

從公訴觀點談同意搜索

張 熙 懷

目 次

- 壹、研究動機
- 貳、研究素材
- 參、90年7月1日刑事訴訟法修正施行前見解
- 肆、90年7月1日刑事訴訟法新增同意搜索規定
- 伍、90年7月1日刑事訴訟法新增同意搜索規定立法理由
- 陸、「法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項」中關於同意搜索規定
- 柒、「檢察機關實施搜索扣押應行注意事項」中關於同意搜索規定
- 捌、「警察機關執行搜索扣押應行注意要點」中關於同意搜索規定
- 玖、同意搜索之本質
- 拾、同意搜索程序之遵守
- 拾壹、有權同意之人
- 拾貳、同意事項之告知
- 拾參、自願性同意之意義
- 拾肆、同意搜索之客體
- 拾伍、同意之地點
- 拾陸、同意意旨之記載
- 拾柒、同意意旨筆錄製作之地點
- 拾捌、同意搜索法院之審查
- 拾玖、同意搜索之舉證責任
- 貳拾、權衡原則之適用
- 貳拾壹、結語

壹、研究動機

90年7月1日修正施行的刑事訴訟法，將我國實務行之有年的同意搜索，予以明文規定。其後，92年9月1日刑事訴訟法作重大變革修正，多年來施行之職權進行主義，順應世界潮流變遷，兼顧我國國情需求，採行改良式當事人進行主義，以庭審對抗方式進行訴訟程序，對證據之取捨秉持嚴謹證據法則，明定違法取得之證據原則上不得採為裁判之基礎等相關法則。筆者在臺灣臺北地方法院檢察署公訴組任職，負責檢察官專責到庭實施公訴活動，歷經刑事訴訟新、舊制度時期，對於證據審酌日趨嚴謹，證據屢遭質疑探證瑕疵，體認甚深。「造法易，執法難」，刑事訴訟法庭新制施行迄今，也已兩年有餘，在實務運作過程中，同意搜索程序為何？司法警察以何方式取得同意？法院審認之標準何在？等等課題，頗具研究價值，筆者不揣學淺，透過研析各級法院判決，以公訴觀點談同意搜索，提供司法警察機關日後於執行同意搜索程序時之參考，俾能合於法律規定，以及實務之見解，以確保同意搜索所取得之證據具備證據能力，資以作為判斷被告犯罪事實之依據。

貳、研究素材

利用電腦網際網路進入司法院網站，以最





高法院、臺灣高等法院、臺灣高等法院台中、台南、高雄、花蓮分院、臺灣臺北地方法院，自90年7月1日起，至94年9月30日止之判決為範圍，鍵入「同意搜索」、「刑事訴訟法第一百三十一條之一」等關鍵字，檢索所有涉及「同意搜索」判決，篩選具有參考價值者，作為本文研析素材，並佐以相關之專書及著作，理論實務兼研，從公訴觀點談同意搜索。

參、90年7月1日刑事訴訟法修正施行前實務上見解

一、肯認同意搜索之判決：

「卷查上訴人之警訊筆錄已記載警方係在上訴人同意配合下，始在上訴人住處起獲被害人所有遭搶奪之信用卡等物品等情，此有上訴人之警訊筆錄在卷可憑；故縱使警方起出上開信用卡等贓證物時，未出示搜索票，惟既經上訴人同意下，則上開為警搜索起出之信用卡等贓證物，就人權保障與公共利益之均衡維護觀點，尚無逾越比例原則，自難認無證據能力（註1）」，法院認為警方雖然沒有聲請搜索票，於徵得被搜索人同意，且警訊筆錄也已記載係在被搜索人同意配合下，才起獲扣案贓證物，程序雖然不無瑕疵，但是法官就此個案權衡基本人權保障與社會安全保障，本於比例原則，認所取得證據具有證據能力。

二、否定同意搜索之判決：

「證人藍清宙雖證稱：是楊紹榮、高貴俊帶同警員至現場，再由被告等人自願交付扣案物之情。而被告等則均否認同意之情，辯稱係員警逕行搜索，既未主動交付扣押物，亦未同意警員搜索等語。經查，本案未有證據證明扣

案之物係被告主動交出。又警察機關相較於犯罪嫌疑人，處於優勢的地位，在實施上揭搜索之際，衡諸常情，受強制處分的被告通常既不知道如何指摘也不敢指摘警員違法搜索，正在遭受強制處分之被告之意思表示，難以與私法上當事人之合意相比，核諸上情，本案搜索難認已經過被告出於自願性之同意。況且，法律規定強制處分之要件限制（例如執行搜索須經法官或檢察官事先審查，核准簽發搜索票之令狀主義要件），涉及憲法法治國原則，亦不在被告得自由處分任意捨棄的範圍內，本案不能證明被告同意搜索業如上揭說明，何況不論被告是否同意，都不能排除違法搜索之效力。（註2）」，此判決明確指出本於憲法法治國原則，刑事訴訟法所規定強制處分之要件，並非被告得自由處分任意捨棄。

本文認為受搜索人出於自願性同意檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察為無令狀之搜索，對受搜索人而言，顯已自願放棄其隱私期待權益而無受憲法及刑事訴訟法加以保護之必要，受搜索人即有忍受執行人員為合理之無令狀搜索之義務，其合法性即不容置疑（註3）。

依美國實務經驗，若出於被搜索人同意，不用聲請核發搜索票得逕行搜索，因同意搜索為有效率之執行方法，且為憲法所容許的合法行為，且被搜索與否，屬於能夠捨棄的基本權，故只要有同意被干預的前提，即能容許搜索（註4）。

肆、90年7月1日刑事訴訟法新增同意搜索規定

註1：最高法院90年度台上字第1899號判決（判決日期：90年3月29日）。

註2：臺灣高等法院88年度上訴字第2957號判決。

註3：柯慶賢著、刑事強制處分、第214頁，三民書局出版，2002年12月初版。

註4：張麗卿著，刑事訴訟法理論與實務，第309頁，五南圖書出版公司印行，2004年9月。

刑事訴訟法第 131-1 條：「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。」

伍、90年7月1日刑事訴訟法新增同意搜索規定之立法理由

「一、本條新增。二、經被搜索人同意之搜索，原為各國刑事訴訟法所允許，我國實務亦行之有年。為杜絕有關爭議，有明文規定之必要。又為免受搜索人是否出自願性之同意發生爭執，爰明文規定應將其同意旨記明筆錄，以明責任。（註5）」

陸、「法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項」中關於同意搜索規定

法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 69 點：「搜索係經受搜索人同意者，執行人員應先查明其是否確具同意之權限，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；所稱自願性同意，須綜合一切情狀而為判斷，例如搜索訊問的方式是否有威脅性、同意者意識強弱、教育程度、智商等，均應綜合考慮。」

柒、「檢察機關實施搜索扣押應行注意事項」中關於同意搜索規定

檢察機關實施搜索扣押應行注意事項第 23 點：「依本法第一百三十一條之一經受搜索人自願性同意之搜索，應注意同意人其對受搜索之標的，有無同意之權，並斟酌同意當時之客觀情境、同意人之精神狀態、理解能力等一切情

狀予以判斷，必須受搜索人具有實質之同意能力，方得為之；執行搜索人員對受搜索人，不得施以任何強暴脅迫、詐欺或其他不正之方法，使其同意。」

捌、「警察機關執行搜索扣押應行注意要點」中關於同意搜索規定

警察機關執行搜索扣押應行注意要點第 15 點：「依本法第一百三十一條之一經受搜索人自願性同意之搜索，應注意同意人其對受搜索之標的，有無同意之權，並斟酌同意當時之客觀情境、同意人之精神狀態、理解能力等一切情狀予以判斷，必須受搜索人實質上具有同意之能力，方得為之；執行搜索人員對受搜索人，不得施以任何強暴脅迫、詐欺或其他不正之方法，使其同意；並將其同意之意旨記載於搜索筆錄。」

玖、同意搜索之本質

實務上認為「搜索係以『令狀搜索』為原則（詳刑事訴訟法第一百二十八條第一項），但因本質上，搜索係帶有急迫性、突襲性之處分，難免發生時間上不及聲請搜索票之急迫情形，是我國乃承認『無令狀搜索（無票搜索）』之情形，就類型而言，包括附帶搜索（刑事訴訟法第一百三十條，係緊隨於拘捕、羈押之無令狀搜索，目的係防止被告身懷武器或其他危險物品，危及執法人員、被告本人或第三人之人身安全）、逕行搜索（刑事訴訟法第一百三十一條第一項，目的在發現被告，除拘捕後之附帶搜索外，不得再為其他搜索）、緊急搜索（刑事訴訟法第一百三十一條第二項，目的在迅速取得證據以資保全，主體為檢察官，但司法警察受

註 5：法務部參照立法委員協商通過之版本整理，摘錄自林鈺雄著，搜索扣押註釋書，第 337 頁，2001 年 12 月初版第 2 刷。





檢察官指揮後，亦可實施）及同意搜索（刑事訴訟法第一百三十一條之一）（註6）」。

不過，同意搜索雖與附帶搜索、逕行搜索與緊急搜索並列為刑事訴訟法之無令狀搜索，但細觀前揭無令狀搜索之相關條文，獨就同意搜索之規定，感覺不出急迫情形，因其法理基礎並非來自於急迫性（註7）。蓋對受搜索人而言，顯已自願放棄其隱私期待權益而無受憲法及刑事訴訟法加以保護之必要（註8），故其適用條件與其他無令狀搜索有別（註9）。

拾、同意搜索程序之遵守

無令狀搜索，並非可得由執法人員恣意為之。此種搜索僅為令狀搜索原則之例外，而非法定程序原則之例外，故縱使是此種搜索，也應遵守法定程式（註10）。若未具備法定原因或未依法定程序實施搜索強制處分所取得之證據，即屬違反取證規定所違法取得之證據（註11）。

拾壹、有權同意之人

受搜索人必須具有同意之權限，此為必然而且是首應注意之要件。因此，在我國同意搜索之相關配套規定，都要求執行人員應先查明同意之人其是否確具同意之權限（註12）。日後法院在審酌決定同意搜索是否有效時，重視的

有兩點：（1）在當時的整體情況下，同意是否基於自由意願而做成；（2）做出同意的人是否有權同意（註13）。可見是否具有同意之權限問題，實不容忽視。在實務上認為有權同意之人並不以屋主或物品之所有權人為限，只要對受搜索處所具有管領力之人即有權同意受搜索（註14）。如搜索之物件或處所並非某人單獨所有或管領者，即涉及何人有同意權之問題，大致上取決於共同管領權限與特定專屬權限兩方面之考量，刑事訴訟法第146條第1項但書所採立場，可供參考，究應如何判別，有待逐漸形成案例（註15）。

茲就實務上具體案例所常見之不同性質處所，受搜索人是否具有同意權限，作歸納分析：

一、租賃房屋：

受搜索處所若已出租供他人使用，則出租人對該處所即無管領力可言。職是之故，執行搜索雖係經出租人之同意而為，該出租人之同意搜索應屬無效，所執行之搜索亦係違法（註16）。

二、旅館房間：

旅客對於住宿之旅館房間，各有其監督權，且既係供旅客起居之場所，即不失為住宅性質，最高法院69年台上字第1474號判例意旨亦可參照。是以如欲對有人居住之旅館房間進行搜索，自應與搜索私人住宅之情形相同，

註6：臺灣高等法院高雄分院93年度上訴字第261號刑事判決。

註7：林鈺雄著，搜索扣押註釋書，第166頁，2001年12月初版第2刷。

註8：柯慶賢著，刑事強制處分，第214頁，三民書局出版，91年12月初版二刷。

註9：林鈺雄著，搜索扣押註釋書，第166頁，2001年12月初版第2刷。

註10：最高法院94年度台上字第3327號刑事判決。

註11：臺灣高等法院高雄分院92年度上訴字第28號刑事判決。

註12：法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第69點，檢察機關實施搜索扣押應行注意事項第23點，警察機關執行搜索扣押應行注意要點第15點。

註13：劉宏恩著，「心理學取向之法律研究—以住宅搜索、子女監護及婚姻暴力問題為例」、第38頁、台灣大學法律研究所1996年6月碩士論文 Schneckloth v. Bustamonte, 412 U.S. 218 (1973)。

註14：臺灣高等法院93年度上訴字第443號刑事判決。

註15：朱石炎著，刑事訴訟法上冊，第119至120頁，三民書局出版，2003年10月修正三版。

註16：臺灣高等法院高雄分院93年度上訴字第571號刑事判決。

需符合刑事訴訟法之相關規定，不能以臨檢之方式為之，要屬當然。旅館房間出租後使用權即轉移至住宿或休息之房客，旅館之主人、經理、服務生或櫃檯人員，於該段期間內自不得任意加以支配使用，並無同意搜索之權限可言。故雖經旅館服務人員提供鑰匙供警方開門進入上開房間，仍不得謂屬於合法之同意搜索（註17）。

三、借住處所：

執行搜索之處所係屋主提供他人居住之處所，即屬於該借用人之私人居住處所，執行搜索之人員即無實施臨檢之權限，且縱係屋主亦無權未得該借用人之同意自行進入。因之，警察持屋主提供之鑰匙自行開門進入亦非得有同意權人之同意，而有同意搜索可言（註18）。

四、漫畫屋○○分店：

「告訴人○○公司向臺灣臺北地方法院檢察署提出告訴，經臺灣臺北地方法院檢察署函請臺北市政府警察局大安分局查明，並與告訴人代理人林○○一同前往○○漫畫屋和平店，經在場人陳○○同意自願受搜索……而有權同意之人並不以屋主或物品之所有權人為限，只要對該處有管領力之人即有權同意受搜索，本件陳○○既為在場有權管領該店之人，自可同意該店受搜索。（註19）」

五、製毒工廠：

「本件上訴人蕭○○一再抗辯，南機組並無搜索票，強行進門非法搜索，再於逮捕上訴人押回南機組後，命屋主黃○○到場，強制上訴人在搜索筆錄上簽捺同意搜索。經查被搜索

之工廠係由童○○具名向屋主黃○○承租，究竟黃○○於搜索時有無在場？對於工廠內之器具具有無共同權限？關係其同意權之有無。（註20）」

拾貳、同意事項之告知

我國實務有判決認為刑事訴訟法對同意方式，只規定執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄，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（註21）。

實際上，美國聯邦最高法院認為警察在請求同意搜索前，無須如米蘭達判決（註22）事先告知其有權拒絕同意。因為在同意搜索，要求如米蘭達判決之權利告知，為完全不切實際，法院之理由有二：第一，同意搜索與一般警訊發生的場所不同。警察訊問被告通常發生於警察局秘密的環境，為被告不熟悉的環境。反之，同意搜索常發生在高速公路的公開場所中，或在嫌疑犯的家中、辦公室等被告熟悉的環境，或被告的勢力範圍中。第二，同意搜索發生的原因、情境不同。同意搜索常發生於警察為調查時，出於非常直接、非常自然的反應，而徵求在場之人同意；有時為在犯罪現場繼續追蹤線索時，而自然地徵求在場之人之同意。此與米蘭達判決「拘禁的訊問」不同—被告處於被拘禁的狀態，警察與被告處於對峙的狀態（註23）。

在我國現行規定下，雖然執行同意搜索之

註17：臺灣高等法院93年度上訴字第3519號刑事判決。

註18：臺灣臺北地方法院92年度訴字第1431號刑事判決。

註19：臺灣高等法院93年度上訴字第443號刑事判決。

註20：最高法院94年度台上字第1361號刑事判決。

註21：臺灣高等法院臺中分院94年度上更(一)字第243號刑事判決。

註22：在米蘭達案例，美國聯邦最高法院在判決中表示警察在訊問被告前，應先告知其有權保持緘默、有權聘請律師等權利。

註23：王兆鵬著，刑事訴訟法講義（一），第240—241頁，元照出版社，2003年3月二版第一刷。





人員，勿庸對被搜索人告以得拒絕之意旨，但此不影響被搜索人得拒絕之權利。且受搜索人在給予執行人員搜索之同意後，於執行搜索過程中，應容許其隨時有權撤回（註24）。

參酌刑事訴訟法第一百二十八條第二項搜索票應記載事項，筆者認為於執行同意搜索，應告知被搜索人「搜索之意義」，係因調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據，為發現被告或犯罪證據物件及可得沒收之物，對於被告或第三人之身體、物件（含電磁紀錄）及住宅或其他處所，施以搜查之強制處分。同時告以係為「○○案由」，並且表明若得到同意則將「搜索之被告、犯罪嫌疑人或應扣押之物」、「搜索之處所、身體、物件或電磁紀錄」，也必須告知預計搜索之時間等事項。蓋搜索係干預被搜索人自由、住宅或財產權之處分，對被搜索人之權益有相當大之影響。執行人員不透過令狀聲請流程，層層嚴謹審核程序，冀圖以此便宜之取證規定，達成實質搜索之程序及成果。執行人員徵得被搜索人之自願性同意，理應使被搜索人知悉即將面對的程序，以及執行人員準備搜查之標的，經被搜索人綜合判斷，較為得宜。

長遠之計，應考量國家偵查機關與被告之間所存在的懸殊實力，對於搜索此等強制處分之同意，尤應注意被告同意的自願性，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（註25）。

拾參、自願性同意之意義

刑事訴訟法第一百三十一條之一規定「…經受搜索人出於自願性同意…」，但是何謂「自願性同意」？法無明文規定。對此，法院辦理

刑事訴訟案件應行注意事項第69點作補充性規範：「所稱自願性同意，須綜合一切情狀而為判斷，例如搜索訊問的方式是否有威脅性、同意者意識強弱、教育程度、智商等，均應綜合考慮。」。

負責實際執行同意搜索之檢察機關及警察機關，就自願性同意也有所規範。檢察機關實施搜索扣押應行注意事項第23點規定：「…斟酌同意當時之客觀情境、同意人之精神狀態、理解能力等一切情狀予以判斷，必須受搜索人具有實質之同意能力，方得為之；執行搜索人員對受搜索人，不得施以任何強暴脅迫、詐欺或其他不正之方法，使其同意。」；警察機關執行搜索扣押應行注意要點第15點規定：「…斟酌同意當時之客觀情境、同意人之精神狀態、理解能力等一切情狀予以判斷，必須受搜索人實質上具有同意之能力，方得為之；執行搜索人員對受搜索人，不得施以任何強暴脅迫、詐欺或其他不正之方法，使其同意…」。

綜合上述審、檢、警三方補充性規範，可以得知，要判斷受搜索人是否自願性同意，必須審酌受搜索人當時之「內在情況」、「外在情況」。

所稱「內在情況」，指同意者意識強弱、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。

所稱「外在情況」，指搜索訊問的方式是否有威脅性、執行搜索人員對受搜索人，不得施以任何強暴脅迫、詐欺或其他不正之方法。

筆者認為對於同意搜索之「自願性」要求，較對於被告自白之「任意性」為嚴格。蓋被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據，刑事訴訟法第一百五十

註24：同前註，第245頁。

註25：臺灣高等法院高雄分院92年度上訴字第28號刑事判決

六條第一項定有明文。只對取得自白之手段有所限制，但似乎未規定被告「內在情況」對自白之影響。準此以據，執行同意搜索之人員應對前述「內在情況」、「外在情況」不容忽視，更為注意，同時必須兼顧。

茲以實務判決為據，研析自願性同意之真義及法院取捨之標準：

一、「自願性」同意之意義：

所謂「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（註26）。

二、法院對是否出於自願應審酌之事項：

法院對於證據取得係出於同意搜索時，自應審查同意之人是否具同意權限，有無將同意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、同意者主觀意識之強弱、教育程度、智商、自主之意志是否已為執行搜索之人所屈服等加以審酌，遇有被告抗辯其同意搜索非出於自願性同意時，更應於理由詳述審查之結果，否則即有判決理由不備之違法（註27）。

三、肯認自願性同意搜索之意思表達

1. 搜索前遭逮捕，行動自由受限，無礙自願性同意之意思表達。

至於銀河北路○○號○樓之○之搜索，係警調人員徵得居住該處之被告高○○同意後，由高○○自行取出隨身攜帶之鑰匙，開門讓警調人員入內搜索等情，業據高○○供明，並有臺中市調站搜索扣押筆錄足憑。雖高○○另供稱：當時曾被銬住雙手，覺得無法反抗云云；惟本院認為高○○係因於執行搜索前已遭逮

捕，始被警調人員銬住雙手，以防止脫逃，而此行動自由受限之情況，尚無礙於其自願性同意搜索之意思表達（註28）。

處於拘禁狀態者之同意，有無自願性可言？不能一概而論。首先，違法的拘禁，尤其是以違法羈押作為取證之手段者，受羈押人之同意搜索，並非出於自願。反之，受拘捕人主動認罪並且願意帶同警方至其住處起出贓物者，仍有可能是出於自願。再者，以違法裁量手段而獲取受拘禁者之同意者，例如向受拘捕人表示，「若不帶同起贓，就馬上聲請羈押；帶同起贓就可交保」，其同意並非出於自願。應予注意，由於偵查官員極其容易就可榨取受拘禁者之同意，因此，相較之下，就受拘禁者自願性之判斷，必須特別審慎（註29）。

本於前述見解，實應細繹受搜索人於搜索前遭逮捕之原因？逮捕程序是否合法？雙手被手銬銬住之原因？取得被搜索人同意之方式？是否具有威脅性？受搜索人意識強弱？有無自主之意志？綜合考慮當時「內在情況」、「外在情況」，再為判斷雙手被銬住之情境下，受搜索人是否出於自願性同意。

2. 一人持槍警戒，一人出示證件表明身分，經被告同意後由被告將裝有扣案海洛因之黑色皮包交出，並由其等自行檢視皮包之內容物等情，自屬於經被告同意後所為之搜索，而無違法搜索。

證人即本案查獲員警葉○○於本院審理中對於本案查獲過程已詳證稱：當時其因接獲有人販毒之檢舉而與同事一同前往查獲地點之大樓，經向管理員表明身分後進入地下室，隨即發現與檢舉人描述相同車型、車號之箱型車進

註26：最高法院94年度台上字第1361號刑事判決。

註27：最高法院94年度台上字第1361號刑事判決。

註28：臺灣高等法院臺中分院93年度上訴字第592號刑事判決。

註29：林鈺雄著，搜索扣押註釋書，第169頁，2001年12月初版第2刷。





入，在駕駛人即被告將該車停好下車後，其二人隨即上前，一人持槍警戒，一人出示證件表明身分，經被告同意後由被告將裝有扣案海洛因之黑色皮包交出，並由其等自行檢視皮包之內容物等情，而被告對證人葉○○前開證言亦表示均屬實在，則裝有海洛因之皮包既係被告主動交付員警，員警在取得該皮包後打開查察，自屬於經被告同意後所為之搜索，而無違法搜索，且嗣於警員詢問被告時，並已將被告同意警察搜索其所持有之皮包乙節記載於筆錄，復有被告之警詢筆錄足參，因此，警員因此查獲扣案之海洛因三包，當可作為認定事實之證據，合先敘明。」（註30）

3. 意識健全有是非辨別能力之人，其既口頭明示同意執行人員為無令狀之搜索，而當時又未遭任何形式的強制，合於搜索同意之方式。

被告為意識健全有是非辨別能力之人，於鴿舍被搜索之前，其既口頭明示同意執行人員為無令狀之搜索，而當時又未遭任何形式的強制；復依該搜索筆錄所載被告確於其上簽名蓋指印，益徵該處之搜索已得被告之同意，而具有自願性之同意，合於搜索同意之方式，且該鴿舍為被告所租用，係在其管領之下，亦符合同意主體之規定。是以，被告事前既已口頭同意，事後又自承在同意書上簽名及捺指印，揆諸前揭說明，司法警察此部分之搜索合於自願同意搜索之規定，並無不法可言（註31）。

四、否認自願性同意搜索之意思表達

1. 駕車逃逸、經警追逐、鳴槍逮捕是否出於自然而非具威脅性。

「蕭○○（載共同被告陳○○）與童○○分別駕車逃離，經警調查緝人員追逐，蕭○○所駕車輛車輪陷落水溝，童○○駕車企圖衝撞

查緝人員經鳴槍後，分遭逮捕，上訴人等遭逮捕後對於搜索之同意是否出於自願性？在何時何地徵求上訴人等同意？其徵求之方式是否出於自然而非具威脅性？．．．與搜索所得證據是否具證據能力至有關係，即有調查審認之必要。（註32）」

2. 警察機關相較於犯罪嫌疑人，處於優勢的地位，受強制處分的被告通常既不知道如何指摘也不敢指摘警員違法搜索，正在遭受強制處分之被告之意思表示，難以與私法上當事人之合意相比。

台北市政府警察局少年隊警察於上揭時日在台北市和平東路○段○○號○○樓被告等之營業處所執行搜索時，並未向檢察官聲請取得搜索票，逕行入內搜索之事實，由卷附之臨檢記錄表及證人即執行本件勤務之藍○○小隊長於原審審理中證稱意旨可知。證人藍○○雖證稱：是楊○○、高○○帶同警員至現場，再由被告等人自願交付扣案物之情。而被告等則均否認同意之情，辯稱係員警逕行搜索，既未主動交付扣押物，亦未同意警員搜索等語。經查，本案未有證據證明扣案之物係被告主動交出。又警察機關相較於犯罪嫌疑人，處於優勢的地位，在實施上揭搜索之際，衡諸常情，受強制處分的被告通常既不知道如何指摘也不敢指摘警員違法搜索，正在遭受強制處分之被告之意思表示，難以與私法上當事人之合意相比，核諸上情，本案搜索難認已經過被告出於自願性之同意。況且，法律規定強制處分之要件限制（例如執行搜索須經法官或檢察官事先審查，核准簽發搜索票之令狀主義要件），涉及憲法法治國原則，亦不在被告得自由處分任意捨棄的範圍內，本案不能證明被告同意搜索業如上揭

註 30：臺灣臺北地方法院 93 年度易字第 845 號刑事判決。

註 31：臺灣高等法院臺中分院 94 年度上更(一)字第 243 號刑事判決。

註 32：最高法院 94 年度台上字第 1361 號刑事判決。

說明，何況不論被告是否同意，都不能排除違法搜索之效力（註33）。

本文認為未究明並交代受搜索人若干？執行本案勤務之員警人數共有多少？是徒手或攜械執行搜索？是否有強暴之手段或脅迫之言詞？或出自於其他不正之方法？受搜索人當時「內在情況」實情如何？逕認正在遭受強制處分之被告之意思表示，難以與私法上當事人之合意相比，在論證推理上有所欠缺。其次，同意搜索幾乎均由警察機關執行之，果若認為警察機關相較於犯罪嫌疑人，處於優勢的地位，受強制處分之被告通常既不知道如何指摘也不敢指摘警員違法搜索。依此理由，莫非只要是警察機關執行之同意搜索，一律都難認已經過被告出於自願性之同意。如此，刑事訴訟法同意搜索之規定，豈不形同具文。

3. 被搜索人自由意思受到極端壓制，即應認其所為同意搜索，非出於自願。

被告經搜索時是否出於自願，應依具體個案，綜合各項情況判斷之，倘若被搜索人自由意思受到極端壓制，即應認其所為同意搜索，非出於自願。查本件被告於九十二年七月十二日，在台南縣新營市新進路「華南銀行」後方，經警尋獲，再由警員帶同被告至前開○○○〇—G L號小客車停放處，而據警員陳○○證述，當日係五名警員，攜帶被告，由前開「華南銀行」後方，前往台南縣新營市建業路○○巷○○號前開車輛停放處等情觀之，依社會通常經驗，在此種情形下，一般民衆如受五名警員包圍，心理上自承受重大壓力，而多會依警員命令行事，故應認被告在此種情況，其自由意思已受到極端壓制，是即便被告於警員搜索其車輛前，有警員陳○○所稱，被告已口頭答

允警員搜索其車輛，然警員此時既非係依合法程序逮捕或拘提被告，則依前揭法律規定與說明，自應判定被告此時即便有口頭同意警員搜索，其對警員搜索所為同意，亦非全然出於未受壓迫下所為意思表示，而難認警員此時已取得合法搜索依據（註34）。

本文認為執行警員之人數，不得作為認定受搜索人自由意志是否受到壓制之唯一依據。是三名警員？或是五名警員？才算是對被搜索人自由意志壓制，而且達到「極端」壓制呢？仍應依前述「內在情況」、「外在情況」，作綜合評估，審慎判斷，執勤警員人數，應該不是唯一的選項。

4. 人數處於劣勢且在深夜猝然遭警盤查之客觀情狀下，衡情本難期待在主觀意識上仍保有完全之自主空間。

然查被告當時僅有一人，而員警卻有三人，在此種人數處於劣勢且在深夜猝然遭警盤查之客觀情狀下，衡情本難期待被告在主觀意識上仍保有完全之自主空間，況且卷內亦無任何關於被告同意員警在臺北縣板橋市四川路○段○○號前對其身體進行搜索之切結書，自難單憑證人單方面之證詞，即認被告此時確已同意接受搜索（註35）。

5. 被告雙手均由皮帶所綑綁，在此種氣氛之下，依一般社會通常經驗，鮮有不同意搜索之理。

至於是否出於自願，應依具體個案綜合各項情況判斷之，倘若被搜索人之自由意思受到極端壓制，即應認定其所為之同意搜索非出於自願。本件被告蔡○○係於92年10月12日18時30分許，經至少3名警員及機動查緝隊員控制下，而當時被告雙手均由皮帶所綑綁，有警

註33：臺灣高等法院91年度上更(1)字第197號刑事判決。

註34：臺灣高等法院臺南分院93年度上訴字第703號刑事判決。

註35：臺灣高等法院93年度上訴字第3507號刑事判決。





卷第 16 頁、第 17 頁之現場照片可稽，則在此種氣氛之下，依一般社會通常經驗，受攔檢之民衆於心理上將承受重大之壓力，鮮有不同意搜索之理，然其自由意思顯然係受到極端壓制，揆諸首揭法律規定與說明，自應判定被告之同意搜索非出於自願，準此警、調人員因違法搜索所扣得之上開海洛因，均屬違反上開刑事訴訟法第 131 條之 1 規定而取得之證據（註 36）。

前述雙手被手銬銬住案例，判決認為尚無礙於其自願性同意搜索之意思表達（註 37）。而此案例被告雙手均由皮帶所綑綁，判決認為其自由意思顯然係受到極端壓制，判定被告之同意搜索非出於自願。同樣是手部無法自如，卻為截然不同之認定，由此可見，實務觀點仍未一致，尚待觀察日後之演變。

本文仍認為應綜合考慮當時「內在情況」、「外在情況」，再為判斷雙手為皮帶所綑綁之情境下，受搜索人是否出於自願性同意。

6. 是否自願性，仍須綜合一切情狀而為判斷，尤應斟酌當時之客觀環境，同意人之精神狀態及理解能力。

本件攔檢闕○○駕駛車輛當時，計有四部汽車於現場部署，執勤人員眾多，且曾掏槍控制被告等人行動，在國家偵查機關人力、武力優勢展示下，闕○○居於劣勢，處此心理、生理受強制狀態，並參以其甫遭違法臨檢、逮捕，已難信賴警方會有合法進程序之基礎，不論同意與否，警方強力搜索該車已勢所難免，若斷然拒絕，可能遭致更嚴重之強制處分，或遭報復，闕○○於此客觀情狀下，其所為之同意，當無自願性可言，尚難認已發生同意搜索之效

力。職此之故，闕○○縱同意搜索，因非出於自願性，本件車輛搜索仍屬違法。（註 38）

7. 司法警察故意選擇以出示槍枝方式表明警察身份，其亮槍行為，已隱含脅迫同意之意思。

司法警察進入該處所搜索時，並未提示證件表明警察身份，反而以亮槍方式說明其警察身份一情，為證人廖○○於原院審理時證述甚詳，核與證人張○○證述之情節相同，依常情，一般人見到槍枝均會心生恐懼，心理上可能受到壓迫而同意出示槍枝之人之要求，本案司法警察以出示證件方式表明其身份並非難事，卻故意選擇以出示槍枝方式表明警察身份，其亮槍行為，已隱含脅迫同意之意思，衡以證人吳○○宏明知房間內有吸食安非他命之違法情事存在，應不可能任由警察搜索置己於不利狀況，實難認吳○○山及吳○○宏非係因見到司法警察亮槍，而感覺受到脅迫方同意搜索，揆諸前揭說明，應認本件並無吳○○山、吳○○宏自願同意搜索之情事存在，本案司法警察進入花蓮縣花蓮市中正路○段○○號搜索，不合於刑事訴訟法規定之同意搜索之要件。（註 39）

8. 誤以為法律上有配合之義務，並不能因此即認為有自願性的同意。

基於國家與個人間的權力落差，以及伴隨的資訊落差，人民常因警員出現門口或攔路臨檢時，對於警員使用的詢問語句「可以讓我進去看看嗎？」「可以打開包包給我檢查嗎？」等詢問語句，誤以為法律上有配合之義務，並不能因此即認為有自願性的同意。除非有搜索發動之原因，或有積極之證據足以證明被告明瞭同意搜索之性質，而自願放棄憲法保障其身體

註 36：臺灣高等法院高雄分院 94 年度上重更(二)字第 5 號刑事判決。

註 37：臺灣高等法院臺中分院 93 年度上訴字第 592 號刑事判決。

註 38：臺灣高等法院高雄分院 93 年度上訴字第 261 號刑事判決。

註 39：臺灣高等法院花蓮分院 93 年度上訴字第 80 號刑事判決。

權、財產權或居住權之積極證據，始能認為被告有同意搜索之行為。否則無異於使人民在任何情況下，有忍受偵查機關任意侵害其憲法上基本權利之義務。本件事後亦無被告簽署搜索同意書，則被告有無同意搜索之事實，即有疑問。爰是，亦無法認定為經被告同意而搜索。
(註40)

9. 犯罪嫌疑人「同意警方進入」，能否推定為「自願性同意搜索」？

又犯罪嫌疑人「同意警方進入」，能否推定為「自願性同意搜索」？尚非全無疑義。本件原判決以台北市政府警察局北投分局於九十一年一月二十八日，在台北市延平北路○段○○巷○號○樓上訴人住處搜索所扣獲之塑膠分裝罐一支、分裝袋三百八十一只、第一級毒品十七包等為論處上訴人罪刑之證據，然依卷內資料，台北市政府警察局北投分局警備隊警員於九十一年一月二十八日十九時，以臨檢之名義，進入上訴人上開住處搜索，並未依法定程序為之，有該警備隊臨檢紀錄表附卷可稽，雖上訴人於警訊時供稱：「我自己打開門讓警察進入屋內」，上訴人開門讓警察進入其住處，能否謂同意警察搜索？上開搜索是否合法？所取得之扣押物有無證據能力？原判決未審認論述已就基本人權之保障及社會安全之維護加以審酌，遽採為判決之基礎，自屬違誤。綜上，應認原判決有撤銷發回之原因。(註41)

拾肆、同意搜索之客體

有令狀之搜索，搜索票應記載事項有數項，其中之一是必須將應搜索之處所、身體、物件或電磁紀錄予以記載，刑事訴訟法第一百

二十八條第二項第三款定有明文。至於同意搜索與其他無令狀搜索相同，法律並未明文規範搜索之範圍。但由於搜索之強制處分嚴重干預受搜索人之居家安寧、居住自由及隱私之權利，屬於限制人民基本權利之公權力行為，依照憲法第二十三條之規定，應受到法律保留及比例原則之拘束(註42)，本於此精神，筆者認為在同意搜索之程序，執行人員所得搜索之客體，似乎也不容許漫無限制。既然同意搜索，是徵得受搜索人之自願性同意，則於徵得同意之過程中，執行人員應將準備加以搜索之範圍，諸如住宅、閣樓、車庫、頂樓加蓋建物、地下室、車輛、樓梯間信箱、車站寄物櫃、物件、身體、電腦、電磁紀錄等，翔實告知受搜索人，經其同意受搜索之處所，參酌刑事訴訟法第一百二十八條第二項第三款之規定，執行搜索人員允宜記載於筆錄，或由其出具同意書表明同意搜索之處所、身體、物件或電腦。如此作法較能落實人權之保障，兼顧程序之公正及明確，俾免日後爭議之產生。

茲就實務上同意搜索之客體有爭議之案例，分述如下：

一、同意搜索「車輛」並不包括「房間」

「而上開 206 號房間雖係丁○○所承租，但依卷附自願受搜索同意書之內容，丁○○同意受搜索之範圍僅為車牌號碼 2 A-○○○○號之自小客車，並未包含上開房間，是就上開房間而言，並無證據證明已得租用人即丁○○之同意搜索。(註43)」

二、同意搜索本人「身體」並不包括「處所」

「於警方進入上開處所後，現場之葉忠村等人雖有簽署『自願受搜索同意書』，然其同意

註40：臺灣臺北地方法院 92 年度訴字第 2122 號刑事判決。

註41：最高法院 93 年度台上字第 664 號刑事判決，最高法院 94 年度台上字第 536 號刑事判決。

註42：臺灣高等法院高雄分院 92 年度上訴字第 28 號刑事判決。

註43：臺灣高等法院 93 年度上訴字第 3519 號刑事判決。





搜索之標的亦僅限於『本人之身體』，而未及處所，警方於實施搜索後復未依前揭規定向本院陳報，揆諸前開規定，警方於現場地上查扣之海洛因二小包即屬違法搜索所扣得之物，是否具證據能力而得採為認定犯罪事實之證據，即應由本院依前述各原則權衡後認定。」^(註44)

拾伍、同意之地點

我國刑事訴訟法及相關配套措施，並未明文規定受搜索人同意搜索之地點。在實務操作上，有可能是在到達受搜索處所之前同意；也有可能是在受搜索地點，由受搜索人同意。同意地點之問題較為其次，比較重要的是如何證明受搜索人於事前同意。

因此，被告雖有簽署自願受搜索同意書，然此並非於接受搜索之前所簽，而係於搜索處分結束後回到警局才簽，此亦據證人王○○證述明確，自無從擔保被告於員警進入屋內進行搜索之同時即已同意接受搜索。至於被告雖未於警詢及偵訊時提出此項爭執，然此舉可能係因被告不諳法律，或因其疏而未提，尚不能執此認定前開程序上之瑕疵已獲治癒^(註45)。

拾陸、同意意旨之記載

同意意旨記載之方式，依刑事訴訟法第一百三十一條之一規定，應將其同意之意旨記載於「筆錄」；而法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第69點除規定應將其同意之意旨記載於筆

錄，由受搜索人簽名之方式與刑事訴訟法規定相吻合外，並規定得出具「書面」表明同意之旨。

在實務上所見，有「搜索扣押筆錄，經受搜索人同意執行搜索欄下簽名^(註46)」、「自願受搜索同意書^(註47)」、「同意搜索切結書^(註48)」、「自願性同意搜索筆錄^(註49)」、「搜索同意書^(註50)」等，雖然名稱不一，有執行人員所記載，也有受搜索人以書面表示，但只要能夠表明同意之意旨即可。

觀諸刑事訴訟法第一百三十一條之一係規定將同意搜索意旨，記載於筆錄，顯見取得同意在先，而後書面為之^(註51)。因此，同意係指事前明示自願性之同意而言，苟係搜索完畢後方徵得受搜索人之同意，仍無得使該搜索之瑕疵補正^(註52)。

果若，執行搜索之警員疏未將經被告同意之意旨記載於筆錄上，惟被告於審理中承認斯時即知悉有權拒絕打開自己之機車置物箱供警員查看，且有當場對警員表明願意配合打開供查看，已見被告係出於自願性同意始受搜索，雖疏未將同意之意旨記載於筆錄上，此僅屬警員作業有無疏漏之問題，尚無礙於被告所受搜索係經其同意後依法所為^(註53)。

拾柒、同意意旨筆錄之製作地點

條文並未明定「自願受搜索同意書」須於執行搜索現場，且應於執行搜索前制作完成；

註44：臺灣臺北地方法院92年度訴字第1431號刑事判決。

註45：臺灣高等法院93年度上訴字第3507號刑事判決。

註46：最高法院94年度台上字第3833號刑事判決。

註47：臺灣高等法院93年度上訴字第3519號刑事判決。

註48：臺灣臺北地方法院92年度訴字第1961號刑事判決。

註49：臺灣高等法院高雄分院94年度上訴字第93號刑事判決。

註50：臺灣高等法院94年度上訴字第1818號刑事判決。

註51：臺灣高等法院94年度上訴字第1334號刑事判決。

註52：臺灣高等法院臺中分院94年度上訴字第938號刑事判決。

註53：臺灣臺北地方法院93年度訴字第1146號刑事判決。

蓋若實際上已取得受搜索人之自願性同意，縱因出於急迫或因執行搜索勤務之人員未隨身攜帶「自願受搜索同意書」，因而無法由受搜索人於執行搜索勤務之現場簽署該「自願受搜索同意書」，而於事後補據，亦難驟謂該次搜索未經取得受搜索人之自願性同意（註54）。

警察執行搜索前顯已獲被告同意，所出具自願搜索同意書縱於搜索查證完畢後，至警察局時始填寫簽認，係屬文件之補正性質，無改於被告自願同意搜索之事實。其所為搜索，自屬合法，搜索所扣得物品，具有證據能力（註55）。

拾捌、同意搜索法院之調查

搜索，為侵犯人民身體自由、隱私及財產權之行爲，故執行搜索時，自應遵守刑事訴訟法有關規定，且不得逾越必要之程度，始符該法保障人民不受非法及不當搜索之旨；而違反法定程序取得之證據，應否予以排除，則應由法院於個案審理中，就個人基本人權之保障及社會安全之維護，依比例原則及法益權衡原則，予以客觀之判斷。故證據是否違法取得與應否予以排除，法院應先為調查（註56）。

拾玖、同意之舉證責任

「按事理說，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，而不能由否認事實的人來承擔。(Ei incumbit

probation, qui dicit, non qui negat; cum per rerum naturam factum negantis probation.)」（註57）」。

也就是「誰主張，誰舉證（Affirmantis est probare.）」（註58）」。

基於國家機關對人民行使強制處分權時，其程序是否合法，應由國家機關負舉證責任原則（註59）。刑事訴訟法第一百三十一條之一明定同意之旨「應記載於筆錄」，較可杜絕爭議，檢方亦較易盡舉證責任（註60）。在英美警察實務，事先備妥書面文件，交由同意者簽名，以供證明自願同意之用，避免日後爭辯（註61）。

按刑事訴訟係以確定國家具體之刑罰權為目的，為保全證據並確保刑罰之執行，於訴訟程序之進行，固有許實施強制處分之必要，按強制處分之搜索、扣押，足以侵害個人之隱私權及財產權，若為達訴追之目的而漫無限制，許其不擇手段為之，於人權之保障，自有未周，故基於維持正當法律程序、司法純潔性及抑止違法偵查之原則，實施刑事訴訟程序之公務員不得任意違背法定程序實施搜索、扣押（最高法院九十三年度台上字第六六四號判決參照），亦即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（註62）。

執行同意搜索的人員一定要切記，「書寫的文字留下來了，說話的聲音飛走了。(Littera

註54：臺灣高等法院94年度上訴字第1074號刑事判決。

註55：臺灣高等法院93年度上更(1)字第116號刑事判決。

註56：最高法院94年度台上字第3833號刑事判決。

註57：孫笑俠編譯，西方法諺精選—法、權利和司法，第112頁，法律出版社，2005年8月第一版。

註58：同前註，第111頁。

註59：臺灣高等法院臺南分院93年度上訴字第703號刑事判決。

註60：陳瑞仁著，同意搜索，90年8月29日，司法週刊，第1046期。

註61：朱石炎著，論修正之搜索規定，法令月刊，第五十二卷，第二期，第83頁。

註62：臺灣高等法院93年度上訴字第3507號刑事判決。





scripta manet, vox emissa volat.) (註 63) 」, 當徵得受搜索人同意時, 就務必儘快將同意之旨當場記明筆錄或請其出具同意書, 以免日後公訴法庭, 就受搜索人是否同意遭受被告或辯護人質疑, 公訴檢察官無從舉證, 陷於窘境。

貳拾、權衡原則之適用

刑事訴訟, 係以確定國家具體之刑罰權為目的, 為保全證據並確保刑罰之執行, 於訴訟程序之進行, 固有許實施強制處分之必要, 惟強制處分之搜索、扣押, 足以侵害個人之隱私權及財產權, 若為達訴追之目的而漫無限制, 許其不擇手段為之, 於人權之保障, 自有未周, 故基於維持正當法律程序、司法純潔性及抑止違法偵查之原則, 實施刑事訴訟程序之公務員不得任意違背法定程序實施搜索、扣押, 至於違法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, 難謂適當, 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, 然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, 難為社會接受, 自有害於審判之公平正義。因此, 對於違法搜索所取得之證據, 為兼顧程序正義及發現實體真實, 應由法院於個案審理中, 就個人基本人權之保障及社會安全之維護, 依比例原則及法益權衡原則, 予以客觀之判斷, 亦即應就 (一) 違背法定程序之程度。(二) 違背法定程序時之主觀意圖 (即實施搜索扣押之公務員是否明知違法並故意為之)。(三) 違背法定程序時之狀況 (即程序之違反是否有緊急或

不得已之情形)。(四) 侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重。(五) 犯罪所生之危險或實害。(六) 禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果。(七) 偵審人員如依法定程序, 有無發現該證據之必然性。(八) 證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度等情狀予以審酌, 以決定應否賦予證據能力 (註 64) 。

在一件具體之查緝毒品案件, 執行搜索之過程「雖不符刑事訴訟法有關『附帶搜索』、『逕行搜索』、『緊急搜索』及『自願性同意搜索』規定之情況, 惟按除法律另有規定外, 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, 為刑事訴訟法第一百五十八條之四所明定。是扣案之海洛因 (含包裝袋) 縱係違背法定程序搜索所扣得之物, 並非當然無證據能力, 而應由法院於個案審理中, 就個人基本人權之保障及社會安全之維護, 依比例原則及法益權衡原則, 予以客觀之判斷, 以兼顧程序正義及發現實體真實。原判決已詳敘其斟酌之依據, 認本件警員違法搜索所蒐集者為非供述性證據, 並未改變證物之型態而影響其可信性, 且當時之情形確屬緊急, 如依法定程序, 仍有發現該證據之必然性, 警員於執行搜索時, 亦無任何過當之行為或故意違法之情況, 是該扣得之物仍具證據能力, 並無違背上開證據法則。矧販賣毒品對於國家、社會之危害程度甚鉅, 本次搜索扣得之海洛因復多達五十七小包, 上訴人以其犯罪所生危險輕微, 應排除扣案物品之證據能力云云, 尚非可取。」 (註 65)

註 63: 孫笑俠編譯, 西方法諺精選—法、權利和司法, 第 3 頁, 法律出版社, 2005 年 8 月第一版。

註 64: 最高法院 94 年度台上字第 1301 號刑事判決。

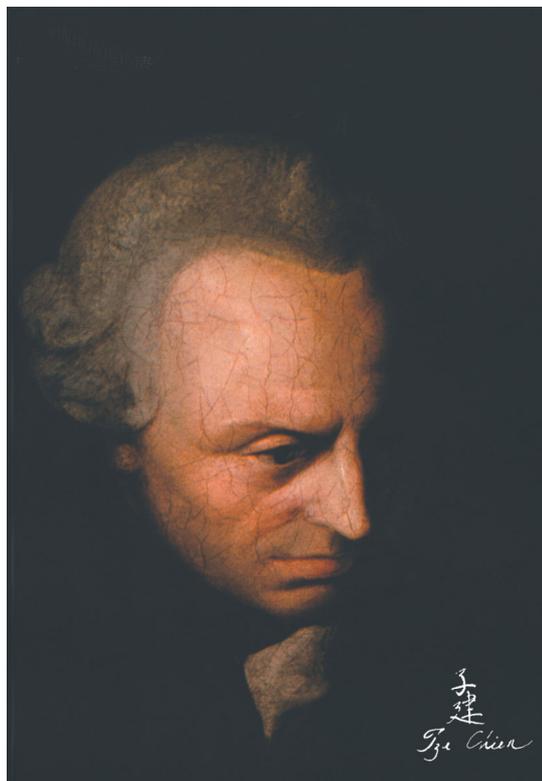
註 65: 最高法院 94 年度台上字第 4477 號刑事判決。

貳拾壹、結語

同意搜索乃是無令狀之搜索中最常見的型態（註 66），尤其在美國實務上被普遍應用，雖然無可信的統計數字能證明到底有多少搜索係以同意搜索進行，在美國有人估計百分之九十八的無令狀搜索，皆為以同意搜索為理由而進行（註 67）。反觀我國對於同意搜索在全部搜索中所佔比例，未見統計數據，當然更無從知悉無令狀搜索中，同意搜索所佔之百分比。

「法律一旦模糊或不確定，人們就會陷入可怕的奴役。（Misera est servitus, ubi jus est vagum aut incertum.）」（註 68）」，刑事訴訟法第一百三十一條之一同意搜索的增設，大開無令狀搜索的後門，此後門不僅可以逃避無令狀搜索的事後司法審核。又因為任何偵查本案件的人員，只要徵得受搜索人的自願性同意，不問該受搜索人為被告、犯罪嫌疑人或第三人均得實施（註 69）。新法僅規定：「但執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄。」，實過於簡略，故易生同意搜索被濫用之可能性（註 70）。而自願與否是屬受搜索人心理層面的問題，是否自願事後認定頗為困難（註 71），但所要面對的是，庭審對抗法庭活動日趨熟稔，嚴謹證據法則日益彰顯，則將使此問題更形嚴重。為兼顧事實發現及人權保障，在法律制度之設計上，應明確規定行使同意權之實體要件，以及程序規則，這些都亟待未來修法加以補正（註 72）。♠

（本文作者現職為臺灣臺北地方法院檢察署主任檢察官）



康德（1724—1804）
天才是自創法則的人。



伍、刑事證據法專欄



註 66：參閱李禮仲著，美國憲法增修條文第四條搜索與扣押之問題，登載於「正義網」網站 <http://www.jcjb.com/zyw/n42/cal46297.htm>。

註 67：王兆鵬著，刑事訴訟法講義（一），第 237 頁，元照出版社，2003 年 3 月二版第一刷。

註 68：孫笑俠編譯，西方法諺精選—法、權利和司法，第 4 頁，法律出版社，2005 年 8 月第一版。

註 69：陳宏毅著，刑事訴訟法理論與實務，第 204 頁，三民書局出版，94 年 4 月出版。

註 70：林山田著，刑事程序法，第 348 頁，五南書局出版，2004 年 9 月，增訂 5 版。

註 71：陳宏毅著，刑事訴訟法理論與實務，第 204 頁，三民書局出版，94 年 4 月出版。

註 72：林山田著，刑事程序法，第 348 頁，五南書局出版，2004 年 9 月，增訂 5 版。