

# 叩叩，「買普洱茶」 —同意搜索之實務爭議研究

編目：刑法

**主筆人：旭台大** 博士候選人、律師資格

課程上適時透過補充大量國考歷屆試題並逐步帶領考生解題的方式，培養考生對於爭點的敏銳程度與將抽象概念化為具體文字能力，以利臨場考試能披荊斬棘殺敵無數。

◎最新課程請點閱高點法律網 [lawyer.get.com.tw](http://lawyer.get.com.tw)

## 【新聞案例】

資深鄉民○姓網友，於2016年3月5日於PTT上爆料：「父親甲因在網路上販賣白色恐怖時期軍方文件，遭到軍方以『買普洱茶』的名義約出門。」隨後，經調查甲係在憲兵人員稱經其「同意」下，於憲兵陪同下返家取出相關文件，帶回憲兵隊偵訊。」問：本案得否主張無令狀之同意搜索<sup>註1</sup>？

## 壹、前言

2016年3月5日有鄉民在網路爆料其父親遭憲兵「同意搜索」，該搜索過程略如上述所載「新聞案例」。翌日，經媒體報導後，引起社會嘩然，立法委員亦針對此事件進行質詢國防部權責人員。同月7日，國防部發布懲處名單，並將保防處長、台北憲兵隊長調職處分。

本文無意討論「憲兵司法警察權存廢」的爭論<sup>註2</sup>。本件新聞案例中，憲兵所為之搜索行為，在確立憲兵屬於刑事訴訟法第231條第1項<sup>註3</sup>之司法警

<sup>註1</sup>【沃草】憲兵非法搜查「軍情人員在場」 指揮辦案嗎？，

<http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20160307/810530/>，最後瀏覽日：2016年3月8日。

<sup>註2</sup>鄧湘全，獵殺忠貞憲兵，能解決「被」同意搜索的問題嗎？

<http://www.storm.mg/article/84707>，最後瀏覽日：2016年3月11日。

<sup>註3</sup>刑事訴訟法第231條第1項：「下列各員為司法警察，應受檢察官及司法警察官之命令，偵查犯罪：一、警察。二、憲兵。三、依法令關於特定事項，得行司法警察之職權者。」

察後，進一步必須思考的是，其所為之搜索是否屬於有令狀搜索？若無搜索之令狀時，是否得主張係經被搜索人同意所為之同意搜索？因此，於國考前重要時事案例均有可能經改編後命題，相關爭點也需特別注意。茲於本篇整理相關實務對於同意搜索之見解，分述如下。

## 貳、搜索應用搜索票

搜索依刑事訴訟法第 128 條第 1 項規定：「搜索，應用搜索票。搜索票，應記載下列事項：一、案由。二、應搜索之被告、犯罪嫌疑人或應扣押之物。但被告或犯罪嫌疑人不明時，得不予記載。三、應加搜索之處所、身體、物件或電磁紀錄。四、有效期間，逾期不得執行搜索及搜索後應將搜索票交還之意旨。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。」而引發爭議的是，若該搜索票所記載之事項未具體明確，應如何處理？

此外，搜索對於被搜索人隱私權、居住權或財產權等基本權造成相當程序之干預與限制，基於憲法第 23 條法律保留原則之要求，**我國立法對於搜索採令狀主義，應用搜索票，由法官審查簽名核發之**，目的在保護人民免受非法之搜索。惟因搜索處分具有急迫性、突襲性之本質，檢察官、檢察事務官、司法警察（官）難免發生時間上不及聲請搜索票之急迫情形，故另定有刑事訴訟法第 130 條附帶搜索、第 131 條逕行搜索（緊急搜索）、第 131 條之 1 同意搜索等無搜索票而得例外搜索之規定。其中第 130 條附帶搜索需符合逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押時之要件；第 131 條第 2 項所定之逕行搜索，權限歸屬於檢察官，並非司法警察，若由司法警察執行之，亦必須由檢察官指揮始得為之，且必須於執行後三日內報告於該管檢察署檢察官及法院。

### 一、令狀原則

「法院或檢察官於實施刑事訴訟程序中為某特定處分，依法須具備書面，以符合一定之形式，但該書面之核發，則視訴訟程序進行之程度，規定偵查中由檢察官、審判中由法院（法官）為之，並未要求必須「發動與審查分離」以發揮制衡功能之情形者，僅屬單純要式行為，學理上稱為「要式原則」；此與偵查中對被告、犯罪嫌疑人或其他第三人施加之強制處分，因常以限制、剝奪人民權利之干預行為為內容，故除須有法律明文為依據外，**原則上，檢察官並應於實施強制處分前，以相當理由為據提出聲請，由客觀、中立之法院進行事前之審查、**

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

許可（至無令狀搜索等，則屬例外之特別規定），俾藉此「發動與審查分離」機制，節制強制處分之濫用，亦即所謂「令狀原則」者，顯然有別（100台上5864決）。」

簡單而言，本則實務見解釐清「要式原則」與「令狀原則」二概念的差異，並認為所謂的「要式原則」，係指依法是否需核發「書面」；而「令狀原則」則係藉由「發動與審查分離」機制，節制強制處分之濫用。

## 二、概括搜索票禁止原則

刑事訴訟法第128條第2項明文列舉搜索票法定必要之應記載事項，此據以規範搜索票之應記載事項者，即學理上所謂「概括搜索票禁止原則」。其第二款「應扣押之物」，必須事先加以合理的具體特定與明示，方符明確界定搜索之對象與範圍之要求，以避免搜索扣押被濫用，而違反一般性（或稱釣魚式）搜索之禁止原則。所謂應扣押之物，參照同法第133條第1項規定，指可為證據或得沒收之物。搜索票上之「應扣押之物」應為如何記載，始符合理明確性之要求，參酌外國實務（日本最高裁判所昭和三十三年七月二十九日裁定，就偽造文書案件應扣押之物記載為「會議議事錄、爭議日記、指令、通告類、聯絡文書、報告書、摘要文書、其他認為與本案有關之一切文書及物件」，認為並未欠缺明確性），自不以在該犯罪類型案件中有事實足認其存有者為限，尚及於一般經驗法則或邏輯推理上可得以推衍其存有之物；是檢察官聲請書之記載如欠缺明確性，法院應先命補正。搜索票應記載之事項如失之空泛，或祇為概括性之記載，違反合理明確性之要求，其應受如何之法律評價，是否導致搜索所得之證據不具證據能力之效果，應依刑事訴訟法第一百五十八條之四之規定，視個案情節而為權衡審酌判斷之（100台上5065決）。

若法院所核發之搜索票，其應扣押之物欄僅載為「有關犯罪贓證物及犯罪所得之物」，核其記載失之空泛，已不符合明確性要求，有違「概括搜索票禁止原則」，若承認該搜索票的合法性，等同於變相允許空白搜索。此時，應認為該搜索票無效，進而檢討是否符合無令狀搜索之要件，以檢討偵查機關搜索行為之合法性。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

## 參、無令狀之同意搜索

### 一、同意搜索筆錄

#### (一) (書面) 只能在搜索之前或當時完成，不能於事後補正

刑事訴訟法第 131 條之 1 規定之受搜索人自願性同意搜索，係以執行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。

也因此，刑事訴訟法第 43 條之 1 增訂檢察事務官、司法警察官、司法警察行搜索、扣押時，準用同法第 42 條搜索、扣押筆錄之製作規定，係民國九十二年二月六日公布，九月一日施行，而第 131 條之 1 規定之自願性同意搜索，則是九十年一月十二日公布，七月一日施行，該條但書所定「但執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄」之程序性規範要件，依立法時程之先後順序，立法者顯然無意將此之筆錄指為第 42 條之搜索、扣押筆錄。因此，現行偵查實務通常將「自願同意搜索筆錄（或稱為自願受搜索同意書）」與「搜索、扣押筆錄」二者，分別規定，供執行搜索人員使用。前者係自願性同意搜索之生效要件，故執行人員應於執行搜索場所，當場出示證件，先查明受搜索人有無同意權限，同時將其同意之意旨記載於筆錄（書面）後，始得據以執行搜索，此之筆錄（書面）祇能在搜索之前或當時完成，不能於事後補正。至於後者筆錄之製作，則係在搜索、扣押完成之後，此觀第 42 條規定應記載搜索完成時間及搜索結果與扣押物品名目等旨甚明（100 台上 7112 決）。

#### (二) 同意搜索之舉證責任：檢察官負擔

至於，受搜索人對其簽署自願受搜索之同意書面有所爭執，攸關是否出於自願性同意之判斷及搜索所取得之證據有無證據能力之認定，法院自應深入調查，非可僅憑負責偵訊或搜索人員已證述非事後補簽同意書面，即駁回此項調查證據之聲請。該項證據如係檢察官提出者，依刑事訴訟法第 156 條第 3 項之相同法理，法院應命檢察官就該自願性同意搜索之生效要件，指出證明之方法（100 台上 7112 決）。

亦有實務法官撰文贊同應由國家機關負擔「是否出於自願性」之

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

舉證責任，並認為：「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，而非將人民未出於自願性同意之不利易，委諸於人民自行舉證；否則，當人民無法舉證證明其同意並非出於自願性，即視為已為自願性之同意，等於免除國家機關對於同意搜索合法性之舉證責任，恐有未當<sup>註4</sup>。」

## 二、同意搜索的「自願性」判準

刑事訴訟法第 131 條之 1 規定：「搜索，經受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票。但執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄。」

針對同意搜索的「自願性」判準，最高法院多數見解認為自願性同意之搜索，必須針對「**外在一切情況為綜合判斷**」(如 100 台上 376 決)。遭受批評的是，最高法院操作此標準後，往往流於將同意搜索過程照抄一遍後，未具體敘明理由(還是此標準無法或難以操作)直接認定被搜索者是出於自願性，符合同意搜索之要件。惟有疑問的是，法律系學生(更不用說一般人民)在遭遇憲兵或者警察等大陣仗下所為搜索的「同意」，以當時綜合一切情況判斷，假設你真的藏有違法物品，會點頭「同意」被搜索？還是那樣的同意是兵臨城下所做「不得不」的決定？

所以，學者蕭宏宜教授認為真正的重點應該在於，如何確保同意搜索的「自願性」，也就是被搜索者「**主觀上**」是否「**出於自由意志**」同意被搜索，而非多數實務以客觀上綜合外在一切情況的「**合理性判斷**」<sup>註5</sup>。相關爭議分述如下：

### (一)實務見解：綜合一切情狀

刑事訴訟法第 131 條之 1 規定之受搜索人自願性同意搜索，係以執行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，並以一般意識健全具有是非

<sup>註4</sup>黃翰義，〈同意搜索與相當理由——評最高法院一〇〇年度台上字第一七三一號判決〉，《月旦裁判時報》，第 26 期，2014 年 4 月，頁 145。

<sup>註5</sup>蕭宏宜，〈令狀原則與拘捕後的同意搜索，台灣法學，「2012 年 8 月修法實務特刊」，2012 年 8 月，頁 16 以下；蕭宏宜，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 號刑事判決〉，《法令月刊》，第 63 卷 8 期，2012 年 8 月，頁 28-43。

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。自願性同意之搜索，不以有「相當理由」為必要；被搜索人之同意是否出於自願，應依案件之具體情況包括：徵求同意之地點、徵求同意之方式、同意者主觀意識之強弱、教育程度、智商等內、外一切情況為綜合判斷，不能單憑多數警察在場或被告受拘禁或執行人員出示用以搜索其他處所之搜索票，即否定其自願性（100 台上 376 決）。

此外，針對「綜合一切情狀」應考量之因素，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、警員所展現之武力是否暗示不得拒絕同意、拒絕警員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（94 台上 1361、96 台上 5184 決）。在具體個案上，我國最高法院與美國最高法院，針對同意搜索自願性要件，皆以「綜合一切情狀」作為判斷標準<sup>註6</sup>。

例如：實施搜索警員對被告甲實施搜索時，雖未使用搜索票，然警員已表明來意，並曉以大義後，甲自願配合調查，並帶同警員前往察看始進行搜索等情，業經警員乙證述在卷。以甲為一高中畢業具社會歷練而能辨別事理之人，始終理解並配合警員調查，始搜得扣案之物，事後並於自願搜索同意書、搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表及扣押物品收據上簽名捺印，益徵甲係出於自願性同意搜索之意思，自不因在場警員多數致影響其意思決定自由（102 台上 2404 決）。

## (二)學說見解

蕭宏宜教授認為，實務見解「對於同意搜索的操作，一方面鉅細靡遺的臚列出種種影響自願性的主、客觀因素，看似打算對同意與否做出嚴格審查；另一方面，卻又忽視被搜索人在遭拘捕的情

<sup>註6</sup>蔡榮耕，〈Yes, I do!—同意搜索與第三人同意搜索〉，《月旦法學雜誌》，第 157 期，2008 年 6 月，頁 125。

況下已形成的內在心理強制，而造成同意搜索在實際適用範圍上的不斷擴張。結果是，在『綜合一切情狀』的判準包裝下，自願性的有無竟完全被漠視<sup>註7</sup>。」也因此，「一個理性的人在綜合各種情況後所做出的同意，由其當時立場以觀，更無『自願』可言。法官作為一個外部觀察者，認定與警察遭遇的人們可以毫無窒礙的拒絕搜索，是過度樂觀的評價<sup>註8</sup>。」

其實，同意搜索為透過被搜索人受搜索前之同意，捨棄其隱私等基本權行為，之所以稱為「捨棄」，則必須出於被搜索人的「自由意志」。又我國刑事訴訟法第 131 條之 1 既已明文須經受搜索人「自願性」同意，始得成為令狀原則的例外。因此，是否經被搜索人同意所為之搜索，其合法性與否之判準應是「自願性」與否問題，而非「綜合一切情況」判斷問題。

蕭教授進而認為「如果『同意』是一個人自由意志與未受拘束下所為的選擇，那麼確保其選擇自由的最佳方法，當然是在取得同意前，先告知其擁有做出不同選擇的權利。也因此，要求執法者於詢問相對人是否同意之前，先行告知其有權拒絕，應解為是自願性存在的前提，而非僅是影響同意搜索有效與否的眾多因素之一。畢竟，對於同意的認知，理應及於其可能擁有的選擇與對其後果的認識<sup>註9</sup>。」

綜上所述，為確保被搜索人係出於「自願性」所為之同意搜索，在具體手段上「除了維持『自願搜索同意書』的簽立外，應進一步要求簽立的時間、執法人員事先告知得拒絕同意搜索的義務<sup>註10</sup>，以確保所獲得的同意，並非來自『形式上』的自願<sup>註11</sup>。」

<sup>註7</sup>蕭宏宜，〈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 號刑事判決〉，《法令月刊》，第 63 卷 8 期，2012 年 8 月，頁 41。

<sup>註8</sup>蕭宏宜，同前註，頁 36。

<sup>註9</sup>蕭宏宜，同前註，頁 28。

<sup>註10</sup>惟法檢字第 0960801837 號實務見解則採取否定見解，其認為依刑事訴訟法第 131 條之 1 規定：「執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄。」並未規定執行人員應告知受搜索人有拒絕之權利及同法第九十四條明示有關訊問被告前，執行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，受搜索人如不同意，本可拒絕執行人員之要求，與執行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，毋庸再予告知搜索人有拒絕之權利。

<sup>註11</sup>蕭宏宜，同前註，頁 42。

### 三、第三人同意搜索

針對第三人同意搜索議題，重點應在於第三人是否有與被搜索人平行管領該被搜索領域的權利，進而具有同意搜索之權限。而最高法院多以「風險承擔」理論解決第三人同意搜索問題。學者亦有主張風險承擔理論<sup>註12</sup>。

申言之，同意權人爲受搜索人，參諸同法第 128 條第 2 項規定搜索係對被告或犯罪嫌疑人爲之，第 122 條第 2 項明文可對第三人爲搜索，故就本條規定之文義及精神觀之，所謂同意權人應係指偵查或調查人員所欲搜索之對象，而及於被告或犯罪嫌疑人以外之人。在數人對同一處所均擁有管領權限之情形，如果同意人對於被搜索之處所有得以獨立同意之權限，則被告或犯罪嫌疑人在主客觀上，應已承擔該共同權限人可能會同意搜索之風險，此即學理上所稱之「風險承擔理論」。執法人員基此有共同權限之第三人同意所爲之無令狀搜索，自屬有效搜索，所扣押之被告或犯罪嫌疑人之物，應有證據能力（100 年台上 4430 決）。

基此，實務見解進一步討論該同意權是否限於本人，亦或及於同居人？依據法檢字第 0960801837 號之見解，其認爲因搜索可區分爲對人、物件、處所之搜索，故仍應分別情形觀之：

1. 對人之搜索：身體爲專屬一身之法益，故對人之搜索其同意權僅指**身體受搜索之人**。
2. 對物件之搜索：應以物件所有人、持有人或保管人爲受搜索人，而該受搜索人即爲同意權人，但對於物件有**共同持有、保管之人**，亦屬有同意權人，惟此處之同意權人，**所能同意搜索之範圍僅限於自己有權決定之部分**。
3. 對處所之搜索：所有人、住居權人或有管領權利之人爲受搜索人，而該受搜索人爲同意權人，但對於**共同住居且相互有使用權者或有共同管領權利者**，亦屬有同意權人，惟此處之同意權人，所能同意搜索之範圍僅限於自己有權決定之部分。

### 四、同意搜索後之陳報義務？

至於警察機關依刑事訴訟法第 130 條規定實施「附帶搜索」及第 131

<sup>註12</sup>黃惠婷，〈同意搜索與違反令狀原則之法律效果—臺灣高等法院八十八年度上訴字第二九五七號判決評釋〉，《台灣法學雜誌》，第 27 期，2001 年 10 月，頁 70-71。



條之 1 規定實施「同意搜索」時，是否應於執行後將搜索結果陳報法院？

對此，臺灣高等法院 91 年庭長法律問題研討會採取否定見解，同意搜索雖係無令狀搜索，但其法理基礎並非源自「緊急狀態」或「急迫性」，而係來自受搜索人自願同意捨棄。自不應比照緊急搜索或逕行搜索。況同意搜索未若緊急搜索、逕行搜索，法有明文規定應行陳報法院，自不應以類推適用方式加諸執行機關額外之義務。搜索程序若有瑕疵，自可回歸準抗告程序予以救濟，且取得證物有無證據能力，亦可留待日後本案審理法院再行判斷。是以，**執行搜索機關毋庸就此同意搜索結果向法院陳報。**

#### 五、同意之撤銷

至於受搜索人同意搜索之後，可否撤銷原先之同意？法檢字第 0960801837 號實務見解採取肯定說，並認為偵查機關固可依受搜索人之同意執行搜索，惟個人隱私權仍應予以保護，**如同意搜索之後，受搜索人表示撤回該同意搜索之意思時，即應停止搜索**；惟若是因先前之搜索，已發現可疑跡象而欲繼續執行，受搜索人臨時撤回同意，此時如可認為已發生聲請搜索票之合理根據或緊急搜索之事由，得另依各該規定辦理。學說見解亦認為同意搜索之人得「隨時撤回」<sup>註13</sup>。

#### 肆、歷屆試題演練

##### 【101 年東吳刑法組】

司法警察 A 以甫出獄的 B 涉嫌再犯槍砲彈藥刀械管制條例案件為由，取得對 B 住宅的搜索票，應扣押之物欄並記載「有關犯罪贓證物及犯罪所得之物」。當 A 前往執行搜索時，B 正欲駕車外出拜訪友人，A 即上前壓制，命 B 趴下，經 A 表明身分、徵得 B 同意並當場簽署自願搜索同意書後，即對 B 之汽車進行搜索。除於後車廂扣得槍枝與子彈外，並於進一步搜索 B 宅廚房時，於上層櫥櫃內發現海洛因 30 公克。請問：A 所為搜索是否合法？所取得的槍枝、子彈與海洛因，能否做為證據？

<sup>註13</sup>謝志鴻，〈同意搜索〉，《月旦法學雜誌》，第 165 期，2009 年 2 月，頁 239。

【答題關鍵】

本題為蕭宏宜教授出題，涉及爭點如下<sup>註14</sup>：

1. 「有關犯罪贓證物及犯罪所得之物」：

法院所核發之搜索票，其應扣押之物欄僅載為「有關犯罪贓證物及犯罪所得之物」，有違「概括搜索票禁止原則」，此時，該搜索票係屬無效。若基於無效搜索票，且不存在無令狀搜索事由所為之搜索，所搜得之「海洛因 30 公克」，其證據能力有無，依實務見解應依刑事訴訟法第 158 條之 4 權衡之。

2. 「徵得 B 同意並當場簽署自願搜索同意書後」：

針對被告是否出於自願性而同意搜索，依實務見解應綜合一切情狀判斷；惟有學者認為，為擔保搜索係出於被搜索人「自願性同意」，則必須簽立自願搜索同意書（記載簽立時間），並事先告知得拒絕同意搜索的義務，以確保被搜索人之自願性。至於「槍枝、子彈」之證據能力有無，若依實務見解，綜合一切情狀後，被搜索人係出於自願性同意所為搜索，所搜得之「槍枝、子彈」有證據能力。

至於採學者見解，則因未事先告知得拒絕同意搜索，且因相關情境促發壓力下，難以令人相信受拘捕者仍可無礙表示拒絕，因此不應視為「自願性」之同意，該同意無效<sup>註15</sup>，因此搜得之「槍枝、子彈」，其證據能力之有無，應依刑事訴訟法第 158 條之 4 權衡之。

<sup>註14</sup>本題詳細擬答可參見：蕭宏宜，〈令狀原則與拘捕後的同意搜索〉，《台灣法學雜誌「2012 年 8 月修法實務特刊」》，2012 年 8 月，頁 16 以下。

<sup>註15</sup>蕭宏宜，前揭註 14，頁 3。