

「同意搜索」前搜索人員之告知義務—近期實務見解軌跡之觀察

提 要

作者／林文村

「同意搜索」性質上屬受搜索人捨棄其憲法上所保障之隱私權，同時為其隱私權消極的不行使，必以出於受搜索人之自願性同意。我國傳統實務在判斷「自願性同意」之標準，不以搜索人員告知受搜索人有拒絕同意之權利為必要，但近期最高法院改採肯定說，如此之發展軌跡，對司法警察在執行同意搜索前應踐行之程序，產生重大的影響，往後是否成為實務之通說，值得關注。

關鍵詞：同意搜索、基本權之捨棄、自願性同意、告知義務、必要條件

壹、案例事實與問題提出

一、案例事實

甲明知具殺傷力之爆裂物係槍砲彈藥刀械管制條例所管制之違禁物，非經中央主管機關許可，不得製造或持有，竟仍基於製造具有殺傷力之爆裂物之犯意，於105年6月間某日，在其斯時位在新北市居所內，以將鞭炮內火藥、打擊釘槍用邊緣底火之空包彈1枚，及金屬鋼珠24顆等物，填塞至銀色塑膠瓶狀容器內，並連接爆引蕊之方式，製造結構完整、具有殺傷力之點火式爆裂物1枚，而持有之。嗣於105年6月14日15時40分許，在其上開居所一樓大門外遭警員盤查，警察詢問甲能否看一下其隨身攜帶的手提袋，經其同意執行搜索，在其隨身攜帶之袋內，分別扣得具殺傷力及不具殺傷力之爆裂物各1枚，始查悉上情。

二、問題提出

本案警察在徵得甲之同意後執行搜索，涉及「同意搜索」是否合法的問題，我國刑事訴訟法（以下稱本法）第131條之1僅規定：「搜索，經受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票。但受搜索人應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄。」然有關受搜索人同意的前提要件、標準步

驟，乃至簽署同意書面的格式、內容、時間等記載法律規定均付之闕如，縱或法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第69點除重申「將其同意之意旨記載於筆錄」之規定外，另增訂得選擇「出具書面表明同意之旨」，以代筆錄之記載，但仍乏同意書面的格式、內容、時間等應記載事項之律定，更遑論搜索人員於取得受搜索人同意前應否告知其有權拒絕搜索之意旨。另本法為了配合刑法總則沒收制度之修正，於第133條之1第1、2項規定：「非附隨於搜索之扣押，除以得為證據之物而扣押或經受扣押標的權利人同意者外，應經法官裁定。」「前項之同意，受搜索人應出示證件，並先告知受扣押標的權利人得拒絕扣押，無須違背自己之意思而為同意，並將其同意之意旨記載於筆錄。」即為「同意扣押」制度。上揭「同意搜索」與「同意扣押」二制度兩相比較後，最大區別在於「同意搜索」前搜索人員應否先告知「受搜索人得拒絕同意搜索，無須違背自己之意思而為同意」之意旨？本文為釐清此一問題，擬先從「同意搜索」本質談起，依次分別觀察學說與傳統院檢實務見解的發展軌跡，最後分析近期最高法院見解所造成之影響與評析，提供司法警察執行「同意搜索」時之參考。

貳、「同意搜索」的本質

「同意」者，係指一種意思表示，一個人通過此種意思表示，聲明其願意忍受第三人（尤其是國家機關）對於自己權利的干預與介入，且「同意」不僅是容忍他人介入自己權利的意思表示，同時，同意者透過自我決定之權限，合法、自由的放棄法律保護的行為。正因如此，「同意」亦可以排除第三人行為的違法性，使該第三人的行為合法化。不過，「同意」之舉究應係基本權的捨棄？抑或基本權的消極不行使？則有不同之看法，我國學者大致上有採「同意為基本權之捨棄說」¹及「禁止政府為不合理之搜索說」²，國內多數見解認為同意搜索所侵害的基本權，性質上屬於得拋棄之類型，³實務亦採此見解，認為同意搜索係因受搜索人既已自願放棄其隱私權，而同意任由執行搜索之公務員予以搜索，即毋庸按一般令狀程序為之。⁴

所謂基本權之捨棄，指基本權主體針對國家，透過意思表示表達自己針對特定的個案或者在特定期間之內，不想「主張」源自於特定基本權的個別權限；亦可謂同意國家對自己基本權所保護之法益得以採取干預措施，進而使得國家之干預合法化，不得認定違法侵害。前面的定義，基本上可以獲得以下結論：基本權的捨棄並不等於完全失去基本權保護之領域，應理解為屬於人民基本權的一種「行使」方式而已，亦即，捨棄基本權不過是「基本權消極不行使」的方式之一。⁵換言之，基本權之捨棄既然不能理解為終局性的喪失基本權而不復存在，當然可以隨時再度主張而行使之。是以，搜索之強制處分，本已侵害憲法上所保障人民的隱私權，經受搜索人同意後之搜索，既然不能解為此次搜索過程中終局放棄隱私權，自得隨時撤回拋棄而繼續主張隱私權而不受他人之干預或侵害，⁶此乃受搜索人所擁有不同的選擇權利使然。

從上所述，「同意搜索」本質，乃人民隱私基

本權之捨棄，依此角度觀察，受搜索人在捨棄隱私基本權之保障，而為同意搜索意思表示時，應如判斷此意思表示為有效？本文認為自意思表示形成之過程分析，一個自主的人欲為有效的意思表示，主觀上必須要能「知」，才能為符合真義的對外表示，而「知」的要素，則必須符合「知道搜索所侵害之隱私權是憲法所保障之基本權」、「知道該隱私基本權為其可自主的行使或不行使而不受他人所控制」及「認知該隱私基本權的行使或不行使之效果」。其中第二的要素即為本文所欲探討者，受搜索人如何知悉其可自主的主張行使或不行使隱私基本權的關鍵。

參、學說看法

我國學者在探討取得受搜索人同意前是否應先告知其有權利拒絕，有持肯定見解者，認為基於：一、受搜索人常誤以為有忍受之義務，二、受搜索人難以判斷合法與違法強制處分之區別，三、受搜索人必須擔心不同意所帶來之不利益等理由，且為防範國家與個人間之資訊落差國家機關必須於取得受搜索人同意前，先踐行一定程序之告知義務，告知其在法律上並無配合或忍受義務，一來確認受搜索人真意，二來杜絕未來證明程序之爭端。⁷除此，德國學者主張國家機關於此負有教示(Belehrung)之義務，德國法院於實務運作上，亦認為僅有在明確告知受搜索人「國家機關無權強行搜索」的情況下，其同意始為有效。⁸

但亦有學者採否定見解者，認為第一：法律上限制國家機關為訴追犯罪可隨意搜索人民之措施，是為保障人民之居住權，與緘默權乃基於不自證己罪與保障人性尊嚴之內涵並不相同，且同意搜索往往發生同意者所熟悉之環境與勢力範圍，與本法第95條第1項告知義務踐履乃係警察支配管領的環境中，彼此處於對峙的狀態亦有不同；⁹第二：同意搜索常發生於警察調查時，出於非常直接、自然的

1 林鈺雄，搜索扣押註釋書（台北：作者自版，2001年9月），頁165。；林俊益，刑事訴訟概論上（台北：新學林出版股份有限公司，2012年9月），頁320。

2 王兆鵬，搜索扣押與刑事被告的憲法權利（台北：作者自版，2001年11月），第160頁。

3 林錦村，同意搜索，法令月刊（台北），第50卷第12期，1999年12月，頁18。

4 最高法院98年台上字第6142號刑事判決參照。

5 李瑞敏，論強制處分之同意，國立政治大學法律學系研究所碩士論文，2003年7月，頁12～14；林宗陽，警察實施同意搜索之研究，中央警察大學刑事警察研究所碩士論文，2015年11月，頁26。

6 最高法院109年台上字第1832號刑事判決參照。

7 林鈺雄，刑事訴訟法（上冊）—總論編（台北：作者自版，2003年9月），頁270、354；林鈺雄，90至92高等法院座談會之評釋—以干預處分及證據問題為中心，月旦法學雜誌（台北），第114期，2008年10月，頁77；林鈺雄，同註1，第176頁。

8 立法院第9屆第1會期第7次會議議案關係文書（院總第161號）。

反應，而徵求在場人之同意，此點與一般告知義務踐行時，受拘禁的訊問狀況有別。因此，就憲法理論之解釋言之，同意搜索事前並無先踐行所謂權利告知之程序。¹⁰

學說上的爭執並非無端，實來自於「同意搜索」在立法上並無規定搜索人員在取得同意搜索前應善盡告知受搜索人得拒絕同意之旨之義務（以下稱告知義務）所致，但縱使是採否定說之學者，亦不反對立法者如願意做更嚴謹的規範，亦未嘗不可。益徵，不論肯定說或否定說均認為「同意搜索」前搜索人員應踐行告知義務，使受搜索人處於能充分理解的狀況下，捨棄憲法對其隱私權的保障與了解同意的意義，且需要在知道可以拒絕受搜索人的前提下表示同意，不僅能擔保其出於自願性同意，亦為「同意搜索」本質所然，更能擔保「同意搜索」程序正當性。本文亦認為，如果「同意」是一個人自由意志與未受拘束下所為之選擇，那麼確保其選擇自由的最好方法，當然是在取得同意前，先告知其擁有作出不同選擇的權利。所以，搜索人員必須在受搜索人同意搜索前告知其有拒絕的權利為宜。

肆、實務發展的軌跡

我國實務見解之看法，往往是檢警察機關在執行偵查作為或法院判斷合法性與否時，非常重要的準繩，而「同意搜索」前搜索人員是否應先踐行告知受搜索人得拒絕之意旨亦然。關此，以下略述實務見解發展的軌跡，俾利於進一步分析實務見解的走向。

一、傳統實務見解

首先應觀察者，審檢警三方針對執行「同意搜索」之補充性操作規範，均規定在判斷同意人是否出於自願性同意時，除搜索人員應先查明其是否確具同意之權限，將其同意之意旨記載於筆錄，由受搜索人簽名或出具書面表明同意之旨，並斟酌同意當時之客觀情狀、同意人之精神狀態、理解能力等

一切情形綜合而為判斷。例如，搜索訊問的方式是否有威脅性、同意人意識強弱、教育程度、智商等，均應綜合考慮。¹¹因此，同意搜索前搜索人員應否先踐行告知義務，茲此尚非形成判斷是否出於自願性同意之要件。

其次，依法務部2007年5月28日法檢字第0960801837號函釋：「依刑事訴訟法第131條之1規定：『搜索人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄』，並未規定搜索人員應告知受搜索人有拒絕之權利及同法第95條明示有關訊問被告前，搜索人員應負事先告知之義務。且同意搜索前，既需徵詢受搜索人同意搜索與否，搜索人員如不同意，本可拒絕搜索人員之要求，與搜索人員事先告知受搜索人可拒絕同意搜索之意旨相同，故在徵詢同意之前，毋庸再予告知受搜索人有拒絕之權利。」檢察體系已明確認為法既然無明文規定，且同意搜索前，既需徵詢受搜索人同意搜索與否，即與事先已告知可拒絕同意搜索之意旨相同，¹²而採否定說。

再者，最高法院判決長期以往受上開補充性操作規範之影響，認為受搜索人自願性同意搜索，係以搜索人員於執行搜索前應出示證件，查明受搜索人有無不同意之權限，並應將其同意之意旨記載於筆錄，由受搜索人簽名或出具書面表明同意之旨為程序規範，並以一般意識健全具有是非辨別能力之人，因搜索人員之出示證件表明身分與來意，均得以理解或意識到搜索之意思及效果，而有參與該訴訟程序及表達意見之機會，可以自我決定選擇同意或拒絕，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺或其他公權力之不當施壓所為之同意為其實質要件。¹³此為最高法院向來所採否定說的見解。有些下級法院除堅守「現行刑事訴訟法並未對同意搜索設定一定之法定程序以資控制，而難據此認本件之取證過程有何違法」之傳統見解外，更直接明確表示我國法對同意之方式，並未若美國大部分警局之作法，係由同意人簽署同意無令狀搜索文件，記明書寫日期及

9 黃惠婷，同意搜索與違反令狀原則之法律效果—，台灣高等法院八十八年度上訴字第二九五七號判決評釋，台灣本土法學雜誌（台北），第27期，2001年10月，頁72。

10 王兆鵬，刑事訴訟法講義（一）（台北：元照出版有限公司，2003年3月），頁240、241；王兆鵬，美國刑事訴訟法（台北：元照出版有限公司，2003年3月），頁167。

11 警察機關執行搜索扣押應行注意要點第15點、檢察機關實施搜索扣押應行注意事項第27點、法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第69點等規定參照。

12 「同意搜索」必搜索前先得受搜索人之同意，始足當之，而事先徵詢受搜索人之同意，乃取得其事先同意之方式之一；另事先告知可拒絕搜索之意旨，為判斷是否出於自願性同意之要素，未受告知而行使拒絕權，並非全然出自於早已知悉有拒絕之權利，相同情形同意搜索者，亦非在知悉得拒絕之情形下而為同意。惟法務部見解卻以事先取得受搜索人同意即視為與事先已告知可拒絕同意搜索之意旨，而得豁免受搜索人之告知義務，推論過程不免有疑義之處。

13 最高法院96年度台上字第1630號、100年度台上字第1731號刑事判決參照。

簽名，同意文件內容為已告知被告無令狀有權利拒絕司法警察之搜索，¹⁴在立法上宜課予國家偵查機關對於經同意之搜索，應踐行告知受搜索人在法律上並無配合或忍受搜索義務之程序後，始能正當化同意作為搜索強制處分之合法性事由。¹⁵

經由上述見解可知，綜合性判斷的說理過於抽象，不僅難以掌握受搜索人之真義，及難以理解其權利之內涵，搜索人員更易便宜行事，而產生紛爭。本文認為更有以下幾點理由未臻充分或矛盾之處：

(一)審檢警三方所分別訂定之補充性操作規範，僅為搜索人員或法院判斷「同意搜索」是否出於自願性同意之原則性規定，違反者，必影響搜索所得證據之證據能力，但未違反者，亦未必能完足擔保受搜索人係出於自願性同意，乃當然之理。

(二)法務部函釋，先以法無明文作為基礎，卻又強調「事前徵詢受搜索人同意搜索與否」與「事先告知受搜索人可拒絕同意搜索之意旨」同義，顯見其亦認為搜索人於取得受搜索人「同意搜索」前應有告知義務，只是此告知義務可以被「事前徵詢受搜索人同意與否」所取代而已。另前者僅得就搜索筆錄或同意書為形式觀察，滿足後尚不足即認受搜索人是出於自願性同意，否則，上開補充性操作規範何以須另闢多項判斷要素；而後者主要目的在實質上確保受搜索人之自願性同意（詳如後述），二者的規範目的並不相同，自不得相互比擬、互為替代。

(三)本法規定搜索人員出示證件，只是執行同意搜索之程序要式，具有表明身分與來意的作用，若隱匿身分出示假證件，即屬詐欺手段，而與同意搜索之要件不符。¹⁶最高法院卻過度延伸出一般意識健全具有是非辨別能力之人，因此即得了解或意識到搜索之意思及效果，更跳躍式的認為受搜索人經由搜索人員證件之出示，即獲得參與訴訟程序即表達意見之機會，更進一步的可以自主決定是否參與「同意搜索」程序與表達意見，完全無說理過程，誠屬遺憾。

二、近期實務見解

上開院檢實務不無機械化地操作「綜合判斷法」進行個案認定，在檢警人員無使用不正方法的情形下，僅考量受搜索人是否能理解簽署「自願受

搜索同意書」之效力，而不考量受搜索人之心理狀態是否出於恐懼而不敢不同意、亦不考量受搜索人是否知道自己有選擇拒絕同意之權利。在傳統實務見解下，易導致同意搜索只有一個要件，那就是受搜索人的書面同意，只要受搜索人簽署同意書，即無從抗辯搜索的合法性，以及搜索所得證據之證據能力。

晚近最高法院則一改傳統的看法，認為「為避免偵查機關濫用，於其實施同意搜索時，仍不得逾越必要之範圍，且所踐行的程序應合理、正當，並應遵守刑事訴訟法其他關於搜索的規定。即係以搜索人員於執行搜索前應出示證件，查明受搜索人有無同意的權限，並應將其同意的意旨記載於筆錄或書面，由受搜索人簽名或出具書面表明同意之旨為程序規範，並以一般意識健全具有是非辨別能力之人，因搜索人員出示證件表明身分與來意，均得以理解或意識到搜索的意思及效果，而有參與該訴訟程序及表達意見的機會，可以自我決定選擇同意或拒絕，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺或其他公權力之不當施壓所為的同意為其實質要件。」¹⁷既謂『同意搜索』，搜索人員應於詢問受搜索人同意與否前，先行告知其有權拒絕搜索，且於執行搜索過程中受搜索人可隨時撤回同意而拒絕繼續搜索，即受搜索人擁有不同選擇的權利。¹⁸此見解與學者肯定說之見解同，即課予搜索人員（警察、憲兵或調查局人員等司法警察）事前有告知受搜索人得拒絕之義務。

上揭最高法院判決對平衡國家與個人資訊不對等及人民權利之保障有開創性的功能，但會否成為實務上主流意見，進而影響目前偵查實務上之作法，或修法的參考，值得持續關注。

伍、近期實務之評析

近期實務見解或許不是創舉（因第133條之第2項「同意扣押」早已明文規定受搜索人之告知義務），立法委員亦早在2016年認為應參酌第95條第1項第2款之規定，增訂搜索人員發動同意搜索之「告知義務」，其必須於搜索「前」，先行告知受搜索人得拒絕搜索，使其確實認知到自己可能即將面臨搜索並具有拒絕之權利，無須違背自己之意思而為同意，¹⁸提案修正本條之規定，可惜並未完成

14 臺灣高等法院臺中分院94年上更(一)字第243號刑事判決參照。

15 臺灣高等法院高雄分院92年上訴字第28號刑事判決參照。

16 林鈺雄，同註1，第175頁。

17 最高法院108年台上字第839號、109年台上字第543號、109年台上字第1832號刑事判決參照。

18 立法院第9屆第1會期第7次會議議案關係文書(院總第161號)。

修法程序。今最高法院基於法的續造機能，發展出「同意搜索事前告知義務」看法，以濟成文法之不足外，更具有引領實務開創性之作用。本文認同最高法院之看法，認為「同意搜索」所指之自願性同意，係指同意必須出於受搜索人具有自主性之意志，所為同意之意思表示，且要求同意於搜索前或搜索時就必須存在，要求同意必須是資訊充足、真摯，具有同意權限等要件，毋寧是法理上的必然，本來毋待法律規定。而「自主性之意志」，乃受搜索人在知悉其有權拒絕同意及同意後所生之法效果後，基於自己之自主決定所生之結果，並輔以非搜索人員強暴或脅迫而表示之同意。同意搜索既須受搜索人自願的情形下，方得為之，於同意搜索時偵查機關自應負告知義務，以確保所謂自願之真摯性，使同意人了解此行為會導致捨棄憲法基本權利保障之結果，同時偵查機關亦應告訴受搜索人可無條件的拒絕偵查機關之搜索，且不會有任何法律上不利利益的後果，如此一來，才能確認受搜索人係於真正自願性的情形下同意偵查機關搜索。¹⁹

但最高法院之看法在說理及實務執行層面容或有待解的疑義，諸如告知方式、告知內容及範圍及告知對同意搜索判斷的影響等，均有待釐清。

一、判決理由說理仍未臻完備

最高法院前半段判決理由，只是再度重申傳統實務見解對「同意搜索」所設下的程序規範及實質要件，並無不同的創見，但話鋒一轉，神來一筆的得到「既謂『同意搜索』，搜索人員應於詢問受搜索人同意與否前，先行告知其有權拒絕搜索，且於執行搜索過程中受搜索人可隨時撤回同意而拒絕繼續搜索，即受搜索人擁有不同選擇的權利。」之結論，似乎認為「同意搜索」之條文文義中受搜索人之「同意」，內涵上已要求應建立在先行獲得告知有權拒絕及隨時撤回同意之前提，倘若為真，則第133條之1第2項之「同意扣押」，又何以另外附加「並先告知受扣押標的權利人得拒絕扣押，無須違背自己之意思而為同意」之文字。最高法院如此跳躍式的論述方式，實無從自判決理由中，探知搜索人員「告知義務」法理形成之真義。

二、充分條件或必要條件

所謂充分條件，即具備「有之必然，無之不必然」的此種條件，亦即在一個命題中，如其條件對

於結論之成立是充分的，則此條件成立，則結論必然成立之謂，其表示方式為「若A，則B」、「只要有A，即有B」，例如「若天下雨，則地濕」，但「天下雨」、「水管破裂」、「灑水車灑水」等皆有可都是造成「地濕」的原因，故「無之不必然」。必要條件者，即具備「有之不必然，無之必不然」的此種條件，亦即在一個命題中，如其條件對於結論之成立是必要的，則無此條件，則結論必然不會成立之謂，其表示方式為「若非A，則非B」、「只要無A，即無B」，例如「無空氣即無生命」，但「有空氣並不一定有生命」，故「有之不必然」。

上面所述審檢警三方補充性操作規範可知，在傳統上受搜索人自願性同意之實質上判斷標準，必須審酌受搜索人同意當時之「內在情況」（即同意者意識強弱、精神狀態、理解能力、教育程度、智商、具有實質上之同意能力，以及其他一切情狀予以判斷）與「外在情況」（即詢問是否同意搜索之方式是否具威脅性、執行搜索人員不得施以任何強暴、脅迫、詐欺或其他不正方法）。²⁰至於程序上則以搜索人員於執行搜索前應出示證件，查明受搜索人有無同意之權限，並應將其同意之意旨記載於筆錄，由受搜索人簽名或出具書面表明同意之旨為程序規範。²¹

近期最高法院見解增列受搜索人之「告知義務」，雖係法明文所無，但除避免搜索人員利用與受搜索人間資訊落差取得其同意外，更可藉由「告知義務」程序的踐行，確保其自願性。而此程序究屬同意搜索之充分條件或必要條件，有必要加以釐清，以免受搜索人產生不必要的誤解。參酌最高法院決理由中所指，搜索人員徵詢受搜索人同意前踐行「告知義務」，在使受搜索人知悉有選擇同意或拒絕之權利，而以自主決定行使權利與否，倘有遺漏，不僅剝奪受搜索人參與訴訟程序及表達意見之機會，更足以影響受搜索人基於自主意志所為之決定，而應認為此同意搜索非出於自願性，此亦即有實務所稱為同意搜索之生效要件之一。²²但搜索人員已善盡告知義務，是否即足認定受搜索人出於自願性，而該當同意搜索之實質要件，上開實務補充性規範認為，尚應考量「內在情況」與「外在情況」等綜合一切情況加以判斷。因此，受搜索人踐

19 蘇品綺，論同意搜索，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2009年7月，頁62。

20 張熙懷，從公訴觀點談同意搜索，日新警察半年刊（台北），第6期，2006年1月，頁162。

21 最高法院100年台上字第1731號刑事判決參照。

22 最高法院108年台上字第2817號刑事判決參照。

行告知義務，只是足以影響受搜索人之自願性同意，而非決定性因素，若無，則屬非自願性同意，縱有，亦不必然符合自願性同意，尚應綜合其他要素判斷之，故性質上屬「必要條件」。

另須附言者，既然搜索人員告知受搜索人得拒絕同意為同意搜索之必要條件，則未告知受搜索人有權拒絕同意者，即無自願性同意可言，已毋庸再綜合審酌其他內、外等一切情況，因此，要求搜索人員於詢問受搜索人是否同意前，先行告知有權拒絕，應是「自願性同意」判斷之前提，²³而非僅是影響同意搜索有效與否的眾多因素之一，俟該當後再審查有無其他足以排除自願性同意之事由。畢竟，對於同意的認知，理應及於其可能擁有的選擇權與對其後果的認識。

三、告知事項之範圍

「同意搜索」所具有權利捨棄的本質，在人民權利意識高漲的今天，更應該積極的肯認必須具備嚴格之要件，才能避免弊端，²⁴而最高法院之見解針對告知事項之範圍，僅限於告知其有權拒絕搜索乙項，惟此是否足以擔保「告知義務」目的之達成，恐有疑義。本文認為告知事項範圍之深度、廣度為何，始能擔保其自願性同意，應從「告知義務」之目的談起。搜索人員應善盡告知受搜索人得拒絕同意搜索之目的，依前所述計有：（一）拉近國家與受搜索人間資訊的落差、（二）使受搜索人有參與程序及陳述意見之機會、（三）保障受搜索人自我決定之權利。

從人民的自我決定觀點來看，藉由法律課以人民義務使對其自由或權利行使加以禁止、限制，但終究仍不得侵犯屬內在的自由領域，以免害及人性尊嚴。²⁵在民主法治國時代，人民是主人，主人最大特徵就是能自己作主，也只能對自主下的決定負擔其後果。而「理性的自我決定」是一種不同於其他物種的人性本質，一個人如何進行「理性的自我決定」，無非是依其自己意志進行利弊得失衡量結果的展現而已，但仍必須以能充分體認自身處境，知其權利範圍及行使或不行使該權利可能引發的後果，盱衡全般因素為其前提。

基此，本文認為保障受搜索人自我決定權之系爭「告知義務」，單純告知受搜索人有權拒絕同意，尚不足以保障其能進行「理性的自我決定」，蓋能「知」並不一定能「理性的決定」，亦即，雖然經過告知而得知其有拒絕之權利，但未必能理性的行使權利，尚應參考本法第133條之1第2項同意扣押之立法例，告知其無須違背自己意思而為同意外，更有甚者，應告知其不同意亦不會有任何之不利利益。另外，同意搜索既植基於受搜索人基本權拋棄之法理，則受搜索人除一開始得選擇拒絕同意外，同意搜索後執行中，應可隨時改變心意，主張基本權之行使而撤回同意，方能周延的保障其自願性之同意，故受搜索人應併予告知得隨時撤回同意之意旨，始為允當。

四、舉證責任與證明方法之建議

關於自願性同意之舉證責任，究由受搜索人出具證據證明自己之同意係受不當干預影響而非出於自願性，抑或由檢察官證明受搜索人之同意出於自願性？法諺有云：「否認事實的人是不可能提供任何證明的，因而證明責任只能由主張事實的人來承擔」，亦即「誰主張，誰舉證」。²⁶英美警察實務認為事先備妥書面文件，交由受搜索人簽名，以供係出於自願性同意之用，便免產生事後爭議。²⁷本法第131條之1明定，同意之意旨「應記載於筆錄」，已較可杜絕爭議，亦給予檢察官較易善盡舉證責任之空間。²⁸學者更指出於自願性同意之狀態，係決定同意搜索是否成立之要件，自應由國家機關舉證證明，而非將人民非出於自願性同意之不利利益，委諸於人民自行舉證，否則，當人民無法舉證證明其同意非出於自願性，即視為已為自願性之同意，無疑豁免國家機關對於同意搜索合法性之舉證責任，實非妥當。²⁹法院實務亦有謂：「實施刑事訴訟程序之公務員於執行搜索職務之過程中，應隨時注意受搜索人是否確已同意，倘無法證明受搜索人於遭受搜索之初確已明示同意接受搜索，即不得徒以其並未反抗，遽認其業已自願性同意。」³⁰更有直指：「檢察官並未舉出○○○表示同意將上開通訊軟體line通話內容交由警員或調查人員查

23 蕭宜宏，同意搜索的自願性判斷標準—評最高法院100年度台上字第376刑事判決，法令月刊（台北），第63卷第8期，2012年8月，頁28。

24 西原春夫等5人，註釋刑事訴訟法（日本東京：立花書房株式會社，1990年7月20日），頁395。

25 李震山，人性尊嚴與人權保障（台北：元照出版有限公司，2001年11月），頁14、196。

26 孫笑俠，西方法諺精選 法、權利和司法（北京：法律出版社，2005年8月），頁111、112。

27 朱石炎，論修正之搜索規定，法令月刊（台北），第52卷第2期，2001年4月，第83頁。

28 陳瑞仁，同意搜索，司法周刊（台北）2001年8月29日，第1046期第2版。

29 黃翰義，同意搜索與相當理由，月旦裁判時報（台北），第26期，2014年4月，頁145。

30 臺灣高等法院93年上訴字第3507號刑事判決參照。

扣，或由其等直接開啟上述通訊軟體line後，交由警員或調查人員拍攝畫面之積極事證下，尚難認上述查扣通訊軟體line之通話內容，具有適法為有罪認定之證據能力。」³¹是以，受搜索人同意搜索時是否理解權利之內容及放棄後之效果，不無疑問，因此為避免搜索人員便宜行事，³²況檢察官具有攸關證明「自願性同意」之證據上優勢地位，且此積極之事實，如上法諺所指，本即應由主張之檢察官負舉證責任為是。

至於告知義務的踐行是否應以書面、或記載於筆錄為之？因搜索人員之此義務，並非源自於法律規定，故最高法院並未表示一定看法。一般警察人員執行搜索時所製作之搜索筆錄，僅要求記載「依刑事訴訟法第131條之1經受搜索人同意執行搜索。（受搜索人簽名：○○○）」³³，顯然過於簡略，尚無法彰顯受搜索人是出於自願性同意之旨。但實務上卻常以形式上有簽屬自願搜索同意書，在場尚有其他人在，即視為受搜索人對於搜索之實行已為自願性之同意，進而推論出受搜索人已符合同意搜索之要件。³⁴如此更彰顯實務非常重視自願搜索同意書的簽具，如前所述，學者即建議應將告知意旨及事項記載於同意書或筆錄，一來確定受搜索人之真意，二來杜絕未來證明程序之爭端。

本文認為告知義務之踐行，屬強制處分同意之程序要件，在取得受搜索人同意前，踐行之方式以口頭為之固無不可，但為杜絕日後告知義務是否踐行之爭議，應可另以書面詳載權利告知內容，抑或於本法第131條之1於筆錄內載明同意意旨時，同時載明受搜索人之權利狀況與其得拒絕同意之意旨，又為避免搜索人員與受搜索人於事後發生爭議，例如對於受搜索人究竟有無同意，或受搜索人究竟有無事前告知其得拒絕等情況，雙方有不同的認知，應參酌本法第100條之1之規定，自受搜索人出示證件起，至搜索行為終了止，應全程連續錄音「並」全程連續錄影，俾能有助於告知義務之落實及日後檢察官的舉證。

陸、結論

「搜索」本屬強制處分之一種，我國採行以法官核發搜索票之令狀主義為原則，以制約偵查機關

之權力，以保障憲法上所規範之人民隱私權權利，但另外因應搜索人員偵查犯罪任務時，所面對到的情況變化萬千，常常需要立即作出決定並採取適當、適法之行動，此時仍要求受搜索人向法院聲請搜索票始得搜索，往往緩不濟急，並不合理，而輔以不需令狀為例外。今「同意搜索」作為無令狀搜索之類型，勢必應規範較為嚴格之發動要件，才能避免侵害人民之隱私權權利。

由於實務有認：「同意搜索」乃放棄基本權對隱私的保護與令狀主義的堅持，本質上趨近所謂「任意處分」³⁵，惟為避免偵查機關濫用，於其實施同意搜索時，仍不得逾越必要之範圍，且所踐行的程序應合理、正當，並應遵守刑事訴訟法其他關於搜索的規定。近期實務一改傳統見解，增加搜索人員於取得受搜索人同意前應踐行之「告知義務」，以強化自願性同意之基礎，實為的論。但畢竟未成為實務通常之看法，釜底抽薪之計，應參酌第133條之1第2項之立法方式，予以明文化，以杜爭議。

雖然目前本法無規定，但搜索人員履行事前告知義務，成為國家公權力進行同意搜索的要件，如此解釋與適用，方符合程序性正當法律程序，也才能杜絕人民被同意的問題。在未明文化前，搜索人員應注意最高法院見解之發展，不宜再因襲以往，為確保受搜索人係出於「自願性」所為之同意搜索，在具體手段上除了「維持自願同意書的簽立」外，應進一步要求簽立時間、搜索人員事先告知得拒絕同意搜索的義務，確保所獲得的同意，並非來自「形式上」的自願，導致為法院認定違法搜索之情事。另在操作上應完善同意搜索書面及筆錄之記載內容，俾有利於自願性同意產生爭執時檢察官的舉證。

作者簡介

林文村 碩士

國防大學管理學院法律研究所碩士，現任
國防大學管理學院法律學系兼任講師

31 臺灣高等法院臺中分院108年原選上更一字第1號刑事判決

32 安富潔，演習講義 刑事訴訟法（日本東京：法學書院株式會社，2001年6月25日），頁84。

33 警察機關執行搜索扣押應行注意要點第10點附件二參照。

34 最高法院100年度台上字第1731號刑事判決。

35 最高法院108年台上字第839號刑事判決。