意義與根據

臨檢係警察勤務活動，性質上是一般性的犯罪調查，實施對象或處所多屬一般性質而非特定。而臨檢時所使用的盤詰檢查手段，其目的是在藉由盤查釐清所發現的各項疑點徵候，是「輔助質疑」的功能，其次，臨檢僅能實施任意性作為，盤查僅限於目視所見或觸手可及之處，僅能做表面的觀察或探索，不可使用強制處分的搜索手段來深入探求，更不能任意搜身或翻箱倒篋的搜索，故臨檢與搜索是不能相提並論的，質言之，臨檢不是搜索，臨檢更不可逾越法定的必要範圍。我國警察勤務條例第十一條第一項第三款明定臨檢於公共場所或指定處所、路段，由服勤人員擔任臨場檢查或路檢、執行取締、盤查及有關法令賦予之勤務，經大法官會議釋字第五三五號解釋後，為使警察人員執行職務時合憲，制定了警察職權行使法，並經立法院三讀通過後經總統公布施行，賦予了警察人員執行職務時之法律依據¹²⁶。

另有學者認為，臨檢是警察對人或場所涉及現在或過去之某些輕微犯行產生「合理懷疑」時，為維持公共秩序及防止危害之發生，在公共場所或指定之場所對人民加以攔阻(stop 不等於 arrest)、盤詰(並不等於訊問)、檢查(並不等於搜索)的執行勤務方式¹²⁷。

¹²⁴ 當舖業管理規則第三十一條規定：「當地警察機關對於當舖業得視需要予以查察，必要時並得實施臨檢。」

¹²⁵ 吳逸夫，2006，頁 12 以下

¹²⁶ 同前註，頁 9 以下，

¹²⁷ 林俊益，2002.02，頁 18。

現今警察職權行使法中，並無「臨檢」字樣出現於條文中，而是以「身分查證」取代臨檢態樣，警察職權行使法中第六條第一項明定，警察於公共場所或合法進入場所，得對於下列各款之人查證其身分：

- 一、合理懷疑其有犯罪之嫌疑或有犯罪之虞者。
- 二、有事實足認其對已發生之犯罪或即將發生之犯罪知情者。
- 三、有事實足認為防止其本人或他人生命、身體之具體危害，有查證其身分之必要者。
- 四、滯留於有事實足認有陰謀、預備、著手實施重大犯罪或有人犯藏匿之處所者。
- 五、滯留於應有停(居)留許可之處所、而無停(居)留許可者。
- 六、行經指定公共場所、路段或管制站者。

其實，警察在日常勤務中，執行臨檢、盤查人民身分之情形相當頻繁，但對於私人住居所，警察人員非依法不得對其以「臨檢」手段任意為之。在制定了「警察職權行使法」後，有關「身分查證」之法律規定，與警察勤務條例之「臨檢」的意義已大不相同。

第二款 臨檢之對象

在臨檢對象上，依照釋字五三五號解釋所提到的，可分為場所(處所、交通工具及公共場所)與人兩種，釋字文中就私人居住之空間，並有應受住宅相同保障之規定。其實，釋字文就臨檢對象之分類是否允當，有許多學者有不同之看法¹²⁸。

本文認為臨檢之對象仍似以人為原則，對於場所之臨檢，應以之為

¹²⁸ 臨檢對象之分類，從學者們在本號釋字座談會的評論意見不一可略建梗概，茲整理如下：

蔡庭榕：本號釋字對臨檢之區分尚有不足，應包含對人、對物、對處所及對資訊等四種所施予之相關職權措施。對人之臨檢主要在於身分查證，措施主要包括攔停、拍搜(拍觸)、暫留、詢問、要求出示證件、同行、訊問等；對物則有扣留、處置、使用與限制使用等；對處所為進入與進入後之搜查；對資訊為錄音、錄影、儲存、傳遞、使用等。

陳瑞仁：臨檢之實施，為何要區分對場所及對人？在比較法上，又於美國憲法強調第四修訂條款是保障人，而不是地。場所是視為人對於該地有無合理的隱私期待，譬如員警位於有權站立之處，則既然民眾沒有合理的隱私期待，警察自得就目光所及之處進行臨檢盤查程序。本文同此見解。

林鈺雄：本號釋字臨檢之分類，以人或場所作區分，在比較法上似乎沒有依據...

林明鏞：個人認為臨檢原則上應以人對象，對場所之臨檢應稱為一般之行政檢查。對人之臨檢可參考美國判例法，以有無交通工具作區分，有交通工具者因其可迅速脫離警察實力支配範圍外，並對社會治安造成立即影響，故在要件上應較為寬鬆。

人所得控制之場所來思考隱私期待的概念來接受較為妥當，當然的，對私人住宅之臨檢是不合法的，因為這已經是搜索的範圍，應依照刑事訴訟法相關規定來發動，否則，以臨檢為名來檢查私人住所就是違法搜索。

第三款 臨檢之實施要件

警察的臨檢可分為對人的臨檢與對處所的臨檢，依釋字第五三五號解釋意旨，對處所臨檢以「已發生危害或依客觀、合理判斷易生危害」為要件。而對人之臨檢「須以有相當理由足認其行為已構成或將發生危害」為要件。實務上，對處所為臨檢，會涉及人，對人為臨檢，亦會涉及各種處所。李震山認為，不論是臨檢或盤查，都應以查證、確認人的身分為主，再旁及處所，此可仿德國各邦警察法相關規定為依據，以明確的「查證身分」，取代含混的臨檢，至於需要對場所為檢查，再另以其他法條規範並為依據¹²⁹。茲因警察勤務條例就臨檢之實施要件未為規範，為說明方便，以下就「德國聯邦與各邦統一警察法標準草案」（以下簡稱標準草案）第九條為依據¹³⁰，分述如次¹³¹：

（一）防止具體危害

標準草案第九條第一項第一款：「為防止危害，警察得查證身分」，係指對於肇致危害之人得行使盤查權，該危害則僅限於「具體危害」（Konkrete Gefahr），不得任意擴張。具體危害應指「在具體案件中之行為或狀況，依一般生活經驗客觀判斷，預料短期間內極可能形成傷害（Schaden）的一種狀況（Zustand）。」因此，案件必須具體，危害發生須

¹²⁹ 李震山，2002.04，頁 74。

¹³⁰ 該條文內容為：「(1)有下列個款情形之一者，警察得查證其身分：1.為防止危害；2.當其滯留於某地；(A)依實際線索，依經驗認為該地：(a)有約定、預備、實施犯罪行為之人；(b)聚有無停(居)留許可證明之人；或(c)有人犯藏匿；或(B)該地有人賣淫；3.當其滯留於主要交通設施、重要民生必需品之生產儲存設施、大眾交通工具、政府辦公大樓、或其他特別易受傷害之標的物，或滯留於其直接不遠之處，」且有事實足以認為於該類標的物內或周圍將可能實施犯罪行為，且該犯罪行為會危害標的物內或周圍之人或危害標的物本身；或 4.於警察為防止刑事訴訟法第一百條或集會法第二十七條所指之犯罪行為所設之管制站。(2)警察在查證身分得採取必要措施；如令關係人停止前進以詢身分，並令其交付所攜帶證明文件以便查驗。當關係人之身分無法或有相當困難加以確定時，可將其留置。合於第三句要件下，關係人及其隨身攜帶之物得被搜索。(3)當關係人依法有義務隨身攜帶證明文件時，警察得要求其交付該文件查驗。」

¹³¹ 李震山，《人性尊嚴與人權保障》，2001年，261-265頁。

有不可遲延性、可能性及傷害性，具體危害要件方能構成，警察盤查權之發動才有依據。

(二) 防止潛在危害

為防止警察權濫用或過度擴張，立法者乃將警察應防止之危害界限限定於「具體危害」，此種原則性之規定，大都適用於警察消極排除危害，或防止危害之工作領域；但某些特殊工作領域上，警察尚須致力於「預防危害工作」，此時若受制於警察僅得防止具體危害，則無法將觸角延伸至危害可能產生之前期階段。為調和兩者關係，立法者乃以例外規定來彌補原則規定之不足，並強調「例外正是用以確認原則」(Exceptio firmat regulam, in casibus non exceptis)。以下所述，正是法律特別授權，警察所防止之危害，得不限於「具體危害」，而擴及「潛在危害」(potentielle Gefahr)。

1、對滯留於「易生危害地點」之人行使盤查權

滯留於「易生危害地點」之人，惟未必然為肇致「具體危害」之人，但基於該地點產生危害可能性極高，警察權若不能適時介入，恐貽誤事機，事後再處理，事倍功半。「易生危害地點」依「標準草案」第九條第一項第二款規定為，據實際線索，依經驗認為(a)約定、預備，實施犯罪行為之地。(b)聚有無停(居)留許可證明人之地。(c)有人犯藏匿之地。或(d)賣淫之地。德國警察正是以此款之規定，作為集體盤查之依據，所謂集體盤查者，乃是由警察暫時封鎖某地，集體對留滯該地之人行使盤查之依據。

上述規定，雖然限制「易生危害地點」之範圍，但彈性仍極大，對警察打擊犯罪，防止危害實務工作而言，有其正面意義，但相對的就須自我節制，因為依上述要件，警察幾乎可以經常在大百貨公司行使集體盤查權，因為依經驗顯示，常有人在百貨公司內犯竊盜罪。雖然大部分學者都認為「標準草案」第九條第一項第二款規定並不違反憲法精神，但有些作者卻不以為然，他們建議，所謂「易生危害地點」之認定，不應由警察為之，而是由警察機關先請求管轄法院依具體案件裁定之，以便取得行動準據。

2、對滯留於「易遭危害地點」之人行使盤查權

「標準草案」第九條第一項第三款明白授權，警察得於「易遭危害地點」(an gefährdeten Orten)行使盤查權，所謂易遭危害之地點特別是指，有交通設施、重要民生必需品生產儲存設施、大眾交通工具、政府辦公大樓等標的物(Objekten)所在之地點。當有人滯留該標的物之內或附近，有事實足以認為將可能實施犯罪，且將危及該地點之人或物時，警察方得行使其盤查權。

警察於「易遭危害地點」行使盤查權，並不以「具體危害」為構成要件，只要該標的物將有可能遭致犯罪行為之破壞即可，譬如，有事實足認某郵局將受爆炸威脅，但該威脅必須與該「標的物」之功能，任務運作有直接關係，假若只準備在郵局內偷竊，則不能構成盤查要件。

3、對於通過「管制站」之人行使盤查權

此處所謂之管制站(Kontrollstelle)，係指臨時設置者而言，設置該臨時性之管制站，依「標準草案」第九條第一項第四款規定，必須是為了防止德國刑事訴訟法第一百條a及集會法第二十七條所指之犯罪行為方有設置臨時管制站之可能。

德國刑事訴訟法第一百條a主要是規定對某種犯罪得實施「通訊監聽之條件」，厥為重大犯罪行為。集會法第二十七條則為不得攜武器或得以損害人、物之器械參加遊行之禁止規定，在遊行人群尚未聚集前，設管制站以為盤查之用。

第二項 臨檢與搜索之轉換

第一款 臨檢與搜索之關聯

警察在臨檢與搜索之任務上有其特殊性，兼負行政與司法警察角色於一身，在警察實務運作的執行上，因行政與司法的臨界點模糊不易劃清，以致造成警察時有為達成刑案績效，基於犯罪偵查之司法追訴目的，而發動實為行政上預防犯罪的臨檢措施，即形式上雖以臨檢名義為

執行理由，但實質上卻是要達到司法強制處分的搜索效果與目的，混淆了臨檢與搜索的法制屬性，甚而因為基於行政便宜及治安績效的考量，習慣於以「釣魚式」的犯罪偵查模式，假臨檢之名，行搜索之實，不當濫用職權，架空刑事訴訟法令狀主義的機制，戕害人民的自由與權利，是警察臨檢行為，最為人詬病之處。

刑事訴訟法之目的，不外乎發現真實與保障人權，實定法中的條文立法規範，即為此二大目的調和下之產物。我國刑事訴訟法有關搜索之規定，是以有無使用搜索票，區分為「要式搜索」與「不要式搜索」二種方式，亦即以刑事訴訟法第一二八條的要式搜索規範為原則，另以不要式搜索規定為例外，而不要式搜索則以法有明文規定者為限，諸如刑事訴訟法第一百三十條到一百三十一條之一的附帶搜索、逕行搜所、緊急搜索與同意搜索等類型。我國刑事訴訟立法之目的，是以「令狀主義」為門檻，在國家真實發現、追訴犯罪的利益之外，並兼顧程序正義的人權保障，是在權衡妥協相關法益後的立法結果。

要式搜索行為，是由法院完成事前審查的正當性程序，始核予搜索票，且明確記載應搜索之被告或應扣押之物，及應加搜索之處所、身體或物件，在實務運作上，令狀搜索的運作，警察較少受到議論；值得關注與論述的是，不要式的附帶搜索及同意搜索，因未經事前的司法審查，正當法律程序較有爭議，而且是由司法警察憑主觀經驗法則或既存的事實現況來裁量，尤其是第一百三十一條第一項第三款，逕行搜索要件中的「有事實足信為有人在內犯罪而情形急迫者」條文中，即具有濃郁的不確定法律概念；另外就「同意搜索」部分而言，其內容為「搜索，經受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票，但執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄。」然其所稱之自願性同意，需綜合一切情狀而為判斷，在搜索或訊問亦或在徵詢其是否自願性同意等方式下，是否有威脅性、同意者意識薄弱、教育程度、智商等均應考量，其中灰色模糊的解釋空間甚大，是最易與警察臨檢行為錯置運用，甚至有「不當聯結」的問題產生，正是臨檢與搜索最具關聯性的核心議題。由於現代刑事訴訟法目的之演進，乃於確實保障人權的前提下，再為實體的真實發現，是以，警察偵辦案件，自應跳脫純粹追求真實發現的窠臼，方能避免為求破案而不惜違法取證的錯誤觀念。

第二款 臨檢與搜索之區別

臨檢是警察攻勢勤務的一種方式，是警察類型化措施中，最常行使的職權活動，其要件規範較為寬鬆，主要係規範在警察行政法規中；而搜索則是基於證據保全與發現真實的目的，為發現被告或犯罪證據物件，及可得沒收之物，對於被告或第三人的身體、物件、住宅或處所，施以搜查的強制行為，屬刑事司法強制處分的一種類型，是檢察官或法官的職權，警察人員只有執行權，且係規定於程序、要件規範嚴謹的刑事訴訟法中，顯見臨檢與搜索的法制體系是有所差異，分別規屬於不同的法律體系。搜索是刑事訴訟法上的典型強制處分，是警察蒐集證據的重要手段，我國刑事訴訟法於制定初始，即就搜索的發動要件與執行程序，有明確的規範；反觀臨檢的法制規範嚴重不足，常被警察援引而利用於搜索之強制處分範疇，扭曲了法制規範的目的與意涵。

再者，大法官會議釋字第五三五號解釋中，警察臨檢實施之手段：檢查、路檢、取締或盤查等不問其名稱為何，均屬對人或對物之查驗、干預，影響人民行動自由、財產權及隱私權甚鉅；對於搜索而言，搜索是以人民有犯罪嫌疑而須以搜索之強制手段來蒐集犯罪之證據，且依法須經該管法院審核為原則，對於人權保障、有著實質上的效果。為了彌補所謂行政搜索無須令狀，所可能產生的行政權專擅濫用，進而侵犯人民權利自由的弊害，根本解決之道，應是以嚴格的區分司法與行政原則，作明確性的規範。

警察勤務條例第十一條第三款賦予警察臨檢的規定，警察可據此執行取締、盤查及有關法令勤務，所以，除非在發動臨檢勤務之後，發現有該當於刑事訴訟法附帶搜索或緊急搜索的構成要件外，警察是不得採行強制性的搜索措施。而臨檢時所使用的盤詰檢查手段，其目的是在藉由盤查來釐清所發現的各項疑點徵候，是「輔助質疑」的功能；另臨檢係警察的勤務活動，性質上是一般的犯罪偵防，實施對象或處所多屬一般而非特定。其次，臨檢僅能實施任意性作為，盤查僅限於目視所及或觸手可及之處，作表面的觀察或探求，更不能任意搜身或翻箱倒櫃式的搜索，故臨檢與搜索是不能相提並論的。質言之，臨檢不是搜索，臨檢

更不可逾越法定的必要範圍¹³²。

臨檢與搜索之差異，可分為以下七點說明¹³³：

- 1、 **主體之不同**：依據刑事訴訟法之規定，搜索之主體得為檢察官、司法警察官與司法警察；而臨檢主體則為警察。其不同乃在於搜索係證據與被告取得手段之司法行為，而臨檢乃是維持秩序目的之行政行為所致。
- 2、 **干預權利不同**：搜索所干預人民之基本權，包括人身自由、居住權、財產權與隱私權，而臨檢所干預者為人身自由權(憲法第八條)、財產權(憲法第十五條)與隱私權¹³⁴等，從這裡觀察，臨檢干預的權利較之搜索廣而且淺。
- 3、 **發動要件不同**：搜索之發動要件，或謂門檻，為刑事訴訟法第一百二十二條所規劃之必要時、相當理由，以及無令狀搜索中有特別規定之「有事實足認」等；而臨檢之發動要件應參酌美國法訂為「合理懷疑」，原則上而言，臨檢之發動門檻所要求之相當或然率應低於搜索，理由在於其干預權利、範圍與強度皆較搜索為低。
- 4、 **實施對象不同**：搜索之對象，除有被告(人)與證據(物)而分為拘捕搜索與偵查搜索，尚包括第三人；而臨檢之對象，釋字 535 號分為人與場所，本文認為應以人為原則，場所視為人所控制之空間。
- 5、 **實施內容不同**：搜索應符合比例原則；臨檢則限於攔停、查證身分、取締、檢查與要求同行等法律明文規範之程序。
- 6、 **實施強度不同**：搜索之強制性質原則高於臨檢，但會受個案不同的限制，因此在憲法實質原則的適用上也有不同的情形。
- 7、 **實施範圍不同**：搜索之範圍，只要是搜索票記載範圍內(無令狀搜索則應注意遵守法律規定之合理範圍內)，並且合於搜索對象而可能存在之合理場所，例如拘捕搜索之進入被告住宅，打開抽屜即

¹³² 同前註 125，頁 124。

¹³³ 同前註 76，頁 71。

¹³⁴ 搜索與臨檢雖皆會干預人民之隱私，惟在程度上有極大差別，以私人之住所為例，其即非臨檢所得執行之範圍。因此臨檢所干預人民之隱私，在程度上可說是極輕微的(例如要求查驗身份)。

非合理之範圍；而臨檢之範圍則應受到形式面及實質面的雙重拘束，形式上，警察之臨檢必須置身於有權滯留之空間，實質上，臨檢範圍應受目光所及的概念所拘束，並不是只要在有權滯留的空間，就可以進行等同搜索的搜查行為。

第三款 臨檢與刑事偵查程序之轉換問題

臨檢程序與刑事偵查程序在程序進行上之要件與效果完全不同，尤其在人權保障方面，二者程度上更不相符。刑事偵查程序賦予被告防禦權、緘默權、拒絕陳述權、選任辯護人之權與調查有利證據請求權¹³⁵；而在臨檢程序卻欠缺同樣的保障程序。

臨檢程序與刑事偵查程序均由相同之人並同時進行下，恐使當事人渾然不知其當下正進行的程序是屬於行政行為或刑事程序？因之，在保護人權為目的之前提下，確有臨檢實施程序中，發現當事人涉有犯罪嫌疑，即具有將臨檢程序轉換為刑事偵查程序之必要。此外，在轉換程序中，應依刑事訴訟法第九十五條第一款之規定，踐行權利告知義務，此乃犯罪嫌疑人或被告在刑事程序上受告知和聽聞之權利之一，為行使防禦權之基本前提，屬於人民依憲法第十六條所享訴訟權保障內容之一¹³⁶，旨在使犯罪嫌疑人與被告能充分行使防禦權，以促進程序之公平¹³⁷。

如警察基於合理懷疑發動臨檢後，發現受臨檢人持有違禁品，則此時應接續轉換為刑事偵查程序，依刑事訴訟法第八十八條¹³⁸，以現行犯逮捕之，同時告知第九十五條之基本權利，之後即完全依據刑事偵查程序進行。但有時未必能如此加以劃分，以警察執行交通稽查任務為例，有合理懷疑駕駛人酒後駕車，而加以攔停實施酒測，發現駕駛人酒精濃度超過標準值(0.55mg/L)，此時一方面警察必須以公共危險之現行犯將

¹³⁵ 刑事訴訟法第九十五條：「訊問被告應先告知左列事項：一、犯罪嫌疑及所犯所有罪名。罪名經告知後，認為應變更者，應在告知。二、得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述。三、得選任辯護人。四、得請求調查有利之證據。」

¹³⁶ 憲法第十六條：「人民有請願、訴願及訴訟之權。」

¹³⁷ 吳景欽，2000，頁 120。

¹³⁸ 刑事訴訟法第八十八條第一項：「現行犯，不問何人得逕行逮捕之。」第二項：「犯罪在實施中或實施後即時發覺者，為現行犯。」第三項：「有左列情形之一者，以現行犯論：一、被迫呼為犯罪人者。二、因持有兇器、贓物或其他物件、或於身體、衣服等處露有犯罪痕跡，顯可疑為犯罪人者。」

駕駛人逮捕，進行刑事偵查程序，另一方面，必須依據道路管理處罰條例，對駕駛人開出罰鍰，適用行政罰法。但此際仍以刑事訴訟程序優先適用，因為刑事程序對人權之保障較為周延¹³⁹。

¹³⁹ 邱智宏，2004，頁 15。