



國立臺灣大學法律學院科際整合法律學研究所

碩士論文

Graduate Institute of Interdisciplinary Legal Studies

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

刑事干預處分同意之研究—

以我國現有處分類型之合法性控制為中心

A Study on the Consent of Criminal Compulsory

Measures: Focusing on the Legitimacy of Existing

Measures in Taiwan

董瑜絹

Yu-Chuan Tung

指導教授：謝煜偉 博士

Advisor: Yu-Wei Hsieh, Ph.D.

中華民國 112 年 2 月

Feb 2023



## 謝辭

能夠完成這篇論文首先要感謝我的指導教授謝煜偉教授，老師對於論文寫作給予學生很大的自由空間，也是這樣我才能研究自己有興趣的論文題目並走到最後，寫作過程遇到困難時和老師請教，老師總是提供我許多寫作的方向及動力，並透過犀利的提問和討論使我意識到論文的不足之處，感謝老師溫暖親切的指導及鼓勵！另外也謝謝老師讓我擔任研究助理，透過行政刑法上判決的蒐集讓我接觸到許多陌生卻重要的實務見解，並包容我對於校內行政程序上的不熟悉。

感謝口試委員蘇凱平、顏榕教授，兩位老師的提問都讓我從不同角度注意到論文撰寫過程中未及仔細思考的問題，並使我透過回答老師的提問更加充實自身見解的說理，也使我有直面自身見解的缺失、修改並完善論文的機會，再次感謝兩位口試委員寶貴的修改意見！

謝謝薛智仁老師，從刑總、刑分以及刑訴的課堂都獲得老師扎實且嚴謹的學問傳授，您在碩一刑總上的第一堂課对大家說的話，我至今仍然記得。另外在警察法專題研究課堂中，老師接受我自訂的報告主題，讓我第一次修專題課程就體會到研究過程努力思考及查找文獻的樂趣。還有要謝謝老師在碩一至碩二時讓我擔任法實證研究計畫的研究助理，對我而言是法律學習之初很大的鼓勵，非常感謝老師！

另外要謝謝科法所論文自救會的大家，在論文撰寫前期聽了我很多次論文研究進度的報告，對我混沌不明的研究問題及寫作方向提供了許多建議。依華總是提醒我要對論文的核心問題給出清楚的答案，鈞量、星逸也不厭其煩地聆聽我很多次鬼打牆的報告，但還是很有耐心地從旁觀者的角度點出我的問題。

謝謝鈞量在寫作過程中對我的鼓勵，比起同時一起撰寫論文的同學，你其實更像是走在我前面讓我一路追隨的前輩，看著你完成你的論文，讓我知道嚴謹的研究過程應該是什麼樣子，以及提醒我對於始終不要放棄自己對於法律學習的初

衷和熱情。另外也要謝謝星逸在我臨近農曆年前的論文口試當天頂著寒風不辭千里擔任紀錄工作，應付當天許多突發狀況，讓你費心了，真是萬分感謝！

感謝於 2022 年謝門合宿中對本篇論文最初的雛形提出問題和建議的大家，謝謝你們讓我在論文撰寫的初期就能充分認識到自己的不足，雖然後來可能還是沒有很大的進步，也要歸責於我的能力及努力不夠。也謝謝邀請我參加的謝老師以及負責舉辦的琪縉和睿軒，讓我有報告這篇論文以及和大家討論的機會。

謝謝參與論文發表會的政閔、邱少、楷夫、星逸、淨淳、依華、郁婷、鈞量及黎家傑同學對這篇論文提出的許多問題及意見，你們對這篇論文提供許多過往我沒有發現的思考方向，讓這篇論文更加完整！

也要特別感謝淨淳在論文發表、口試到離校的過程中總是不吝對我給予關心和協助，沒有溫暖的你我大概會更沒自信的走完論文的最後一段路，同時處在論文撰寫苦海的我們能夠一起走到最後真是太好了！

雖然和本篇論文沒有直接關係，但也要藉機對其他曾經在法律學習及準備國家考試的過程幫助過我的同學一併表達感謝，你們的出現或多或少也都間接讓我能夠繼續往前，走過了前面崎嶇不平的路來到撰寫論文及畢業的最後。尤其是科法所的大家，在科法一、科法二一起上課輔、討論課業、開心大笑、吃喝以至於熬夜苦讀的日子，都是日後想來閃閃發光的回憶！感謝曾經在法律學院辦公室一起擔任助理的同事，能和優秀的大家共事是我的榮幸！謝謝 Vivian 介紹我擔任老師的助理，謝謝育驊鼓勵我完成論文，甚至不惜一直提早恭喜我畢業來督促我。

最後要感謝一直以來支持和陪伴我的你，明明不是學法律也被迫從我寫論文的一開始就聽我講很多關於論文的想法，還要陪我一起討論，謝謝你無比的耐心！另外也要感謝雖然中途曾經想要放棄但還是堅持走到這的自己，無論這篇論文寫得如何，你都已經盡了全力，辛苦了！

董瑜絹

2023.02.15



## 摘要

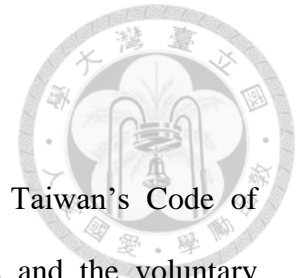
我國刑事訴訟法上有同意搜索及同意扣押之明文，而同意採尿及任意同行則為多數實務所承認之調查方式，得受處分人同意之處分得以免除須經法官或檢察官事前核發令狀方得實施之限制。學說、實務上多以憲法上基本權之捨棄作為此種同意之理論基礎，本文認為於積極面向上，當事人之同意同時作為系爭處分所涉及之基本權之行使，以具有自願性及對拒絕同意權利之知悉為要件，其法律效果為排除國家行為之干預性質。

強制處分同意之自願性容易因受處分人及國家機關間之權力落差而受到影響，德國聯邦個人資料保護法近年來關於在刑事訴訟上取得個人資料之同意的程序規範之修法，即為德國立法者意識到此一問題而提升規範密度之結果。關於文獻上提出執行機關應告知得以拒絕同意以確保同意自願性之主張，或許得以克服國家與人民間存在資訊落差之問題，然而執行人員重複說服以及權力落差對於同意自願性造成的問題，無法僅依賴關於拒絕權利之告知便得以改善。

得同意之處分因不構成對受處分人基本權之干預，無待法律規定即可為之，但為有效保障受處分人之基本權，較為妥適的作法應該是由立法者加以明訂得以確保基本權捨棄之知情及自願性要件的處分實施程序，包括執行機關應對受處分人踐行完整之權利及資訊告知，此一權利及資訊告知應由執行人員同時以口頭及書面方式為之，而受處分人同意之意思應於載明告知內容之書面上表示。至少於住宅或電磁紀錄之同意搜索上，應踐行全程錄影之程序以利於個案中法院對於有無踐行告知義務及影響同意自願性之因素的判斷。

**關鍵詞：**同意搜索、同意扣押、同意採尿、任意同行、基本權捨棄、自願性同意、告知義務

## Abstract



Consent search and consent seizure have been codified in Taiwan's Code of Criminal Procedure, and the consent of gathering urine samples and the voluntary following for interrogation are considered to be legal investigation measures by courts in Taiwan. All these measures can be legally enforced without warrant or permission issued by judge or prosecutor. The consent in these measures is taken as a waiver of fundamental rights in academics and practices. This Article argues that the consent should also be read as an exercise of the fundamental right which is related to the measures, and the voluntariness and knowledge of the right to withhold consent is essential requirement. The legal effect of consent is to eliminate the interference with fundamental rights of these investigation measures.

The voluntariness of consent is easily affected by the power gap between people and police. It is proposed in the literature that the police should inform that people have their right to withhold consent, which might be able to overcome the information gaps between police and people. However, the impact of continued persuasion for consent by police and power gaps on the voluntariness of consent cannot be improved by relying solely on the warnings of the right to withhold consent.

Because the consent-based measures are not interference with the constitutional rights of the people concerned, it can be enforced without legal provisions. However, in order to effectively protect the constitutional rights of the people concerned, it is more appropriate for the legislator to codify the procedures to ensure the knowing and voluntary requirements of waiver of constitutional rights, including that police should inform citizen of the complete rights and information. These rights and information notification should be provided by the police both orally and in writing, and the consent

of the person shall be expressed in a written statement that clearly states the content of the notification.

In addition, at least in the consent search of dwelling and electronic record, the whole proceeding shall be record without interruption in video to facilitate the judgment of the court in each case on whether the obligation of notification has been fulfilled and the factors affecting the voluntariness of consent.

**Keywords: consent searches, consent seizures, consent of gathering urine samples, waiver of constitutional rights, voluntary consent, Miranda-for-search**

# 簡目



<b>第一章 緒論</b> .....	<b>1</b>
第一節 問題意識 .....	1
第二節 研究架構 .....	3
<b>第二章 強制處分同意之概論</b> .....	<b>5</b>
第一節 強制處分意義之轉變 .....	5
第二節 我國強制處分同意之類型及所涉基本權 .....	10
第三節 強制處分同意之基本問題 .....	22
<b>第三章 德國法上強制處分之同意</b> .....	<b>50</b>
第一節 現有強制處分同意類型 .....	50
第二節 歐盟法律對個資蒐集之同意的影響 .....	57
<b>第四章 強制處分同意自願性之問題</b> .....	<b>65</b>
第一節 心理學上之觀察 .....	65
第二節 自願性之判斷方式及缺陷 .....	69
第三節 確保自願性之嘗試—告知拒絕同意之權利 .....	74
第四節 小結 .....	80
<b>第五章 經同意處分之合法性控制</b> .....	<b>82</b>
第一節 法律保留原則 .....	82
第二節 比例原則 .....	90
第三節 心證門檻 .....	92
第四節 經同意處分之證據規則 .....	95
第五節 事後權利救濟途徑 .....	100
<b>第六章 結論</b> .....	<b>102</b>
第一節 研究成果 .....	102
第二節 研究限制及未來展望 .....	105
<b>參考文獻</b> .....	<b>107</b>

# 詳目



謝辭.....	I
摘要.....	III
ABSTRACT.....	IV
簡目.....	VI
詳目.....	VII
表目錄.....	XI
凡例.....	XII
<b>第一章 緒論.....</b>	<b>1</b>
<b>第一節 問題意識.....</b>	<b>1</b>
<b>第二節 研究架構.....</b>	<b>3</b>
<b>第二章 強制處分同意之概論.....</b>	<b>5</b>
<b>第一節 強制處分意義之轉變.....</b>	<b>5</b>
<b>第一項 我國學說見解.....</b>	<b>6</b>
第一款 早期學說.....	6
第二款 刑事訴訟上之基本權干預說.....	6
<b>第二項 我國實務見解.....</b>	<b>7</b>
<b>第三項 小結.....</b>	<b>9</b>
<b>第二節 我國強制處分同意之類型及所涉基本權.....</b>	<b>10</b>
<b>第一項 同意搜索.....</b>	<b>11</b>
第一款 規範情形.....	11
第二款 所涉及之基本權.....	11
第一目 美國法.....	12
第二目 我國法.....	12
第三目 本文見解.....	13
<b>第二項 同意扣押.....</b>	<b>15</b>
第一款 規範情形.....	15
第二款 所涉及之基本權.....	16
<b>第三項 同意採尿.....</b>	<b>16</b>
第一款 實務運作情形.....	16
第二款 所涉及之基本權.....	18
第一目 資訊隱私權.....	18
第二目 身體權.....	18
第三目 本文見解.....	19
<b>第四項 任意同行.....</b>	<b>20</b>



第一款	實務運作情形	20
第二款	所涉及之基本權	21
第五項	小結	21
<b>第三節</b>	<b>強制處分同意之基本問題</b>	<b>22</b>
第一項	同意之理論基礎	22
第一款	我國及德國學說見解	22
第二款	我國實務見解	23
第三款	美國法上同意搜索之理論基礎	24
第四款	評析及本文見解	26
第二項	同意之憲法上容許性	28
第一款	不同基本權理論之見解	28
第二款	區分基本權類型之見解	29
第三款	本文見解	30
第三項	同意之權利依據	31
第一款	自我決定權	31
第二款	區分說	31
第三款	本文見解	32
第四項	同意之實體要件	33
第一款	同意權限	33
第二款	同意能力	34
第五項	同意之撤回	35
第六項	同意之界限	37
第一款	憲法第 23 條作為同意之界限	37
第二款	因處分目的而來之本質上界限	39
第七項	同意之法律效果	39
第一款	同意排除干預說	40
第二款	同意不排除干預說	41
第三款	評析及本文見解	42
第一目	學說見解評析	42
第二目	本文見解	44
一、	同意搜索	44
(一)	性質	44
(二)	同意搜索之扣押問題	45
二、	同意扣押	47
三、	同意採尿	47
四、	任意同行	47
<b>第三章</b>	<b>德國法上強制處分之同意</b>	<b>50</b>



<b>第一節 現有強制處分同意類型</b> .....	50
<b>第一項 法律明文之同意</b> .....	50
第一款 身體檢查處分 .....	50
第二款 對人體細胞之基因檢測 .....	53
第三款 應扣押物之自願提出 .....	54
<b>第二項 法律未明文之同意</b> .....	55
<b>第三項 小結</b> .....	56
<b>第二節 歐盟法律對個資蒐集之同意的影響</b> .....	57
<b>第一項 歐盟一般資料保護規則及 2016/680 號指令</b> .....	57
第一款 適用範圍及名詞定義 .....	57
第二款 2016/680 號指令之同意規定 .....	58
<b>第二項 相應修正的德國聯邦個人資料保護法</b> .....	60
第一款 向 GDPR 標準靠近 .....	60
第二款 同意保留的確立 .....	60
第三款 同意自願性之判斷及程序保障 .....	61
<b>第三項 德國刑事訴訟法之納入與影響</b> .....	62
<b>第四項 小結</b> .....	63
<b>第四章 強制處分同意自願性之問題</b> .....	65
<b>第一節 心理學上之觀察</b> .....	65
第一項 權力落差而來之高同意比例 .....	65
第二項 歸因錯誤與移情隔閡 .....	68
<b>第二節 自願性之判斷方式及缺陷</b> .....	69
第一項 美國法上之起源 .....	69
第二項 我國實務運用上之問題 .....	70
第一款 外在環境因素難以完整呈現 .....	71
第二款 內在因素之形式化判斷 .....	72
<b>第三節 確保自願性之嘗試—告知拒絕同意之權利</b> .....	74
第一項 告知義務之主張 .....	74
第一款 美國法 .....	74
第二款 我國法 .....	75
第三款 評析及本文見解 .....	76
第二項 告知義務之成效 .....	78
第一款 無法避免來自警察的重複說服行為 .....	78
第二款 無法完全除去權力落差之影響 .....	79
第一目 來自心理學實驗的推論 .....	79
第二目 踐行告知後的紐澤西州法院見解 .....	80
<b>第四節 小結</b> .....	80



<b>第五章 經同意處分之合法性控制</b> .....	<b>82</b>
<b>第一節 法律保留原則</b> .....	<b>82</b>
<b>第一項 理論基礎及適用範圍</b> .....	<b>83</b>
第一款 公法上之討論 .....	83
第二款 刑訴法上之討論 .....	84
第三款 小結 .....	86
<b>第二項 經同意之處分是否適用法律保留原則</b> .....	<b>86</b>
第一款 不適用說 .....	86
第二款 適用說 .....	88
第三款 本文見解 .....	88
<b>第二節 比例原則</b> .....	<b>90</b>
<b>第一項 理論基礎及適用範圍</b> .....	<b>90</b>
<b>第二項 經同意之處分是否適用比例原則</b> .....	<b>91</b>
<b>第三節 心證門檻</b> .....	<b>92</b>
<b>第一項 理論基礎及內涵</b> .....	<b>92</b>
<b>第二項 經同意之處分是否應以心證門檻為發動要件</b> .....	<b>93</b>
<b>第四節 經同意處分之證據規則</b> .....	<b>95</b>
<b>第一項 證據取得禁止</b> .....	<b>95</b>
第一款 完整權利及資訊告知 .....	95
第二款 告知及同意意思應以書面形式作成 .....	96
第三款 拒絕後不得重複發問 .....	97
第四款 搜索住宅及電磁紀錄應全程錄影 .....	97
第五款 小結 .....	98
<b>第二項 證據使用禁止</b> .....	<b>99</b>
<b>第五節 事後權利救濟途徑</b> .....	<b>100</b>
<b>第六章 結論</b> .....	<b>102</b>
<b>第一節 研究成果</b> .....	<b>102</b>
<b>第二節 研究限制及未來展望</b> .....	<b>105</b>
<b>參考文獻</b> .....	<b>107</b>

## 表目錄

表一：查看手機實驗 I 中受試者同意交出手機之比例及心理自由程度 .....	67
表二：查看手機實驗 II 中受試者同意交出手機之比例及心理自由程度 .....	79



## 凡例



- 一、本文註解及參考文獻格式皆以《臺大法學論叢》(新修)格式範本(2020年9月23日修正通過版本)為準，範本中未載明者，註解依該國文獻之習慣，參考文獻則依 APA 第 7 版格式。
- 二、本文中德國刑事訴訟法條文之翻譯用語，除過去文獻已有統一翻譯習慣者外，以連孟琦所譯《德國刑事訴訟法：附德國法院組織法選譯》(2016 初版)為準。



# 第一章 緒論

## 第一節 問題意識


正式進入本文之前，先以我國實務上之二則判決作為楔子，帶出本文所欲研究之主題。

其一為最高法院 109 年度台上字第 990 號刑事判決，本案事實係被告 A 於警方持搜索票搜索家中時為員警所查獲，其後 A 與員警一同至警局製作警詢筆錄，經員警徵得其同意採集尿液送驗，結果呈甲基安非他命陽性反應，而認為 A 涉犯毒品危害防治條例第 10 條第 2 項施用第二級毒品罪。

本案法院於判決理由中指出，對人採集檢體之取證行為由於攸關人身自由與隱私等基本權之保障，若強制為之固須合於法律保留原則。惟如係得其同意，由其自願排尿後取樣送驗，無涉強制採證者，雖法無明文，然參酌刑事訴訟法第 131 條之 1 受搜索人自願性同意搜索，及第 133 條之 1 受扣押標的權利人同意扣押等規定之規範意旨，尚不得任意指為採證違法。

其二為臺灣高等法院臺南分院 105 年上訴字第 884 號刑事判決，本案事實為被告 B 受其友人委託代為保管具有殺傷力之改造手槍及子彈，將槍彈放置於其所有之黑色背包內，於某日凌晨 0 時許 B 將自用小客車暫停於某路旁休息時，因形跡可疑而為警盤查。B 於下車接受盤查時隨身攜帶 2 只背包，其中 1 只背包呈裝有重物之情，員警請 B 自己打開隨身背包，經員警目視背包內而發現有槍彈，而認 B 涉犯槍砲彈藥刀械管制條例第 8 條第 4 項之未經許可寄藏可發射子彈具有殺傷力之改造手槍罪及同條例第 12 條第 4 項之未經許可寄藏子彈罪。

二審判決認為因本案情形不符合警察職權行使法上得以檢查人民之身體及其所攜帶物品之要件，因此員警要求 B 打開背包之行為已經構成搜索，且本案不符合其他無令狀搜索之事由，故是否為合法搜索端視是否符合同意搜索之要件。判決並引用最高法院之見解，認為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同意之自願性。

於個案情形之判斷上，法院審酌 B 於一審準備及審理程序自陳其係因警方突然臨檢，認為臨檢後也會發現其攜帶槍彈，加上當下因於睡夢中突然被叫醒，且自身攜有槍彈而心虛，並未認為警方之行為不合理，方自願打開包包接受警方查看等，且法院認為被告被逮捕後亦有同意簽署同意搜索之書面，因此認為本案同意搜索合法，查扣之槍彈得作為認定被告犯罪之證據<sup>1</sup>。

上述二則判決之共通點為其均涉及司法警察於犯罪調查之過程中所實施處分之「同意」問題，於我國現行法上，同意搜索得以免除搜索應由法院核發搜索票之要求，非附隨於搜索之扣押亦得以經扣押標的權利人同意而無須由法官裁定扣押。而非侵入性之採集尿液處分無論依刑事訴訟法或毒品危害防制條例之規定，未來於無急迫情形下均須由檢察官核發鑑定許可書方得為之<sup>2</sup>，然而若經受採尿人同意，依我國多數實務之見解亦得使採集尿液處分無須受到此一限制。

由此可知，無論於何種強制處分類型當中，受處分人之同意均具有相當強烈之法律效果，相對而言現行法上對同意程序之相關規範密度卻非常低，同意搜索依刑事訴訟法第 133 條之 1 規定，僅要求執行人員應出示證件，並將同意之意旨

---

<sup>1</sup> 本案後經被告上訴至第三審，最高法院認為原審對於搜索合法及取得之證據具有證據能力之判斷並無違法而駁回其上訴，見最高法院 106 年度台上字第 3908 號刑事判決。

<sup>2</sup> 憲法法庭 111 年憲判字第 16 號判決認為刑事訴訟法第 205 條之 2 使司法警察（官）得以非侵入性之方式採取犯罪嫌疑人或被告之尿液，不符憲法正當法律程序原則之要求，並抵觸憲法第 22 條保障資訊隱私權及身體權之意旨，於判決公告之日起至遲屆滿 2 年時失其效力。相關機關應儘速修法，修法前司法警察（官）依本條規定以非侵入性方式採取尿液，應報請檢察官核發鑑定許可書方得為之，情形急迫時得於採集尿液後 24 小時內陳報該管檢察官許可。

記載於筆錄，過於簡略之立法一直以來都面對學說上的質疑<sup>3</sup>，同意採尿則甚至處於法無明文之狀態。

因此本文所欲研究之問題主要即在於，得到受處分人同意之刑事訴訟上強制處分應以哪些合法化事由加以控制，受處分人之同意除法官保留原則外，是否亦得以解消其他強制處分原應具備之合法化事由，即法律保留原則、比例原則及心證門檻之限制。另外，於取得同意時應踐行何種程序方得以有效確保同意之自願性等要件，進而保障受處分人之基本權。相關問題為我國文獻上較少深入討論者，故本文希望透過理論的分析來對此一問題提出本文之見解，並供未來立法者修正相關法律時作為參考。

## 第二節 研究架構

於章節安排上，本文於第二章先透過回顧我國學理及實務判決上對於強制處分本身意義的見解，討論受處分人之同意是否將使處分性質發生轉變，接著簡介我國現有與強制處分相關之得同意處分之類型，最後透過強制處分於憲法上的理論基礎，從憲法學理之討論釐清基本權利主體同意國家干預基本權行為之意義及權利依據為何，以及其容許性、界限及法律效果。

第三章則從比較法上之角度觀察，透過相關規範較為完整之德國刑事訴訟法上與強制處分同意相關的條文規範及學說、實務上的見解，以及近年來歐盟個人資料保護規範對於德國個人資料保護法以至於刑事訴訟法之影響的相關文獻討論，試圖找出比較法上可資參酌之得同意處分之合法性控制方式。

第四章一開始先從法律學科以外的視角出發，以同意搜索相關的社會心理學實驗成果討論於刑事訴訟領域中因刑事追訴機關與人民間存在的權力落差所導致同意自願性上可能存在的問題。接著再回到我國法上，透過同意搜索、採尿之相關判決的整理與分析，歸納出同意自願性的判斷方式存在之缺陷，並分析學說及

---

<sup>3</sup> 林鈺雄（2020），《刑事訴訟法 上冊》，10 版，頁 333、441，自版。



實務上主張執行機關應告知受處分人拒絕同意之權利，得否作為有效確保同意自願性之方式。

最後，第五章試圖透過本文第二章至第四章之研究成果，回答本文最初提出之問題，亦即刑事訴訟上得到受處分人同意之基本權干預應具備何種合法化事由方得以正當化，分析國家干預基本權之行為所應符合之法律保留原則、比例原則及相當程度之心證門檻於得同意之處分上是否仍應有適用，以及提出本文對於事前取得同意及處分實施過程中之修法建議，另外亦將論及違反本文所主張之取證規定將產生何種證據法上之法律效果，以及事後權利救濟途徑之問題。

## 第二章 強制處分同意之概論



強制處分為刑事訴訟程序中，國家機關為保全被告或蒐集、保全證據為目的對受處分人所實施之強制措施<sup>4</sup>。於大多數情況下，此類措施無須受處分人之同意或配合即可為之，但於部分處分類型中，強制處分亦可能透過得到受處分人同意之方式發動。本章將分為三個部分，第一節先從我國學理及實務所發展出的強制處分判準談起，觀察強制處分與違反受處分人之意思此一特性間的關係，以及得到受處分人之同意是否將使此一強制措施之性質發生改變。第二節則對我國刑事偵查程序上存在何種得到受處分人同意之處分加以簡介，並討論該處分以強制方式發動所干預之受處分人憲法上權利類型。第三節再從強制處分同意之理論基礎出發，分析受處分人之同意對於強制處分於公法上作為干預基本權之國家行為將發生何種法律效果，以作為開展本文對於得到受處分人同意之強制處分應以何種要件加以控制其合法或合憲性之問題討論基礎。

### 第一節 強制處分意義之轉變

對於何謂強制處分，我國學說、實務上透過案例的累積發展出許多不同判斷基準界定其範圍，此些判準隨著國家機關偵查行為態樣之轉變相應地亦發生變化，以下將先就我國早期學說如何定義強制處分加以介紹，再討論受到德國學說影響而發展之學說見解，並一併論及我國實務上對於強制處分之定義有表示見解之相關判決，最後對於得到受處分人之同意於此些判準下將對於強制處分性質發生何種影響提出本文之見解。

---

<sup>4</sup> 林鈺雄，前揭註 3，頁 309。



## 第一項 我國學說見解

### 第一款 早期學說

我國法上之傳統學說認為強制處分係含有「強制力」行使要素之處分，而所謂「強制力」包含物理力之行使及使相對人負擔行為之法律義務者<sup>5</sup>。其中又可依據是否本身即具有強制之效力，或者為僅指示相對人應負何種法律上義務，如不履行方受強制之處分，而分為「直接強制處分」及「間接強制處分」，前者如拘提、羈押、搜索、扣押等，後者則如傳喚、提出命令<sup>6</sup>。相較於此，對於受處分人未使用強制力或強制處分之偵查措施，文獻上稱為任意偵查，例如函調電話申登資料、銀行開戶資料及往來明細等文件、調取監視錄影帶、履勘現場、於犯罪現場或周遭打探消息、誘捕偵查等均屬任意偵查之範疇<sup>7</sup>。國家機關使用足以侵害個人自由權利之強制處分者，須有法律之明文依據，而任意偵查則無須法律依據亦得為之<sup>8</sup>。

### 第二款 刑事訴訟上之基本權干預說

然而隨著科技的發展，偵查機關逐漸開始使用許多不為受處分人所知悉的隱密性偵查措施，以求更有效率地達成追訴犯罪的任務，因此有學者援引德國法上之學說見解，指出傳統之「強制處分」用語並無法涵蓋現代所有國家之干預行為，例如通訊監察即因其秘密性而缺乏對相對人強制力之使用，但對人民之權利造成不亞於搜索、扣押之侵害。此種偵查措施由於欠缺強制特性，不應稱為強制處分，應放棄此一傳統用語，而以「刑事訴訟上之基本權干預」取而代之。且此一見解亦較能表現強制處分於公法上的定位，因其屬於干預人民基本權利之行為，違法

<sup>5</sup> 蔡墩銘（2002），《刑事訴訟法論》，頁 171，增訂 5 版，五南；黃東熊、吳景芳（2005），《刑事訴訟法論（上）》，頁 120，修訂 6 版，三民。

<sup>6</sup> 陳樸生（1998），《刑事訴訟法實務》，頁 180，再訂版，三民。

<sup>7</sup> 吳巡龍（2009），〈檢察官傳訊方式與任意偵查〉，《刑事法雜誌》，53 卷 1 期，頁 10-12。

<sup>8</sup> 蔡墩銘，前揭註 5，頁 173；黃東熊、吳景芳，前揭註 5，頁 120。



強制處分應有獨立於本案外之救濟途徑<sup>9</sup>。以有無使用強制力為判斷基準之強制偵查、任意偵查區分方式，使未使用物理強制力之基本權干預被劃歸為無須特別法律授權之任意偵查，並不符合憲法之優位性原則<sup>10</sup>。

於刑事訴訟之領域上，學者提倡以基本權干預之概念取代強制處分有其合理之處，但於公法上，基本權干預之意義其實也曾發生過轉變。最初學說上採取的古典干預概念以四個要素界定何謂基本權干預，其中包含：（一）行為之目的性：國家行為必須意欲招致個人基本權限制。（二）基本權影響之直接性：必須直接導致基本權保護領域之影響。（三）法效性：必須具有法效行為之特質，不得僅為事實行為。（四）強制性：必須為具備命令性及強制性質之行為<sup>11</sup>。

但因為國家措施態樣趨於多樣化以及基本權型態和保障範圍之擴張，採取古典干預概念能否妥善保護人民之基本權開始受到質疑，取而代之的是所謂現代干預概念，或稱為擴張的干預概念。於此概念下縱使是非目的性、間接性、不具法效性之事實行為或非強制性的國家高權行為，只要使人民在基本權保障範圍內的某一行為全部或一部不可能實施或有所妨礙<sup>12</sup>，或使保障範圍有所減損<sup>13</sup>，即屬基本權干預。

## 第二項 我國實務見解

我國實務較早期之見解並未對何謂強制處分作出定義，然最高法院 97 年度台上字第 1509 號刑事判決指出「搜索以及其後所為之拘捕或扣押等處分，係對於被

<sup>9</sup> 林鈺雄，前揭註 3，頁 312-313。

<sup>10</sup> 林鈺雄（2007），〈干預保留與門檻理論：司法警察（官）一般調查權限之理論檢討〉，《政大法學評論》，96 期，頁 196-197；另外亦認為刑事訴訟上之基本權干預相較於強制處分之用語更符合憲法優位原則之見解：薛智仁（2021），〈安置線民與法律保留：最高法院 110 年度台上字第 3858 號刑事判決〉，《台灣法律人》，6 期，頁 181。

<sup>11</sup> 林鈺雄，前揭註 10，頁 197-198。

<sup>12</sup> Piroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 24. Aufl., 2008, Rn. 240. 中文文獻可參考：法治斌、董保城（2010），《憲法新論》，4 版，頁 178，董保城；林鈺雄，前揭註 10，頁 197-199；楊雲驊（2005），〈意外驚喜〉，《月旦法學教室》，37 期，頁 22-23。

<sup>13</sup> 李建良（2018），〈法學方法與基本權解釋方法導論〉，《人文及社會科學集刊》，30 卷 2 期，頁 264。



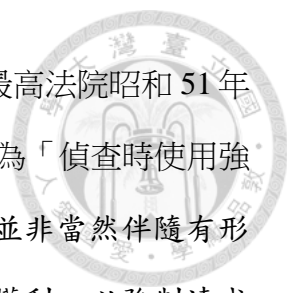
搜索人之身體、住宅或財產等基本權之強制干預，故而發動實施搜索處分時應謹守法律設定之要件限制」，以「基本權之強制干預」而非「強制處分」之用語連結法律保留原則之要求<sup>14</sup>。

而近年我國實務涉及 GPS 偵查之代表性見解—最高法院 106 年度台上字第 3788 號刑事判決亦對於強制偵查之判斷標準作出較為明確的表示，其指出「偵查機關所實施之偵查方法，固有『任意偵查』與『強制偵查』之分，其界限在於偵查手段是否有實質侵害或危害個人權利或利益之處分而定。倘有壓制或違反個人之意思，而侵害憲法所保障重要之法律利益時，即屬『強制偵查』，不以使用有形之強制力者為限，亦即縱使無使用有形之強制手段，仍可能實質侵害或危害他人之權利或利益，而屬於強制偵查。又依強制處分法定原則，強制偵查必須現行法律有明文規定者，始得為之，倘若法無明文，自不得假借偵查之名，而行侵權之實。查偵查機關非法安裝 GPS 追蹤器於他人車上，已違反他人意思，而屬於藉由公權力侵害私領域之偵查，且因必然持續而全面地掌握車輛使用人之行蹤，明顯已侵害憲法所保障之隱私權，自該當於『強制偵查』，故而倘無法律依據，自屬違法而不被允許」。

本則判決雖然使用強制偵查及任意偵查之用語，然而認為構成強制偵查不以使用有形之強制力者為限，並提出以「壓制或違反個人意思而侵害憲法所保障的重要法益」作為強制偵查之判斷基準，細究其中「壓制或違反個人意思」此一要素，判決中認定裝設 GPS 追蹤器之偵查行為已違反相對人之意思，但偵查機關裝設 GPS 追蹤器追蹤車輛駕駛軌跡之行為，一般而言並非相對人所能知悉並表達其反對之意思，故應不具有壓制其現實意思之特性，故似乎可推論判決所認為之「壓制或違反個人意思」不僅包含違反相對人已明示表達之意思或稱現實意思之情形<sup>15</sup>。

<sup>14</sup> 類此見解尚有最高法院 106 年台上字第 638 號刑事判決：「沒收以剝奪人民之財產權為內容，係對於人民基本權所為之干預，自應受法律保留原則之限制」。

<sup>15</sup> 范耕維（2019），〈現行法下 GPS 追蹤定位偵查行為之合法性與立法方向：比較法觀點與最高法院 106 年度臺上字第 3788 號判決之考察〉，《政大法學評論》，157 期，頁 166。



最高法院 106 年度台上字 3788 號刑事判決之見解，與日本最高法院昭和 51 年 3 月 16 日第三小法庭裁定對於強制處分之定義相似，該裁定認為「偵查時使用強制手段，僅限法律有明文規定者使得為之。但所謂強制手段，並非當然伴隨有暴力之行使，而是凡壓制個人意思，限制其身體、住居、財產等權利，以強制達成偵查目的，若無特別法律規定予以容許顯不相當之行為<sup>16</sup>」。而針對裁定中「壓制個人意思」此一要素，有日本學者認為以通訊監察處分為例，當事人並不知悉自身受到監聽，從而無法表達反對之意思，因此偵查機關並無壓制或違反其意思之可能，但若其知悉受到監聽，則合理推測其會反對。就如同於住居權人不在場時進入住居進行搜索，即使其並未表示反對之意思，亦不能謂該搜索為任意處分，故「壓制個人意思」應解釋為「違反個人明示或默示的意思」較為適當<sup>17</sup>。


### 第三項 小結

於我國傳統學說見解下，欲進一步探究「強制」要素之意義為何，從我國刑事訴訟法上使用「強制力」此一文字之條文似乎可以得知，以關於拘提、逮捕之刑事訴訟法第 90 條規定為例：「被告抗拒拘提、逮捕或脫逃者，得用強制力拘提或逮捕之。但不得逾必要之程度」，本條文之意義應為拘捕不必然使用強制力，惟被告若不願意配合執行拘捕之機關之執行行為者，執行機關具有得以違反被告意思之物理實力達成該處分目的之權限<sup>18</sup>，至於拘捕之處分目的即為將被告之人身暫時置於執行機關之實力支配下，另外關於搜索之第 132 條、扣押之第 138 條規定意義亦同。故強制處分於我國傳統學說下，應可解釋為受處分人負有為達成處分目的之行為法律義務，若受處分人不願配合為達成處分目的的行為，執行機關以違反受處分人意思之物理實力遂行處分目的之處分，此一判斷標準偏重於國家機關之行為特性。

<sup>16</sup> 最決昭和 51・3・16 刑集 30 卷 2 号 187 頁。

<sup>17</sup> 井上正仁（2014），《強制搜查と任意搜查》，2 版，頁 12，有斐閣。

<sup>18</sup> 陳運財（1995），〈偵查之基本原則與任意偵查之界限〉，《東海大學法學研究》，9 期，頁 301。



若採取此一見解，得到受處分人同意發動之處分行為，若是於不符合該處分發動所須具備之程序要件，如法官或檢察官所核發之令狀之情形下發動者，由於受處分人不負有行為之法律義務，且受處分人不願配合，國家機關亦不得以違反其意思之物理力達成處分目的，故應不屬於強制處分。而若是採取我國實務或與其相似之日本實務見解，並以「違反個人明示或默示意思」為判斷是否構成強制處分之標準，得到受處分人同意之國家行為，應該也會被認為是屬於任意處分之類型。

惟傳統學說之見解因為注重國家機關強制力行使之有無，使強制處分此一概念無法涵蓋未使用強制力之隱密性偵查行為，而實務見解提出以壓制或違反個人意思作為判準，但對於 GPS 偵查為何符合此一要素，卻未提出更進一步之說明，日本學者提出以「合理推測違反個人意思」或「違反個人明示或默示意思」詮釋此一判準之見解，於受處分人未實際表達其意思之情形，徒增判斷上之困擾，蓋如其所舉之搜索及監聽事例，受處分人不知情時，雖大多數人會反對此一處分實施，然亦無法斷言不會有同意之情形出現。

因此於我國法上，若基於憲法之優位性而採取基本權干預說之見解，並對何謂基本權干預以現代干預概念加以詮釋，僅須符合使人民在基本權保障範圍內的某一行為全部或一部不可能實施或有所妨礙，或使保障範圍有所減損之判準，即構成對人民之基本權干預，則得到相對人之同意的國家行為是否仍屬於對其基本權之干預，無法透過此一干預概念之定義本身得到答案，須進一步對於同意之理論基礎以及各國家行為所涉及之基本權保障範圍有更深入的了解，方得以回答此一問題。

## 第二節 我國強制處分同意之類型及所涉基本權

於探討憲法上關於同意基本權干預之相關問題前，本文欲先對於我國刑事訴訟實務上現有與強制處分相關之同意類型加以介紹，並且釐清該處分以強制方式

為之時所干預之基本權種類及該基本權之保障範圍，以利接續對於同意之法律效果的相關討論。



## 第一項 同意搜索

### 第一款 規範情形

我國刑事訴訟法第 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」，本條文增訂於 2001 年，當時之立法理由謂：「『同意搜索』為各國刑事訴訟法所允許，我國實務亦行之多年，本條明文規定之」。其中提及此一制度係參考比較法而來，惟因立法院院會紀錄並未有此一條文之討論過程，僅得由當時立法委員之提案說明推知可能係以美國實務作法為借鏡對象<sup>19</sup>，且為使我國實務上常以同意為名進行搜索之作法取得法律上之明文依據，方有此一條文之出現，於增訂後迄今，此規定並未歷經條文之修正。

### 第二款 所涉及之基本權

同意搜索涉及之基本權為何，可從搜索行為本身所干預之基本權來看，關於此一問題美國聯邦最高法院歷來之裁判上有過許多討論，因此本文將輔以美國法上之見解作為參考，再進行我國學說、實務之介紹，最後提出本文之見解。

---

<sup>19</sup> 委員李慶雄、高育仁、邱太三、陳忠信、葉宜津等三十四人提案說明：「……參照美國實務經驗，若出於被告同意，得不用聲請核發搜索票……」，以及委員高育仁等三十五人之提案說明：「……搜索原則上應取得法院簽發之令狀，但若出於被告同意，且係自願性者，參照美國實務作法，常允許之……」，參立法院公報處（2001），《立法院公報》，90 卷 5 期，1 冊，頁 219-221，立法院。





## 第一目 美國法

美國法上對於判斷是否構成搜索，於早期之案件中實務認為以監聽被告電話內容之方式取得證據，並未物理性入侵其住宅，因此不構成搜索<sup>20</sup>，採取所謂財產權基準，認為憲法增修條文第 4 條<sup>21</sup>是在保障人民財產權不受不當之侵擾<sup>22</sup>。後來於 *Katz v. United States* 案中，聯邦最高法院改變過去之見解，認為憲法增修條文第四條所保障者為「人」而非「處所」，一個人即使在家或辦公室中，但若其知悉自己暴露於公眾之下，也不受到憲法增修條文第 4 條保障，但一個人雖處於公開場合，若其仍欲保有隱私，就仍可能享有憲法保障<sup>23</sup>，對於是否構成搜索逐漸轉向隱私權基準<sup>24</sup>，也就是於該案中 *Harlan* 大法官提出之協同意見指出，個人得否享有隱私權應以個人是否主觀上表現出隱私之期待，以及該期待是否為一般社會大眾所認為合理來判斷，若個人對特定場所或資訊享有合理隱私期待而受侵擾，則其得主張隱私權受有侵害<sup>25</sup>。然而，於 2012 年的 *United States v. Jones* 案中聯邦最高法院又改為採取財產權及隱私權之雙軌基準，認為若有物理性侵入一定構成搜索，若無物理性侵入則以是否侵害合理隱私期待作為判斷標準<sup>26</sup>，惟近期又有重新依照隱私權基準判斷之案例出現<sup>27</sup>。

## 第二目 我國法

我國刑事訴訟法上對於何謂搜索並未有明確定義，僅於第 122 條規範搜索之客體得為「身體、物件、電磁紀錄、住宅或其他處所」，學說上有認為搜索係指

<sup>20</sup> *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 466 (1928).

<sup>21</sup> 美國聯邦憲法增修條文第 4 條：「人民享有確保其身體、住所、文件與財物安全，不受不合理逮捕、搜索與扣押之權利，並不得違法侵犯。除非於宣誓或代誓宣言支持之正當理由下不得核發令狀，令狀應載明搜索之處所，應扣押之物或逮捕之人。」

<sup>22</sup> 李榮耕（2015），〈科技定位監控與犯罪偵查：兼論美國近年 GPS 追蹤法制及實務之發展〉，《臺大法學論叢》，44 卷 3 期，頁 881。


<sup>23</sup> *Katz v. United States*, 389 U.S. 347, 351-352 (1967).

<sup>24</sup> 李榮耕，前揭註 22，頁 884-885。

<sup>25</sup> *Katz v. United States*, 389 U.S. 347, 361 (1967). (Mr. Justice Harlan concurring).

<sup>26</sup> *United States v. Jones*, 565 U.S. 400 (2012).

<sup>27</sup> *Carpenter v. United States*, 138 S. Ct. 2206 (2018).



以發現被告或犯罪證據或其他可得沒收之物為目的，而搜查被告或第三人之身體、物件、電磁紀錄、住宅或其他處所之強制處分<sup>28</sup>。有學者則是指出，搜索雖可能使受搜索人暫時喪失對財產之控制權，然而人民更在乎者應為隱私權之侵犯，執行搜索對財產造成之侵擾在短期內就會結束，但當人民被搜索之客體內的私密內容或資訊被國家得知時會對其造成困窘或恥辱感，這種挫折感卻是幾乎不會隨著搜索終止而消失，因此比起對於財產權之侵擾，搜索對於隱私權之侵害更為嚴重，法律保護物件、住宅或處所，目的不在於保護有形之財產，而在於保護無形之隱私權<sup>29</sup>。

而於我國實務上，早期對於是否構成搜索亦多以是否構成財產權侵害或物理性的侵入有形空間而為判斷，然近年開始注意到搜索除了對於財產權益的影響外，也涉及對於人民隱私權之干預<sup>30</sup>，或認為尚涉及居住自由之侵害<sup>31</sup>。居住自由之保障，依照釋字第 443 號解釋理由書之見解，係在保障人民有選擇其居住處所，營私人生活不受干預之自由，至於學說上則認為居住自由所欲保護之利益其實也是人民空間上之隱私<sup>32</sup>。

### 第三目 本文見解

搜索於美國法上有應該採取隱私權基準或財產權基準之爭議，大多係涉及監聽等無物理性侵入之科技偵查行為是否構成搜索，進而影響人民是否而受到美國聯邦憲法增修條文第 4 條之保護方有討論此一問題之必要，於除此之外的大部分個案上，對於是否構成搜索上採取不同基準，其實不會獲致不同之結論<sup>33</sup>。而於我國法上，因為關於祕密通訊自由相關之干預行為已受到通訊保障及監察法之規

---

<sup>28</sup> 林鈺雄，前揭註 3，頁 430。

<sup>29</sup> 王兆鵬、張明偉、李榮耕（2022），《刑事訴訟法（上）》，6 版，頁 201，新學林；李榮耕（2012），〈電磁紀錄的搜索及扣押〉，《臺大法學論叢》，41 卷 3 期，頁 1067。

<sup>30</sup> 最高法院 99 台上字第 4117 號刑事判決。

<sup>31</sup> 最高法院 109 年度台上字第 259 號刑事判決、最高法院 109 年度台上字第 3256 號刑事判決。

<sup>32</sup> 詹鎮榮（2004），〈居住自由〉，《法學講座》，30 期，頁 15。

<sup>33</sup> 另一個採取隱私權及財產權基準可能獲得不同結論之案例為警察進入住宅附近開放領域之行為，參李榮耕，前揭註 22，頁 888。




範，對於搜索採取隱私權而非財產權基準之實益，在於出現不具有物理侵入性但侵害人民隱私權之新型態處分時，得以將其納入搜索之範疇中，以令狀原則保護人民之權利，避免法律的真空造成憲法權利保障上的漏洞<sup>34</sup>。

以我國刑事訴訟法第 122 條所規範的搜索客體觀之，的確都涉及物理上之空間概念，雖該條文於 2001 年時修正新增對於「電磁紀錄」之搜索，學者見解仍認為就搜索之客體而言，仍係指「電磁紀錄物」之有形空間<sup>35</sup>。然而，本文認為搜索此種有形空間之重點如上述我國學者所言，仍在於發現其中附隨之私密活動所會對受搜索人帶來之侵擾，主要仍是著重在隱私權而非財產權之影響上，故若將觀察重點放在搜索本身，而不包括附隨於搜索之扣押行為，則應認為搜索所干預者主要係受搜索人之隱私權，而於住宅搜索之情形，則同時干預人民居住空間上之隱私，亦即憲法第 10 條所保障之居住自由。

至於隱私權之內涵為何，於我國釋憲實務上，司法院釋字第 293、535 號解釋中皆有提及隱私權之用語，然而關於隱私權之保障範圍卻直到司法院釋字第 585、603 號解釋文中方有明確之說明，釋字第 585 號解釋認為「隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活秘密空間免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第二十二條所保障」。而於釋字第 603 號解釋之後，用語改為「個人生活私密領域免於他人侵擾」，惟其意義應無不同，可見釋憲者認為隱私權至少包括保障「個人生活私密領域免於他人侵擾」及「個人資料之自主控制」之資訊隱私權。後者之內涵依據釋字第 603 號解釋文之意旨，包括「保障人民決定是否揭露其個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權，並保障人民對其個人資料之使用有知悉與控制權及資料記載錯誤之更正權」。

<sup>34</sup> 李榮耕，前揭註 22，889。

<sup>35</sup> 李榮耕，前揭註 29，頁 1093-1094。



而此二種權利內涵與搜索間之關係，本文認為搜索過程不必然會涉及嚴格意義上之「個人資料」，因何謂個人資料，依據個人資料保護法之定義<sup>36</sup>，應該僅限於得以直接或間接識別個人資料主體之資料，也就是與個人資料主體之身分具有一定程度之關聯性者。然而搜索之客體為身體、物件、電磁紀錄、住宅或其他處所，於此些空間中個人可以自由發展私人活動，也就是作為一個私密領域，因此搜索至少涉及「個人生活私密領域」之侵擾，因此而有隱私權之干預性質，而若該空間中含有個人資料者，則同時也干預個人資料自主控制之資訊隱私權。

## 第二項 同意扣押

### 第一款 規範情形

另一個我國刑事訴訟法上有明文規定之得受處分人同意之刑事處分為同意扣押，依刑事訴訟法第 133 條之 1 第 1 項及第 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，執行人員應出示證件，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。」

本規定增訂於 2016 年，當時立法理由中提及：「現行法關於搜索，原則上，應依法官之搜索票為之，即採法官保留原則，附隨搜索之扣押亦同受其規範。非附隨於搜索之扣押與附隨搜索之扣押本質相同，除僅得為證據之物及受扣押標的權利人同意者外，自應一體適用法官保留原則。爰參考本法第一百二十八條規定，德國刑事訴訟法第九十八條第一項、第一百一十 e 條第一項，及日本組織犯罪處罰及犯罪收益規範法第二十二條第一項、第四十二條第一項之立法例，增訂本條第一項。至於同時得為證據及得沒收之物，仍應經法官裁定，以免架空就沒收之

---

<sup>36</sup> 個人資料保護法第 2 條第 1 款：「個人資料：指自然人之姓名、出生年月日、國民身分證統一編號、護照號碼、特徵、指紋、婚姻、家庭、教育、職業、病歷、醫療、基因、性生活、健康檢查、犯罪前科、聯絡方式、財務情況、社會活動及其他得以直接或間接方式識別該個人之資料。」

物採法官保留為原則之立法意旨，併此敘明」。然而細觀上述立法理由中參考之比較法上條文，其實並無受扣押標的權利人同意得以無須經法官裁定之規定，我國立法所參考者，應僅係有關於非附隨於搜索之扣押採取法官保留原則之部分<sup>37</sup>，可以說非附隨於搜索之同意扣押此一法官保留原則之例外具有相當高之本土性。

## 第二款 所涉及之基本權

扣押之意義係指為保全可為證據或得沒收之物，而由國家對其暫時占有之強制處分<sup>38</sup>，依刑事訴訟法之規定，扣押之客體包含可為證據或得沒收之物，或於保全追徵之扣押時及於被告、犯罪嫌疑人或第三人之所有責任財產<sup>39</sup>，所涉及者主要為人民對於扣押標的物之財產權。依司法院釋字第 400 號解釋文指出，憲法第 15 條保障人民財產權之規定，目的在於確保個人依財產之存續狀態行使其自由使用、收益及處分之權能，免於遭公權力或第三人之侵害，使其能實現個人自由、發展人格及維護尊嚴。以強制方式扣押人民之財產，國家機關對扣押標的取得占有，於未經審判確定論知沒收或依法發還前之扣押期間內，人民之財產權雖不因此消滅，然而已使其無法對個人財產自由使用、收益及處分<sup>40</sup>，自屬對財產權之干預。

## 第三項 同意採尿

### 第一款 實務運作情形

而相較於上述我國刑事訴訟法已明文規定之同意搜索、同意扣押，同意採尿

<sup>37</sup> 其原因似可從當時之院會紀錄中得知，因立法理由之文字為顧立雄等立法委員所提修正草案之說明，而其所提草案中並無受扣押標的權利人同意得以無須經法官裁定之相關文字，然而審查會通過之條文卻係依照段宜康等委員之修正動議通過，參立法院公報處（2016），《立法院公報》，105 卷 40 期，頁 59-67，立法院。

<sup>38</sup> 林鈺雄，前揭註 3，頁 449。

<sup>39</sup> 刑事訴訟法第 133 條第 1、2 項參照。

<sup>40</sup> 李春福（2017），《刑事訴訟法論》，頁 271，新學林。

則是一個我國法上未明文規範，然而於實務上為司法警察於毒品案件中所大量使用之調查方式<sup>41</sup>。我國法上除法官或檢察官得命鑑定人採取尿液外<sup>42</sup>，司法警察於符合法律規定之情形下亦可能得以命被告或犯罪嫌疑人採取，強制採驗尿液之法律依據有二，其一為依照刑事訴訟法第 205 條之 2 規定，對於經拘提或逮捕到案之被告或犯罪嫌疑人，於有相當理由認為採取尿液得作為犯罪之證據時，得採取之<sup>43</sup>。其二則為毒品危害防制條例第 25 條第 1、2 項之規定<sup>44</sup>，對於符合該二項所列之對象（實務上稱為毒品調驗人口或毒品列管人口），警察機關於定期或其有事實可疑為吸用毒品時，通知其於指定時間到場採驗尿液，無正當理由不到場時得報請檢察官強制採驗，到場後拒絕採驗者，得違反其意思強制採驗。而同意採尿則是於上開二種強制採尿之法律依據外，於受處分人自願同意之情況下實施者，實務大多數見解均認為雖法無明文，然仍為合法之調查方式<sup>45</sup>。

<sup>41</sup> 以「同意採尿」為關鍵字查詢司法院法學資料檢索系統之相關判決，截至 2023 年 1 月 8 日為止一共有 51810 筆查詢結果。

<sup>42</sup> 刑事訴訟法第 205 條之 1 參照，條文中所稱排泄物應自然包括尿液而言。

<sup>43</sup> 然而該規定已被憲法法庭宣告違憲，可參本文註 2 之說明。

<sup>44</sup> 毒品危害防制條例第 25 條第 1 項：「犯第十條之罪而付保護管束者，或因施用第一級或第二級毒品經裁定交付保護管束之少年，於保護管束期間，警察機關或執行保護管束者應定期或於其有事實可疑為施用毒品時，通知其於指定之時間到場採驗尿液，無正當理由不到場，得報請檢察官或少年法院（地方法院少年法庭）許可，強制採驗。到場而拒絕採驗者，得違反其意思強制採驗，於採驗後，應即時報請檢察官或少年法院（地方法院少年法庭）補發許可書。」第二項：「依第二十條第二項前段、第二十一條第二項、第二十三條第一項規定為不起訴之處分或不付審理之裁定，或依第三十五條第一項第四款規定為免刑之判決或不付保護處分之裁定，或犯第十條之罪經執行刑罰或保護處分完畢後二年內，警察機關得適用前項之規定採驗尿液。」

<sup>45</sup> 例如最高法院 109 年度台上字第 990 號刑事判決：「司法實務上對於施用毒品之犯罪嫌疑人或被告，採集其尿液檢體送驗之鑑定處分，乃為調查有無施用毒品之犯罪事實，對人採集檢體之取證行為，由於其攸關人身之自由與隱私等基本權之保障，倘強制為之，固須合於法律保留原則。惟如係得其同意，由其自願排尿後取樣送驗，無涉強制採證者，雖法無明文，然參酌刑事訴訟法第 131 條之 1 受搜索人自願性同意搜索，及第 133 條之 1 受扣押標的權利人同意扣押等規定之規範意旨，尚不得任意指為採證違法而執為適法之第三審上訴理由。」



## 第二款 所涉及之基本權

### 第一目 資訊隱私權

同意採尿處分可能會涉及何種人民之基本權，應先從以強制方式實施採尿處分子以觀察，採集尿液屬於一種身體檢查處分，若就國家機關因此所取得之尿液檢體而言，因尿液蘊含可以推知其所有人過去行為及生活方式之個人資訊，例如體內毒品濃度之閾值<sup>46</sup>，故屬於個人資訊之載體，且尿液取得後可依法為後續檢測及利用，其中之個人資訊有為第三人所知悉之危險，故應已涉及憲法第 22 條所保障之個人自主控制個人資料之資訊隱私權<sup>47</sup>。雖然若僅實施尿液之採集而不依法予以檢測，似乎並不會限制受處分人之資訊隱私權，然而身體檢查處分本身並非自我目的，其實施之目的在大多數情況就是為了協助釐清犯罪事實，故必然包括後續加以檢測之行為<sup>48</sup>，因而涉及資訊隱私權之干預。另外亦有見解認為，尿液作為個人資訊之載體，個人對於是否交付予國家機關有決定之權利，故單純透過強制方式取得尿液本身，於未送交相關機關檢測之前即已干預受採尿者之資訊隱私權<sup>49</sup>。

### 第二目 身體權

另外，強制採尿尚有可能干預人民之基本權種類與其實施之方式有關，尿液採集依其實施之方式可分為侵入性採尿及非侵入性採尿二種，前者通常係以導尿器具插入人體內以強制導尿，後者則係於受採尿人自行解尿後予以採集，如係違

---

<sup>46</sup> 濫用藥物尿液檢驗作業準則第三條規定：「十三、閾值：指判定檢體為陰性或陽性之濫用藥物或其代謝物濃度」。

<sup>47</sup> 憲法法庭 111 年憲判字第 16 號判決參照。

<sup>48</sup> 林鈺雄（2004），〈從基本權體系論身體檢查處分〉，《臺大法學論叢》，33 卷 3 期，頁 175。

<sup>49</sup> 憲法法庭 111 年憲判字第 16 號判決林俊益大法官提出之協同意見書，頁 12。

反受採尿者意思為之者，通常是將受採尿者置於執行人員可得支配之範圍下，因執行人員之要求而以喝水、自行走動之方式產生尿意，從而自行解尿、採集<sup>50</sup>。

侵入性採尿之方式因受採尿者之身體受制於執行人員，且需忍受異物入侵體內，可能產生精神上之屈辱感與心理創傷，應已干預憲法第 22 條所保障之免於身心傷害之身體權。而非侵入性採尿之方式是否干預身體權，憲法法庭近期判決見解認為，因受採尿者仍係處於執行人員之實力支配範圍下，縱使係由其自行解尿，並不會造成其身體健康之危害，然而仍使其身體自主控制權受到制約。惟此一見解為少數意見所質疑，認為既然非侵入性採尿之情形，執行人員從頭到尾並未碰觸其身體，如何干預其身體自主控制權<sup>51</sup>，甚或質疑受採尿者處於執行人員實力支配範圍下之情境，為其受到拘捕因此人身自由受到制約，非因對其採取尿液之規定所致<sup>52</sup>。

### 第三目 本文見解

目前實務上同意採尿大多是以非侵入性採尿之方式，即由受採尿者簽署同意採尿書面後自行解尿、採集，然而亦無法排除同意採尿是在無法自行解尿之情況下，同意利用導尿器具進行侵入性採尿之可能。單純以強制方式執行非侵入性採尿加以分析，本文贊同上述少數意見之見解，認為應解釋為尿液檢體一經國家機關強制取得時，即已干預個人資訊隱私權，蓋雖然授權規定未明文得以予以檢測，然而只要尿液檢體一經交付即有被檢測而揭露個人資料之危險，是否發生此一情形為受採尿者所無法控制，因此國家機關強制取得尿液之行為，已妨礙個人對於是否揭露個人資料之決定權之行使。


至於身心不受傷害之身體權，此一權利之承認首見於釋字第 689 號，於解釋理由書中並未見釋憲者詳細闡述此一權利之內涵，且尚混用「身心安全之身體權」

<sup>50</sup> 憲法法庭 111 年憲判字第 16 號判決參照。

<sup>51</sup> 憲法法庭 111 年憲判字第 16 號判決林俊益大法官提出之協同意見書，頁 13。

<sup>52</sup> 憲法法庭 111 年憲判字第 16 號判決蔡宗珍大法官提出之協同意見書，頁 6。





之用語，並謂跟追行為可能危及此一權利，而於近期憲法法庭之判決中，則認為身心不受傷害之身體權包含「身體完整不受侵犯與傷害」之權利。由大法官解釋及上開憲法法庭判決綜合以觀，應可推知身心不受傷害之身體權主要是保障身體和心理完整不受侵犯與傷害之權利。而非侵入性強制採尿情況下，犯罪嫌疑人受到拘捕確實人身自由已受制於執行人員實力支配下，但單純受到拘捕犯罪嫌疑人不須被採尿人員要求解尿，憲法法庭之多數意見應是基於此而認為系爭規定確實有對於受採尿人之「身體自主控制權」造成限制，但問題在於此種自主決定解尿與否，憲法法庭多數意見將其稱為「身體自主控制權」之權利，似乎並非大法官於之前透過釋字第 689 號解釋所承認為憲法第 22 條所保障之身體完整免於受傷害之身體權的保障範圍，因此或可認為大法官透過此一憲法法庭判決見解，擴張了釋字第 689 號所承認之身體權保障範圍。

## 第四項 任意同行

### 第一款 實務運作情形

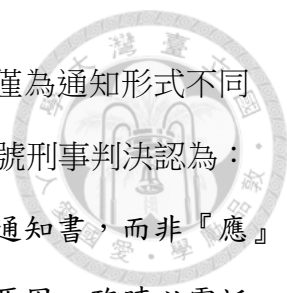
最後一個在我國法上並未明文，且在實務上出現頻率亦遠低於同意採尿<sup>53</sup>，卻容易被用以與同意搜索之概念一併討論<sup>54</sup>者則是所謂的「任意同行」。依刑事訴訟法第 71 條之 1 規定，司法警察官或司法警察，因調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據之必要，得使用通知書，通知犯罪嫌疑人到場詢問。而任意同行之概念，主要係指司法警察（官）不依上述規定以通知書之方式通知犯罪嫌疑人到場詢問，而是親自到犯罪嫌疑人住居所或所在處所要求同行至偵訊場域接受詢問之情形<sup>55</sup>。

---

<sup>53</sup> 以「任意同行」為關鍵字查詢司法院法學資料檢索系統之相關判決，截至 2023 年 1 月 24 日為止一共僅 12 筆查詢結果。

<sup>54</sup> 林宗陽（2016），《警察實施同意搜索之研究》，頁 17-19，中央警察大學刑事警察研究所碩士論文。

<sup>55</sup> 最高法院 107 年度台上字第 3084 號判決參照。



關於任意同行是否為合法之調查方式，實務上大多認為此僅為通知形式不同之問題而採取肯定之立場，如最高法院 99 年度台上字第 6278 號刑事判決認為：「『通知』亦屬對人之強制處分，惟該條文既規定『得』使用通知書，而非『應』使用通知書，則若司法警察官或司法警察，因情況急迫或其他原因，臨時以電話、親自登門或其他方式，請犯罪嫌疑人到場接受詢問，犯罪嫌疑人如願意配合接受詢問，即同意捨棄其排除違法強制處分之基本權利，如負責詢問犯罪嫌疑人之司法警察官或司法警察，均能遵守刑事訴訟法規定之程序，因此取得犯罪嫌疑人之自白，非無證據能力」<sup>56</sup>，或有事實審法院認為，基於釋字第 535 號解釋亦允許警察職權行使法上為查明身分而請求受臨檢人同行至警局之意旨，警方於合理懷疑被告有犯罪嫌疑時請其至警局說明之任意同行手段並無不法<sup>57</sup>。

## 第二款 所涉及之基本權

任意同行所涉及之基本權利，大部分實務及學說見解認為係屬憲法第 8 條之人身自由，因任意同行係來自於日本法上之概念，其以被告或犯罪嫌疑人可依自由意思決定是否同行，且同行後可以隨時自由離去為要件，然而這兩個要件於個案中時常發生爭議，僅須不符合其中之一之要件時，就會落入實質上人身自由受到限制而為「逮捕」之情形<sup>58</sup>，而憲法第 8 條人身自由所保障者，即為人民免於不合法之逮捕、拘禁之權利。

## 第五項 小結


我國實務上與同意有關之強制處分類型上，搜索、扣押有以同意方式為之的明文，至於透過同意所為之非侵人性採尿則為實務所承認，任意同行亦有判決認為屬合法之調查方式。於個別處分所干預之基本權上，搜索若以強制方式為之，

---

<sup>56</sup> 相同見解：最高法院 99 年度台上字第 7764 號刑事判決及臺灣高等法院 109 年度金上訴字第 25 號刑事判決等事實審法院判決，關於本判決之評釋見本文第五章第一節第三款。

<sup>57</sup> 臺灣高等法院 106 年度上訴字第 2500 號刑事判決。

<sup>58</sup> 林輝煌（2009），〈談日本法上的任意同行與逮捕：兼談我國法及實務〉，《法令月刊》，60 卷 2 期，頁 102-103。



干預受處分人生活私密領域免於他人侵擾之權利，於搜索範圍涉及個人資料之情形，尚干預個人資料自主控制之資訊自決權。至於扣押則干預扣押標的權利人自由使用、收益、處分財產之權利，非侵入性方式之強制採尿干預個人對於透過尿液所可得知的生活方式此一個人資料之資訊自決權以及身體自主控制權。至於任意同行，則因個案上是否得以自由決定同行、同行中是否得以自由離去，可能涉及有無構成人身自由拘束的問題。

### 第三節 強制處分同意之基本問題

於討論我國涉及同意之強制處分所干預之基本權及其保障範圍後，本節將分析受處分人對於基本權干預行為之同意於憲法上的理論基礎，於確立理論基礎後再釐清其憲法上之容許性、權利依據以及有無合法性上之界限等問題，最後並討論受處分人之同意對於國家干預行為產生之法律效果，並具體檢視同意對於前一節中所介紹之我國同意處分類型之意義。

#### 第一項 同意之理論基礎


##### 第一款 我國及德國學說見解

我國及德國學說上一般認為對基本權干預之同意可能涉及憲法上所謂「基本權捨棄」（或稱為基本權拋棄、基本權利放棄）之概念<sup>59</sup>，而反對將基本權干預之同意與基本權捨棄作相同理解之學說，認為基本權捨棄將導致權利喪失的結果，與不具有拘束力而可以撤回之同意不同<sup>60</sup>。惟亦有文獻對此種見解表達質疑，認為其對捨棄權利之理解來自於刑法及民法上之學說，卻無視基本權釋義學上已經充分限制了基本權捨棄之概念<sup>61</sup>。

<sup>59</sup> Fischinger, Der Grundrechtsverzicht, JuS 2007, 808, 808; 林鈺雄，前揭註 3，頁 331。

<sup>60</sup> Amelung, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, 1981, S. 19 ff. 我國文獻上贊同此一見解者：李瑞敏（2003），《論強制處分之同意》，頁 13-14，國立政治大學法律學系碩士論文

<sup>61</sup> Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3/2, 1994, S. 905.



不同於民法上之權利拋棄，基本權捨棄並非永久的、全面的拋棄基本權，不會導致基本權利消滅或喪失的結果<sup>62</sup>，而只是透過意思表示表達自己針對特定個案或在特定期間內，放棄行使源自特定基本權的個別權限，或同意國家對自己的基本權採取干預措施<sup>63</sup>。

從國家高權之干預行為的角度來看，基本權捨棄就是透過當事人的意思而使得干預行為在憲法上是被允許的，基本權捨棄的問題也就是基本權利主體是否以及在多大程度上可以處分基本權利地位的問題<sup>64</sup>，而基本權干預之同意，是當事人以願意接受國家高權行為的意思表示，於個案中暫時地處分自己基於基本權而來的個別權限。

## 第二款 我國實務見解

我國實務上，刑事訴訟中基本權干預之同意的類型較常出現者為同意搜索及同意採尿已如前述。關於前者，判決中多以「基本權之拋棄或放棄」作為其理論基礎<sup>65</sup>，最高法院 109 年度台上字第 5631 號刑事判決更詳細指出：「搜索及所伴隨之扣押處分，因涉及對於人民隱私權、財產權、居住權等基本權的干預……惟刑事訴訟法第 131 條之 1 前段另規定：搜索，經受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票。此乃基於權利自主原則，於受搜索人明知有權拒絕搜索，卻仍本於自由意志，願意拋棄憲法所保障之上開基本權而接受搜索時，亦屬法之所許」。

至於同意採尿，實務見解多認為雖相關法律並無捨棄令狀原則及檢察官書面許可之明文，但因與搜索身體之性質相同，自可類推適用<sup>66</sup>，另有具體指出

---

<sup>62</sup> Sachs, in: Sachs/Battis (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2011, Vor Art. 1 Rn. 52; 程明修 (2005)，〈基本權拋棄〉，《月旦法學教室》，35 期，頁 7。

<sup>63</sup> 程明修，前揭註 62，頁 6-7；法治斌、董保城 (2010)，前揭註 12，頁 198-199。

<sup>64</sup> Stern, (Fn. 61), S. 906.

<sup>65</sup> 最高法院 108 年度台上字第 839 號刑事判決、最高法院 109 年度台上字第 259 號刑事判決、最高法院 109 年度台上字第 3256 號刑事判決等。

<sup>66</sup> 最高法院 109 年度台上字第 4572 號刑事判決、最高法院 108 年度台上字第 2817 號刑事判決、最高法院 109 年度台上字第 1077 號刑事判決等。

「『採尿』與『搜索』同係司法警察蒐集證據之方法，且均屬侵害基本權之強制處分」，而認為可以類推適用同意搜索之規定者<sup>67</sup>。



### 第三款 美國法上同意搜索之理論基礎

至於美國法對於強制處分同意相關的討論，實務及學說文獻主要聚焦於同意搜索上，因我國同意搜索之立法應係繼受美國法而來，對於同意搜索之理論基礎，美國法上之見解有可資參考之處，對此主要有三種不同見解<sup>68</sup>，以下分述之。

第一說為權利拋棄說，美國聯邦最高法院早期曾於搜索之案例中認為憲法增修條文第 4 條規定保障人民不受不合理搜索、扣押之權利，當被告真摯地同意搜索時，等同於拋棄不受不合理搜索、扣押之權利<sup>69</sup>。類似的說法也出現在聯邦最高法院關於同意搜索的一則指標性判決—*Schneckloth v. Bustamonte* 案（以下簡稱 *Schneckloth* 案）<sup>70</sup>判決 Marshall 大法官的不同意見中，其認為同意搜索之所以合法，不是因為此一令狀原則及相當理由之例外為執法所需要，而是因為我們容許個人選擇是否行使其憲法上的權利<sup>71</sup>。同意等同於是放棄其隱私期待以及揭露隱私利益<sup>72</sup>，進而使警察之行為不再是嚴格意義上憲法增修條文第 4 條所規範之搜索行為<sup>73</sup>。

<sup>67</sup> 最高法院 109 年度台上字第 990 號刑事判決。

<sup>68</sup> Tracey Maclin, *The Good and Bad News about Consent Searches in the Supreme Court*, 39 MCGEORGE L. REV. 27, 29 (2008). See also Marcy Strauss, *Reconstructing Consent*, 92 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 211, 216 n.11 (2001). 中文文獻可參：王兆鵬（1999），〈經同意之搜索〉，《法學叢刊》，176 期，頁 83。

<sup>69</sup> See *Johnson v. United States*, 333 U.S. 10, 13 (1948). (“Entry to defendant's living quarters, which was the beginning of the search, was demanded under color of office. It was granted in submission to authority rather than as **an understanding and intentional waiver of a constitutional right.**”)

<sup>70</sup> *Schneckloth v. Bustamonte*, 412 U.S. 218 (1973).

<sup>71</sup> *Id.* at 283. (Marshall. J. Dissenting) (“Thus, consent searches are permitted, not because such an exception to the requirements of probable cause and warrants is essential to proper law enforcement, but because **we permit our citizens to choose whether or not they wish to exercise their constitutional rights**”)

<sup>72</sup> Thomas Y. Davies, *Denying a Right by Disregarding Doctrine: How Illinois v. Rodriguez Demeanes Consent, Trivializes Fourth Amendment Reasonableness, and Exaggerates the Excusability of Police Error*, 59 TENN. L. REV. 1, 28 (1991).

<sup>73</sup> Maclin, *supra* note 68, at 29.

至於第二說，亦即 *Schneckloth* 案判決中的多數意見所採取的見解（以下簡稱為「自願性同意說」），認為同意搜索為令狀及相當理由之例外，但並未使用憲法權利之拋棄作為其理論基礎，而是將重點置於同意的「自願性」上<sup>74</sup>，只要是出於自願性同意，並非受到強暴或脅迫，或服從於警察權力所為之搜索，即非憲法增修條文第 4 條所禁止之不合理的搜索<sup>75</sup>。

第三說文獻上稱為警察行為合理性說，為美國聯邦最高法院於 *Illinois v. Rodriguez* 案<sup>76</sup>中所確立，該判決多數意見認為憲法增修條文第 4 條並不是保障被告之住所只能在他自己同意時方得被搜索，而是保障其不受不合理搜索之權利，其對於警察行為之期待並非要求他們的行為總是正確的，而僅在於確保警察的行為合理，因此於同意搜索上真正的問題並非在於受搜索人是否拋棄其免於搜索之權利，而是在於保障其免於「不合理」搜索之權利是否被侵害<sup>77</sup>，也就是同意搜索是否有效取決於警察之行為是否為「不合理」之搜索，只要警察合理相信受搜索人之同意係出於自願，則其所為搜索並非不合理之搜索。

文獻上有認為第一說與第二說之差異主要在於若同意搜索為權利之拋棄，則同意僅有在個人知悉其擁有拒絕同意之權利時方為有效。另一方面，若「自願性」方為判斷重點，則重點為同意是否為受搜索人所作出的自由決定，也就是並非受到強暴或脅迫等影響意思自由之行為的結果，然而知悉拒絕同意之權利並非不可或缺之要件<sup>78</sup>。

而這也是 *Schneckloth* 案多數意見不採取權利捨棄說的原因，因為聯邦最高法院於更早的 *Johnson v. Zerbst* 案<sup>79</sup>中對於憲法權利的捨棄要求國家必須證明當事人是「對於所知悉之權利於故意下所為之放棄」，亦即其所為係「知情且明智」

<sup>74</sup> *Schneckloth*, 412 U.S. at 219.


<sup>75</sup> *Id.* at 233.

<sup>76</sup> *Illinois v. Rodriguez*, 497 U.S. 177 (1990).

<sup>77</sup> *Id.* at 183-187.

<sup>78</sup> WAYNE R. LAFAVE, *SEARCH AND SEIZURE: A TREATISE ON THE FOURTH AMENDMENT* VOL. 3 599 (3d ed. 1996).

<sup>79</sup> *Johnson v. Zerbst*, 304 U.S. 458 (1938).



(knowing and intelligent) 的捨棄行為<sup>80</sup>。於 *Schneckloth* 案中，法院認為此種權利捨棄之要求並不適用於憲法增修條文第 4 條所保障之權利的捨棄，而僅適用於與公平審判及發現真實之過程的可靠性有關的權利，例如受辯護人協助權、對質詰問權、受陪審團審判之權利等<sup>81</sup>。因為若無此些權利，無辜被告將面臨被錯誤定罪的危險，然而憲法增修條文第 4 條所保障之權利背後並無此種考量，同意搜索之結果與警察持搜索票搜索之結果並無二致<sup>82</sup>。

#### 第四款 評析及本文見解

關於美國法上對於同意搜索之理論基礎的不同見解，有學者質疑若認為同意係自願揭露，人民無合理隱私期待，警察之行為不構成搜索，不受到憲法增修條文第 4 條之規範，則人民無法受到憲法之保障，此見解並不妥適<sup>83</sup>。若認為權利拋棄說為拋棄對於搜索客體之隱私期待，亦將導致警察之行為非嚴格意義上之搜索的結果，則勢必也需要面對此一批評。

對此本文認為，同意搜索於美國法上本即為憲法增修條文第 4 條所揭示之令狀原則及相當理由之例外，亦即於現況上同意搜索之當事人即已不受到憲法增修條文第 4 條所規範之搜索應有令狀原則及相當理由之保障，此與理論基礎上採取何種見解似乎並無關係。且若仔細觀察除同意搜索以外其他與搜索有關之最高聯邦法院判決見解，便可發現其於個人自願向政府機關以外之第三人揭露其私密資訊之案件上，仍多透過自願揭露後無主觀隱私期待，因此偵查機關向第三人取得

---

<sup>80</sup> *Id.* at 464. (“A waiver is ordinarily an intentional relinquishment or abandonment of a known right or privilege.”)

<sup>81</sup> *Schneckloth*, 412 U.S. at 236-38.

<sup>82</sup> *Id.* at 241-43.

<sup>83</sup> 王兆鵬，前揭註 68，頁 83。學者於文中係將權利拋棄說與無合理隱私期待說列為不同的二個見解，而此係針對無合理隱私說之批評。

此類資訊不構成搜索，因此不受到憲法增修條文第 4 條保障的論理來處理相關之問題<sup>84</sup>，只是於同意搜索上，近年來聯邦最高法院較少採取此種見解而已。

至於 *Schneckloth* 案多數見解所採之自願性同意說，本文認為其過度將與公平刑事審判有關之權利限縮於受辯護人協助權等將會影響真實發現的權利之上，此一見解認為透過同意搜索取得之證據與透過搜索票取得之證據並無不同，不會導致案件有誤判之可能，因此便無須適用較為嚴格的「知情且明智」捨棄標準，這是出於同意搜索而得之物證不會有虛偽可能性的想法。然而刑事訴訟除了追求發現真實之目的外，同時亦應建立符合法治國基準的訴訟程序<sup>85</sup>，判決見解無法說明為何一個於受搜索人不知悉其憲法增修條文第 4 條之權利下所為之同意並無不公平之情形<sup>86</sup>，因為此種情形本身即等同於國家與人民間存在關於法律知識的不平等，而使用基於此一不平等而搜索取得之證據以達成犯罪追訴之目的，亦應無法符合公平審判之要求。

另外僅憑同意非出於執行人員之強暴、脅迫或詐欺本身，並無法說明為何其可作為令狀原則之例外，要賦予同意可以作為令狀原則例外之效力，至少應該要是同意人知悉其受到令狀原則之保護，此種同意方有意義，否則根本沒有同意之標的可言，而知悉其受到令狀原則之保護，應該就等同於知悉可以拒絕無令狀之搜索行為，換言之即為知悉其有拒絕同意搜索之權利。另外，不知悉得以拒絕同意之權利，等同於不知悉自身擁有其他行為選擇之空間，同意於此情形下就成為規範上所能享有的唯一選擇，則此種同意是否仍有意義亦使人懷疑。

最後關於警察行為合理性說，本說雖於美國法上有憲法增修條文第 4 條作為依據，然而於我國現行法上並無類似規定，刑事訴訟法第 131 條之 1 之條文文字並未以警察行為合理性作為同意搜索有效性之判斷要件，相對而言，條文是以受

---

<sup>84</sup> *United States v. Miller*, 425 U.S. 435, 443 (1976). *Smith v. Maryland*, 442 U.S. 735, 743-44 (1979). 此種見解於文獻上稱為第三人原則，但於 *Carpenter v. United States* 案中，聯邦最高法院認為向第三人揭露位置資訊不適用之，個人仍具有合理隱私期待。

<sup>85</sup> 林鈺雄，前揭註 3，頁 9。

<sup>86</sup> *LaFave*, *supra* note 78, at 603.



搜索人之角度，要求必須是一個「自願性」之同意方得不使用搜索票，而並非僅須執行人員相信其為自願之決定即為有效之同意。

既然美國法上之自願性同意說及警察行為合理性說存在上述之問題，因此本文認為權利拋棄說之見解應較為可採，此亦與我國及德國法學說上對基本權干預之同意認為屬於基本權之捨棄的看法相符合。而前述我國實務上近期之最高法院 109 年度台上字第 5631 號刑事判決指出同意搜索係基於權利自主原則所為之基本權利拋棄，與美國法上 *Schneckloth* 案中 *Marshall* 大法官之少數意見認為同意搜索之所以被容許係因個人可選擇是否行使其憲法上之權利，二者亦有相似之處。而基本權干預之同意作為基本權捨棄或憲法上權利之拋棄，須以知悉得以拒絕同意之權利為同意有效性之要件，亦即同意除具備自願性外，尚須為個人「知情」之決定方為有效。

## 第二項 同意之憲法上容許性

肯定同意為基本權捨棄，因而涉及個人處分基本權利地位之問題後，首先要面對之問題即為憲法上之基本權利是否容許個人加以處分，以下將透過文獻上之討論，分析基本權利主體究竟是否得以同意干預之方式，於個案中處分自身的基本權利。

### 第一款 不同基本權理論之見解

肯定基本權得以由個人加以捨棄的見解主要從自由的基本權理論出發，強調基本權是對抗國家的防禦權，將基本權捨棄視為自由權行使的行為，認為基本權捨棄就是自由權的行使，因此基本權捨棄應為憲法所容許<sup>87</sup>。相對而言，客觀基本權理論則從基本權的客觀功能出發，認為基本權是公共福祉的具體化，以及公

---

<sup>87</sup> Dürig, *Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde: Entwurf eines praktischen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I. in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes*, AöR 1956, 117, 152; zit. nach Pieroth/Schlink, (Fn. 12), Rn. 135.

共利益的表達，故應該排除個人對基本權利做出處分的權利<sup>88</sup>。而晚近的學說見解則採取折衷的立場<sup>89</sup>，認為基本權利具有多重功能的特性，應該避免僅注重基本權利作為國家結構形成的性質，或僅將其視為純粹的個人權利<sup>90</sup>。



## 第二款 區分基本權類型之見解

雖基本權具有多重功能性，於不同基本權當中，應可區分出何種基本權主要是在保護個人利益，而何種基本權卻同時蘊涵保障公共利益的目的，當特定基本權的作用並非或主要不是在於保護個人利益，而是在於保障公共利益時，個人對於基本權的處分權限才不存在或應該被限制<sup>91</sup>。例如一般認為憲法第 129 條之秘密投票權的保障，主要目的在於選舉結果能夠正確反應民意的公共利益，因此人民不得主張對於秘密投票權之捨棄<sup>92</sup>。

有文獻基於此種見解，區分不同類型基本權討論以同意方式處分基本權之容許性，其將基本權分為個人的基本權、與政治文化經濟相關之基本權、制度性保障之基本權、司法基本權及平等權五種。於個人的基本權上，因為同意之法律效果如同其名稱所述僅發生於個人之範圍內，同意自由與此類基本權所保護之利益較無衝突，故可以經由同意方式處分原則上並無問題，此類基本權包括德國基本法上之身體權、住所不得侵犯之權利以及通訊秘密之權利等，然而不包括生命權，這是因為公共利益而對於同意自由設下限制。而關於與政治文化經濟相關之基本權以及制度性保障之基本權，則因其目的除個人利益之保障外，或多或少涉及客

<sup>88</sup> Sturm, in: FS Geiger, 1974, S. 173, 192 ff; zit. nach, Pieroth/Schlink, (Fn. 12), Rn. 135; W. Ernst, Der Verzicht auf subjective öffentliche Rechte, Diss Rostock 1993, S. 67; zit. nach, Stern, (Fn. 61), 2010, S. 894.

<sup>89</sup> Stern, (Fn. 61), S. 896.

<sup>90</sup> Pietzcker, Die Rechtsfigur des Grundrechtsverzichts, Der Staat Vol.17 (1978), 527, 542.

<sup>91</sup> Pieroth/Schlink, (Fn. 12), Rn. 137; 程明修，前揭註 62，頁 7；法治斌、董保城，前揭註 12，頁 200。

<sup>92</sup> Pieroth/Schlink, (Fn. 12), Rn. 138; Fischinger, (Fn.59), 811; 程明修，前揭註 62，頁 7；法治斌、董保城，前揭註 12，頁 200。



觀價值秩序或制度之保障，因此同意自由須於兼顧客觀價值秩序或制度之維持時方得以被容許，至於司法權及平等權則是完全禁止個人以同意方式處分<sup>93</sup>。

### 第三款 本文見解

本文認為於主要目的係為保障個人利益之基本權範圍內，並無不得以容許個人可以透過同意處分其基本權之理由，蓋即使承認基本權具有客觀功能之面向，亦僅在強調國家不僅應尊重人民之自由，尚應採取不同防範措施，創造基本權行使之客觀條件，達到保障人民權利之目的，然而個人基本權之防禦功能，不因其具有客觀功能而有所減損<sup>94</sup>，因此不應因基本權具有客觀功能，而全盤否定個人對基本權作出處分之權利。

而於我國法上，憲法第 8 條保障之人身自由、第 9 條之居住及遷徙自由，以及經司法院大法官解釋所承認為第 22 條所保障之免於身心傷害之身體權<sup>95</sup>、隱私權<sup>96</sup>等，均屬於主要為保障個人利益而存在之基本權，故應該屬於個人可以經由同意而處分之基本權較無疑問。然而如憲法第 11 條所保障之言論自由，於司法院釋字第 509 號解釋理由書中大法官即認為其功能不只在於個人之自我實現，另外亦兼及溝通意見、追求真理、形成公意及促進各種政治及社會活動，為維持民主多元社會發展不可或缺之機制，因此若同意國家對於個人言論自由之干預，會使得言論自由此保障個人利益以外的功能受到損害，個人對於同意國家干預言論自由干預之權利可能即應受到限制。

惟因本文所欲探討者為強制處分之同意問題，強制處分所干預之基本權大多皆為上述主要為保障個人利益而存在者，故原則上應皆屬於得以經由同意干預之方式處分者，至於是否存在處分程度上之合法性界限，則留待後述。

<sup>93</sup> Amelung, (Fn. 60), S. 33 ff.

<sup>94</sup> 李建良（1997），〈基本權利理論體系之構成及其思考層次〉，《人文及社會科學集刊》，9 卷 1 期，頁 52-53。

<sup>95</sup> 司法院釋字第 689 號解釋參照。

<sup>96</sup> 司法院釋字第 585、603、689 號解釋參照。



### 第三項 同意之權利依據

於處理同意之合法性界限前，因該界限為何很大程度與同意基本權干預之自由或權利從何而來有關，對此問題即有先予以探究之必要。

#### 第一款 自我決定權

將同意理解為基本權捨棄之見解中，部分文獻認為個人捨棄其基本權之權利依據是來自於憲法上的自我決定權（*Selbstbestimmungsrecht*，或有稱為自主決定權），從保障自我決定權的立場，個人有權於支配或處分其基本權利時，作自我限制甚至放棄基本權之決定<sup>97</sup>。於德國法上，個人的自我決定權係由基本法第 1 條第 1 項保障人性尊嚴之規定，連結第 2 條第 1 項保障人格之自由發展權所導出<sup>98</sup>，基於此一權利，原則上必須由基本權主體來決定是否以及如何利用其自由權<sup>99</sup>。

人格自由發展權經由德國聯邦憲法法院的詮釋，成為基本權保障之概括規定，只要任何行為或不行為非其他基本權規範所保障者，在符合基本權成立要件下，均可援引本規定而成為基本權保護之對象<sup>100</sup>。細究其權利內涵，於我國法上相對應者應為透過我國司法院大法官解釋所肯認之憲法第 22 條之一般行為自由權<sup>101</sup>，故有論者認為捨棄基本權之權利於我國法上應可援引憲法第 22 條作為規範依據<sup>102</sup>。

#### 第二款 區分說

文獻上部分學者採取區分說的見解，主張於大部分情況下不能認為同意干預基本權之自由也受到各基本權條款之保護，因為從歷史上基本權出現所欲解決之問題來解釋，只能得出基本權是為了防止國家機關入侵某些權利領域，這與每個

<sup>97</sup> 李震山（2007），〈憲法未列舉之固有權：生命、身體、尊嚴與人格〉，氏著，《多元、寬容與人權保障：以憲法未列舉權之保障為中心》，頁 129，元照。

<sup>98</sup> Bleckmann, Probleme des Grundrechtsverzicht, JZ 1988, 57, 58.

<sup>99</sup> Fischinger, (Fn. 59), 809.

<sup>100</sup> 陳淳文、吳庚（2021），《憲法理論與政府體制》，7 版，頁 118-119，自版。

<sup>101</sup> 司法院釋字第 689 號解釋參照。

<sup>102</sup> 高祥輝（1995），《基本權之拋棄自由及其界限》，頁 233，國立輔仁大學法律學系碩士論文。



人的自由權利也保障同意損害基本權利保障範圍的看法相對立。相對的，應該認為同意自由只是透過聯邦憲法法院裁判承認為基本法第 2 條第 1 項所保障之一般行為自由的一部分<sup>103</sup>。

然而學者亦認為，若各個基本權的保障範圍可以被解釋為本身即保障享有該權利之人處分某客體的權利，則同意干預該基本權之權利即可能為該基本權之保障範圍所涵蓋。例如財產權之保障範圍本來就涵蓋基本權利主體就財產標的物加以處分之權利，故同意捨棄對於個別財產所可主張之權利應該是財產權人以自己所選擇的方式處分其財產的一種態樣，應為財產權保障範圍之一部分。同樣地，同意就身體完整性進行醫療行為也屬於基本法第 2 條第 2 項第 1 句之身體完整權所保障之範圍<sup>104</sup>。

### 第三款 本文見解

本文認為同意基本權利干預之權利究竟是否能求諸於各該基本權本身，涉及各個基本權之功能除有保障消極防禦來自國家侵害之防禦功能外，有無保障得積極以國家為對象處分自身權能之問題，而既然我國法上各個基本權規定保障之本質均在於促進個人的自我實現，自我實現即為在人格的開展中享有自我決定的自由<sup>105</sup>，大法官於釋憲實務中亦提及財產權之保障是為了實現個人自由、發展人格及維護尊嚴<sup>106</sup>，並多次以是否涉及人格自由發展之維護作為認定憲法上未列舉之權利是否為憲法第 22 條所保障的基本權之判斷標準<sup>107</sup>。因此應可認為於主要目的在於保障個人自由權之基本權的範圍內，是以與該基本權所保障之客體相關的自

<sup>103</sup> Amelung, (Fn. 60), S. 29.

<sup>104</sup> Stern, (Fn. 61), S. 909; Amelung, (Fn. 60), S. 30 f. 我國文獻上主張憲法身體權之保障範圍包括對身體干預之同意權能者，參陳仲麟（2009），〈身體權作為一種憲法權利〉，《法學新論》，14 期，頁 115。

<sup>105</sup> 許育典（2003），〈基本權的本質〉，《月旦法學教室》，14 期，頁 33-35。

<sup>106</sup> 司法院釋字第 400、747 號解釋理由書參照。

<sup>107</sup> 涉及隱私權者為司法院釋字第 603 號解釋，涉及一般行為自由及免於身心傷害之身體權者可參釋字第 689 號解釋理由書，另外性自主權於釋字第 791 號解釋中大法官認為屬個人自主決定權之一部分。

我決定作為保障範圍，也就是保障基本權利主體對保障客體有決定如何利用、處分之自由，對於保障客體相關的自我決定即為基本權之行使。

綜上所述，本文將強制處分之同意定義為於知悉拒絕同意之權利的前提下，自願於個案中捨棄系爭處分中所涉及之各該基本權之意思表示，同時於積極意義之面向上，同意也是對於該基本權保障客體相關之自我決定行為，而為該基本權之行使。例如於同意搜索之情形，搜索本屬侵擾個人生活私密領域或揭露個人資料之行為，干預受搜索人之隱私權，對於搜索之同意等同於對特定範圍內隱私權之捨棄，以及個人生活私密領域及個人資料之處分，故於積極意義上亦為個人隱私權之行使。

#### **第四項 同意之實體要件**

若依本文所述，同意作為各該干預行為所涉及之基本權行使，則該同意於實體上應具備何種要件方為有效，根據前述討論應已可知至少自願性及知情二種要件為有效之同意所不可或缺，除此之外，同意尚須具備何種要件及其內涵為何，本節將分別加以討論。

##### **第一款 同意權限**

對國家所為基本權之干預行為之同意作為個人之基本權行使，基於個人無法行使超過自己權利以外之權利，應該自然可以得出個人無法同意對於他人之基本權干預行為的結論，於與身體相關之強制處分上，僅有本人得為同意，例如同意搜索身體、同意採尿或其他身體檢查，人身自由之類型例如任意同行亦同，而於同意搜索物件、電磁紀錄或住宅之情形則可能發生第三人同意搜索是否為合法同意搜索的問題，以下討論之。

第三人同意搜索是一個採取同意為基本權捨棄或行使之理論受到質疑之處，於美國法上第三人同意搜索之案例中，實務一開始也採取權利捨棄說，認為憲法

增修條文第 4 條所保障人民免於不合理搜索之權利僅得由本人或其代理人加以捨棄<sup>108</sup>。於之後的案件中聯邦最高法院改變其立場，對於具有表現權限之第三人同意搜索之理論基礎改採警察行為合理性之見解，認為只要警察合理相信取得有同意權限之人的同意時，實施之搜索即非不合理之搜索，並未侵害人民受憲法增修條文第 4 條所保障之免於不合理搜索之權利<sup>109</sup>。

然而本文認為基本權捨棄之理論基礎於第三人同意搜索之情形中仍然可資採取<sup>110</sup>，其原因在於本文不認同表現權限之第三人同意搜索為合法同意搜索，因此沒有第三人代替權利人捨棄其隱私權的問題，對此我國實務上亦持否定見解<sup>111</sup>。而於共同權限之第三人同意搜索上，第三人仍是本於自己對於標的物之權利加以同意，故仍得以基本權捨棄說加以解釋<sup>112</sup>，惟於何種情形方能認為得以共同權限人中部分人之同意取代全體之同意，仍須視其使用上約定情形判斷，而非於所有情形皆可透過風險承擔理論認為部分共同權限人之同意得作為搜索之發動基礎<sup>113</sup>。

## 第二款 同意能力

除具有對該處分為同意之權限而為有權同意之人外，受處分人本身是否須具備一定之能力，方能對國家干預自身基本權之行為作出有效之同意？此為關於基本權干預之同意能力的問題。依據本文對於強制處分之同意的理解，因其為基本權之行使，故可為有效同意所應具有之能力似乎等同於能有效行使基本權之能力。關於基本權利主體能獨立主張行使基本權之能力，文獻上以「基本權利主體之行為能力」稱之，判斷上無法如同民法之行為能力以年齡劃定統一標準<sup>114</sup>，仍應以基本權主體是否具有理解與實現基本權之能力作為考量基準，且依所涉及之個別

<sup>108</sup> *Stoner v. California*, 376 U.S. 483, 489 (1964).

<sup>109</sup> *Illinois*, 497 U.S. at 177.

<sup>110</sup> 相同見解：蔡榮耕（2008），〈Yes, I do!：同意搜索與第三人同意搜索〉，《月旦法學雜誌》，157 期，頁 106 註 25。

<sup>111</sup> 最高法院 95 年度台上字第 7162 號刑事判決參照。

<sup>112</sup> 相同見解：劉芳伶（2001），《同意搜索之研究》，頁 87，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

<sup>113</sup> 薛智仁（2020），〈同意搜索之基本問題（一）〉，《法務通訊》，3002 期，頁 5-6。

<sup>114</sup> 吳庚、陳淳文，前揭註 100，頁 137。

基本權而可能有所不同，只要對該基本權行使之意義與作用有所理解，縱使未成年人亦可具有基本權之行為能力<sup>115</sup>。

除必須了解其所行使之基本權之意義外，於刑事訴訟上之強制處分上，因同意必須是同意人基於追求自身主觀利益所為之自我決定，故同意人應該必須具備理解系爭處分之意義及效果之能力，方能據此判斷同意或拒絕何者方為有利於自身之決定。

具體化到各個刑事訴訟之處分上，於同意搜索中，我國學者有認為同意搜索應以具有同意能力為必要，此能力不以具有完全責任能力者為必要，但至少須具有領會同意之意義的智識程度<sup>116</sup>。而我國實務上，對於同意搜索之自願性同意所為實質要件上之要求中，雖然未使用同意能力之文字，但其中關於「一般意識健全具有是非辨別能力之人，因司法警察表明身分與來意，均得以理解或意識到搜索之意思及效果<sup>117</sup>」，應可認為是同意能力之判斷標準，而後亦為同意採尿之案件所適用<sup>118</sup>。

## 第五項 同意之撤回

受處分人對於基本權干預行為加以同意後若意思發生變化，其同意之意思表示得否加以撤回，若得以撤回則其容許之時點及效力為何？由於同意作為國家行為發動之基礎，此一問題關係到據以發動之國家行為的合法性，因此自有加以討論之必要。

文獻上多數觀點認為對於基本權干預之同意得以撤回之，而此撤回僅向後發生效力<sup>119</sup>，因為國家機關只須遵守當事人於處分當下之意願，若處分依據當事人

<sup>115</sup> 法治斌、董保城，前揭註 12，頁 155。

<sup>116</sup> 林鈺雄（2002），《搜索扣押註釋書》，§131-1 邊碼 18，自版。

<sup>117</sup> 最高法院 108 年度台上字第 839 號刑事判決參照。

<sup>118</sup> 最高法院 109 年度台上字第 4572 號刑事判決：「所謂『自願性同意』，應以一般意識健全具有是非辨別能力之人，因司法警察表明身分與來意，均得以理解或意識到身體檢查之意思及效果...（略）為其實質要件」，同此見解者可參最高法院 108 年度台上字第 1827 號刑事判決。

<sup>119</sup> 因此似應稱為同意之「終止」較能清楚表達其意義，然而為顧及與同意搜索上多數文獻之一致性，本文於此仍維持「撤回」之用語。



同意而合法發動，並不會因事後的撤回而使撤回前之行為轉變為違法，同意於此一部分可以說具有拘束力。但同樣地，若發動處分之國家機關於處分實施中知悉當事人撤回同意，也必須立即受到當事人意願的拘束而不得再繼續為處分行為<sup>120</sup>。

對此一問題本文認為，同意之撤回其實是作為限定捨棄之基本權範圍的方式，因個人捨棄之範圍即為國家獲得行為授權基礎之範圍，若受處分人撤回其同意，則國家不得再繼續為逾越該範圍之干預行為，否則該處分即喪失行為之授權基礎，而成為違法之基本權干預行為。但同意之撤回之所以不能溯及發生效力亦屬合理，因為同意作為基本權之捨棄或行使，相較於基本權之消極不行使，後者僅為單純沈默，前者對國家機關作出了明示或至少默示之意思表示，國家機關亦據以為相應之處分行為，因此應使同意於作出當下至撤回時點之期間內具有拘束力，否則此段期間內國家行為之合法性將因得以事後撤回一直處於無法確定之狀態。

至於容許當事人撤回同意之時點，本文認為亦與上述確定國家行為合法性之考量有關，應認為僅得於處分進行中加以撤回，處分結束後則無法撤回之。於扣押之情形，扣押行為於應扣押之物移入國家公權力支配下即以完成<sup>121</sup>，故之後應無法加以撤回。另外於採尿之情形，國家透過採尿之行為取得對於尿液之占有為身體檢查處分之附帶干預，效果等同對於解出之尿液的扣押，只是無庸再發動一次扣押處分<sup>122</sup>，因此與扣押之情形相同，於被告解出之尿液納入國家機關支配後，即已無法再為同意之撤回。

於同意搜索上，多數文獻認為若無法院核發之令狀，僅有受搜索人之同意，若受搜索人撤回同意則必須立即停止搜索<sup>123</sup>，對此我國近期實務採肯定見解<sup>124</sup>，

<sup>120</sup> Stern, (Fn. 61), S. 915-916; Fischinger, (Fn. 59), 809.

<sup>121</sup> 陳樸生，前揭註 6，頁 213。

<sup>122</sup> 林鈺雄（2021），〈司法警察（官）之強制導尿處分及其救濟途徑：刑事訴訟法第 205 條之 2、第 416 條之合憲性問題〉，《月旦實務選評》，1 卷 4 期，頁 120。

<sup>123</sup> Stern, (Fn. 61), S. 915-916; 林俊益（2021），《刑事訴訟法概論（上冊）》，21 版，頁 327，新學林；王兆鵬、張明偉、李榮耕，前揭註 29，頁 308；基於程序安定性採取不得撤回之見解者：河上和雄ほか（編）（2012），《大コンメンタール刑事訴訟法（第 4 卷）》，2 版，頁 548，青林書院（池上政幸、河村博執筆部分）。

<sup>124</sup> 最高法院 108 年度台上字第 839 號刑事判決、最高法院 109 年度台上字第 259 號刑事判決參照。

且同意搜索之撤回並無溯及效力，受搜索人於搜索中撤回同意者，對於撤回前已經發現之應扣押物，司法警察仍得扣押之，受搜索人不得請求返還<sup>125</sup>。

附帶言之，關於部分文獻上認為其理論基礎同樣來自於基本權捨棄的傳聞證據同意之情形，得否撤回同意亦具有相當程度之爭議性，但此與本文所討論之基本權干預同意之問題至少有兩處不同，因此本文認為就得否撤回及容許撤回之時間點上，二者無法比附援引。其一為同意標的之不同，傳聞證據之同意標的為傳聞證據之證據能力，亦即透過對個別證人之對質詰問權的捨棄，達到對傳聞證據賦予證據能力之效果，此與基本權干預之同意係透過同意使國家機關獲得行為之正當性基礎不同。其二為撤回效果之不同，撤回傳聞證據之同意的效果為使原本透過同意賦予證據能力之傳聞證據重新喪失證據能力，而基本權干預之同意，依據本文前述學說見解，僅能發揮向後使國家不得再繼續為處分行為之效力。

## 第六項 同意之界限

於前述基本權干預之同意的容許性上，本文認同於保障個人利益之基本權範圍內，個人具有以同意國家行為之方式加以處分之自由，然而此一同意自由仍然不可能無條件的加以容許，以下將分別討論同意於刑事訴訟之強制處分上可能存在之界限。

### 第一款 憲法第 23 條作為同意之界限

同意之界限取決於同意之權利依據為何，德國法上對於同意之權利依據認為係來自基本法第 2 條第 1 項一般行為自由之見解，將該項所列之他人權利、憲政秩序及習慣法作為同意基本權利干預之界限，而對於同意權利依據採取區分說之文獻則認為於大多數情形下他人權利、憲政秩序及習慣法為同意基本權利干預之

---

<sup>125</sup> 文獻中之用語為同意搜索之同意不得「撤銷」，參王兆鵬、張明偉、李榮耕，前揭註 29，頁 308-309。惟本文認為撤回及撤銷之用語為民法上針對是否已經發生法律效力之意思表示為之所形成之區分，於刑事訴訟領域上使用撤回及撤銷區別其效力並不普遍，因此本文於此處仍使用撤回之用語。

界限，並且將其簡化為公共利益及他人權利兩個部分，惟若同意之權利依據來自於個別基本權本身，則同意之界限也就是對於各基本權行使之限制<sup>126</sup>。

於本文見解下，因將同意定位為各該基本權之行使，則同意之界限即應為基本權行使本身的界限。而於我國法上，國家得對於基本權之行使加以限制之規定訂於憲法第 23 條：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之」，本條之規定除為一般所熟知的法律保留原則及比例原則之法律依據外，條文中所列舉之各項事由即為限制基本權行使之目的合憲性事由，立法者得基於本條所列之四種目的，以法律規定之方式限制基本權主體以同意干預之方式行使其基本權。

惟以同意干預之方式處分自身基本權，是否應有其內在限制？於憲法第 22 條所保障之身體權上，至少從受他人囑託或得承諾而傷害其身體到達重傷程度，仍然構成我國刑法第 282 條第 1 項後段受他人囑託或得他人承諾重傷罪看來，立法者對於個人處分其身體之權利，僅達於普通傷害罪之輕傷程度<sup>127</sup>。則於刑事訴訟法上，若為維持法秩序之一體性，則立法者亦不應容許個人對於國家處分其自身之身體權至構成刑法上重傷結果之程度，更遑論以同意干預之方式處分個人之生命權，此應為同意基本權干預之內在限制。另外，同意國家對個人身體之干預達重傷害之程度或干預個人生命權，亦將因結果難以復原等同於導致基本權消滅之結果，亦不合於憲法學說上對於基本權捨棄之限制。

至於人身自由是否得以透過於行為之初同意特定一段期間之干預的方式加以處分，例如被告得否同意國家機關之拘提、鑑定留置以至於羈押？學說上對於國家機關得否以被告之同意發動不符合羈押要件之羈押處分大多持否定立場，有以羈押對於人身自由之干預程度較大、不利於受羈押人之社會化及家庭生活，不符

<sup>126</sup> Amelung, (Fn. 60), S.31.

<sup>127</sup> 薛智仁（2017），〈展望未來的刑事立法政策？（下）：評 2017 年法務部之刑法修正草案〉，《月旦法學教室》，178 期，頁 74。

合羈押要件之同意羈押對司法信譽之影響<sup>128</sup>，或單純以同意羈押違反公共利益為由<sup>129</sup>，而認為不符羈押要件不得基於受處分人之同意發動。本文認為，釋憲者多次肯認人身自由為人民行使憲法上各項自由權利之前提<sup>130</sup>，基於人身自由之重要性，不應容許國家機關於不符合憲法所規定之法定程序下，透過受處分人處分其一段期間內之人身自由之方式，獲得處分之正當化基礎。

## 第二款 因處分目的而來之本質上界限

某些處分因為其犯罪偵查上目的之需要，必須以隱密而不被處分相對人知悉之方式進行，例如通訊監察、GPS 偵查等其他使用新興科技所為之偵查方式，或是透過線民、臥底警探或誘捕偵查取得犯罪證據之處分<sup>131</sup>，實施當下若為相對人所知悉即喪失其作用，不可能透過得到相對人同意之方式發動之，也因此必然人侵基本權利主體對於相關的一般人格權、資訊隱私權甚至是居住自由保護客體之自我決定空間，構成對此類基本權的干預。

## 第七項 同意之法律效果

於後續進入得同意之刑事訴訟基本權干預行為之合法性控制問題前，關於基本權干預同意之基本問題，最後需要釐清的即為同意之法律效果。對此，本文擬以我國學說上許多文獻參考德國憲法學說及實務上處理國家行為是否侵害基本權或其是否符合憲法上保障基本權意旨之思考方式，將問題分為三個問題層次<sup>132</sup>（以下簡稱為「基本權干預之審查體系」），第一層次為國家行為是否涉及基本

<sup>128</sup> 黃惠婷（2001），〈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〉，《台灣本土法學雜誌》，27期，頁70。

<sup>129</sup> 林鈺雄，前揭註3，頁332。

<sup>130</sup> 司法院釋字第384、436、567、588、737號等解釋參照。

<sup>131</sup> 具有國家性之線民依據其實際從事之活動可能造成基本權干預之問題，可參考：林鈺雄，前揭註137，頁297-305。

<sup>132</sup> 李建良，前揭註94，頁53以下；林鈺雄，前揭註3，頁309。林鈺雄教授於進入三個審查層次前，認為須額外審查系爭行為是否具有國家性，即是否涉及國家與人民間之關係，然於本文脈絡下，因不涉及國家利用私人實施處分之情形，故應可省略此一層次之討論。

權之保障範圍，第二層次為國家行為是否構成基本權利干預之判斷<sup>133</sup>，第三層次則係干預基本權利之行為是否具有正當化事由（阻卻違憲事由）之審查。若採取此一審查體系，則一個得受處分人同意之國家行為是否合乎基本權保障之意旨，應取決於此一「受處分人之同意」於基本權干預之審查體系上係扮演何種角色，以下分別討論學說上對此所提出之見解。

### 第一款 同意排除干預說

如同本文前述，文獻上大多將基本權干預之同意置於基本權捨棄之概念下加以理解，並認為一個得到有效當事人同意的國家行為，不構成對於基本權之干預行為<sup>134</sup>，或於第一層次即因無涉於基本權保障範圍而可予以排除<sup>135</sup>。亦有論者基於同意為基本權行使之立場，認為得到當事人同意之國家行為，係其行使自身自由權利之表徵，進而否定國家行為之干預性質<sup>136</sup>。

此外，於個別基本權之相關討論上，我國多數學說見解亦認為透過同意之方式允許國家進入其住居所，構成基本權之捨棄，可以排除國家行為之干預性質<sup>137</sup>。於同意搜索上則有基於搜索作為強制處分，意味著相對人不同意亦得違反其意思強制實行，故係以相對人不同意或無須得其同意即可為之為其特性，若相對人同意則不構成強制處分<sup>138</sup>，或是認為居住自由為可經當事人自由處分之基本權，且受搜索人之同意於實體法上屬於無故侵入住宅罪及違法搜索罪之阻卻構成要件同意之性質，因此於刑事訴訟法上亦不構成具有基本權干預性質之強制處分<sup>139</sup>。更甚者，有學說主張因基本權是為協助個人實現人格而存在，個人透過捨棄基本權

<sup>133</sup> 有學者於此使用基本權「侵害」之用語，惟本文將未受合憲性評價前之國家行為稱為基本權「干預」，然於此處之意義並無不同，意義之辨別參考李建良，前揭註 94，頁 61 註 24。

<sup>134</sup> Piroth/Schlink, (Fn. 12), Rn. 131, 141; 程明修，前揭註 62，頁 6-7；薛智仁（2017），〈2016 年刑事程序法回顧：沒收程序法、羈押閱卷與證據法則〉，《臺大法學論叢》，46 卷特刊，頁 1501。

<sup>135</sup> 林鈺雄，前揭註 10，頁 224。

<sup>136</sup> 李瑞敏，前揭註 60，頁 41。

<sup>137</sup> 詹鎮榮，前揭註 32，頁 22；林鈺雄（2006），〈線民之干預與授權問題：以線民之偵查活動為中心〉，《政大法學評論》，89 期，頁 302；薛智仁，前揭註 10，頁 184-185。

<sup>138</sup> 林裕順（2016），〈同意搜索→同意受檢〉，《月旦法學教室》，163 期，頁 29。

<sup>139</sup> 黃惠婷，前揭註 128，頁 69-70。

實現主觀上更大的利益，基本權之捨棄即為基本權之行使，故同意搜索並不是在干預受搜索人之基本權，而是在協助被搜索人實現其居住自由<sup>140</sup>。另外，於實務上亦有見解認為同意搜索為受搜索人放棄對隱私之保護與令狀主義之堅持，本質上趨近於未使用強制手段且未對其權益造成強制性侵害之任意處分<sup>141</sup>。

## 第二款 同意不排除干預說

相對而言，少數文獻雖然亦認同人民之同意係基本權捨棄，並且同時作為個人人格開展的表現以及基本權行使之一部分，然而卻認為從純粹的事實層面來看，得到當事人之同意對國家行為損害受保護之權利地位此點並未造成任何改變，僅作為干預之正當化事由，除去國家行為潛在的違法性，故於基本權干預之審查體系上，認為於肯定國家行為之干預性質後，將是否存在一個有效之基本權捨棄作為優先審查之阻卻違憲事由，若不存在方再行審查有無其他一般的阻卻違憲事由<sup>142</sup>。

於刑事訴訟之強制處分上，有論者將強制處分概念與程序保障之密度結合，認為當一個偵查措施於未得同意之情形下為強制處分時，不應因得到當事人同意而無違反、壓制個人意思之主觀要素，影響原有之程序保障密度，反而應將原有之令狀原則等程序保障轉為與同意相關之實體及程序要件規範上，因此其認為得到同意並不影響原為強制處分之偵查行為之性質<sup>143</sup>。亦有論者基於類似考量，認為同意搜索若不構成強制處分，則除事前無需符合令狀原則外，亦無法適用強制處分之事後審查機制以及相關之證據排除法則，對受搜索人基本權之程序保障不足，進而主張受搜索人之同意僅為隱私權之消極不行使，同意搜索仍為強制處分

<sup>140</sup> 薛智仁，前揭註 113，頁 4。

<sup>141</sup> 最高法院 108 年度台上字第 839 號刑事判決。

<sup>142</sup> Fischinger, (Fn. 59), 810, 813; Dieter Schmalz, Grundrechte, 4 Aufl., 2001, Rn. 82. 轉引自法治斌、董保城，前揭註 12，頁 200。

<sup>143</sup> 林誠澤（2019），《GPS 科技定位偵查與刑事訴訟法的搜索概念》，頁 150，國立政治大學法律學系碩士論文。

而仍有搜索法理之適用<sup>144</sup>。



### 第三款 評析及本文見解

#### 第一目 學說見解評析


前述肯定同意排除國家行為干預性質之見解，多數並未詳細交代理由，僅以構成基本權捨棄即得出國家行為不構成干預之結果，然而基本權捨棄之法律效果係使基本權保障範圍縮減，抑或不影響基本權保障範圍之權利行使而不構成干預，則未見深入之討論。而於同意搜索上，有論者提出同意於刑事實體法上阻卻構成要件，於程序法上亦應排除國家行為干預性質之見解，然而此種見解並不合理，蓋刑法上是否該當構成要件，涉及行為是否具有社會侵害性，而為一刑法上應予非難之行為，而於刑事訴訟法上是否為基本權干預之行為，則涉及人民基本權之保障，二者考量不同，無法基於刑法上欠缺構成要件該當性，即認為非干預人民基本權之行為<sup>145</sup>。

相對來說，文獻上認為同意不排除基本權干預性質之見解之理由亦為本文所無法認同。首先，主張從事實層面來看，當事人是否捨棄基本權對國家所造成受保護地位之減損並無影響之見解，亦認為同意之權利依據來自於憲法上之自我決定權，然而若各基本權存在之目的若是為了促進人格自由發展，則於判斷是否損害受保護之權利地位時，就不能忽略個人意願對其造成的影響。

至於認為同意搜索若非強制處分，則因無法適用事後陳報及證據能力之判斷，

<sup>144</sup> 邱姝瑄（2016），《從同意搜索之法理基礎論第三人同意搜索：以憲法權利衝突為中心》，頁 46-47，東吳大學法律學系碩士論文。

<sup>145</sup> 於刑法學說上是否應區分阻卻構成要件之同意及阻卻違法性之承諾之問題確實受到廣泛討論，不區分說的見解認為一個經法益所有人處分其身體、財產、自由法益之行為，不存在一個違反本人意志的法益侵害，還應視為個人自由意思的展現，可參考王皇玉（2022），《刑法總則》，8 版，頁 320，新學林；以身體權為中心然亦有附帶論及其他個人法益之侵害亦應以違反個人意志為前提者：薛智仁（2018），〈專斷醫療之刑事責任：以違反醫師說明義務為中心〉，王志嘉（等著），《法學與風範：陳子平教授榮退論文集》，頁 292-294，元照；認為仍應區分阻卻構成要件之同意及阻卻違法性之承諾者可參考：許澤天（2022），《刑法總則》，3 版，頁 184 以下，新學林。



對受搜索人權利保障不足之見解，則是忽略若同意不具有有效性，則該同意搜索仍為一無搜索票之違法搜索，受搜索人自然應得以本於有權利即有救濟之憲法原則向法院請求救濟，現行法上關於同意搜索雖然確實存在事後審查之法律漏洞，然而此點不應影響對於同意搜索本身性質之判斷。而關於證據能力之判斷，我國刑事訴訟法第 158 條之 4 僅規定「違背法定程序取得之證據」，並未限定於透過強制處分所取得之證據方有此一規定之適用，即使透過任意處分所取得之證據，若違反法定程序仍應有證據排除法則之適用，故此點仍不構成將同意搜索認定為強制處分之理由，毋寧應該認為係同意搜索之相關程序規定密度過低之問題。

另外，將同意搜索之同意理解為隱私權之消極不行使，亦與學說上一般對於基本權消極不行使之理解有所矛盾，蓋消極不行使之行為並未將自己之意思表現於外，然而同意搜索須以明示或默示同意之意思加以表達，不得僅為消極對搜索行為之忍受<sup>146</sup>，甚至我國實務上要求須以簽名或出具書面之方式表達同意之意思<sup>147</sup>，凡此均與權利之消極不行使間存在極大差異。

至於文獻上認為原為強制處分之行為，不應因當事人同意之主觀因素而影響其程序保障之見解，本文認為有值得認同之處，然而此與本文第五章所欲討論之主題，也就是得同意處分之合法性控制有關，故待第五章時再深入加以討論。簡言之，本文認為得同意之處分是否合法之認定，雖然的確大部分取決於受處分人同意之自願性亦即主觀要素，然而仍必須注重踐行一定之正當程序之客觀面向來達到對受處分人基本權之保障。

---

<sup>146</sup> Krause, in: Jörg-Peter Becker, Volker Erb, Robert Esser u.a., Löwe-Rosenberg: Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar, Bd. 2, 26. Aufl., 2006, §105 Rn. 4.

<sup>147</sup> 法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 69 點及最高法院 100 年度台上字第 376 號刑事判決、最高法院 100 年度台上字第 4580 號刑事判決、最高法院 106 年度台上字第 258 號刑事判決、最高法院 108 年度台上字第 839 號刑事判決、最高法院 111 年度台上字第 3745 號刑事判決等參照。





## 第二目 本文見解

本文既然將受處分人之同意定位為與該基本權保障客體相關之自主決定，而為各基本權本身之權利行使，於法律效果上，似乎亦應認為得基本權利主體同意之國家行為，並未使基本權保障範圍內之行為無法行使或有所妨礙，因此一個原本具有妨礙基本權行使之特性的干預行為，若於處分前得到相對人之同意，則並不構成基本權之干預，然而此一理解是否適用於所有強制處分同意之情形，以下將分別加以討論。

### 一、同意搜索

#### (一) 性質

搜索為干預人民隱私權之國家行為已如前述，如以同意搜索之概念加以解釋，本文認為受搜索人對於搜索之同意為一隱私權之捨棄，同時也是隱私權之行使。於搜索客體中不涉及個人資料之場合，為對於私密領域免於他人侵擾之權利的捨棄，而搜索範圍中含有個人資料時，為是否向刑事追訴機關揭露其個人資料之自主決定，而為其資訊自決權之捨棄及行使。因此一個經由對於搜索範圍有同意權限並具有理解搜索之意義及效果之受搜索人同意所發動之搜索，本身並未對其隱私權保障範圍內之行為使其無法實施或有所妨礙，欠缺隱私權干預之性質。換言之，如以合理隱私期待作為構成隱私權干預與否之判斷標準，則受搜索人於自願性同意後欠缺主觀之隱私期待。

然而就同意搜索之受搜索人是否對搜索範圍內所有空間均喪失合理隱私期待，似乎不應一概而論，因依刑事訴訟法第 128 條第 2 項規定，搜索票應載明案由、應搜索之被告或犯罪嫌疑人或應扣押之物、搜索之客體<sup>148</sup>、有效期間等事項，於

---

<sup>148</sup> 此係指刑事訴訟法第 128 條第 2 項第 3 款所規定之「應加搜索之處所、身體、物件或電磁紀錄」而言。

同意搜索之場合，得搜索之客體及時間固然取決於受搜索人之意思<sup>149</sup>，惟前二者即案由、應搜索之人或扣押之物則應由執行機關加以特定，特別是搜索之目的係為找人之拘捕搜索或找物之偵查搜索，此點對於受搜索人喪失合理隱私期待之範圍應有很大影響，若執行機關告知當事人係為拘提被告或犯罪嫌疑人而發動之住宅搜索<sup>150</sup>，則受搜索人主觀上應該會認為執行機關之搜索不會及於不可能藏有人之空間，其對於此類空間應仍具有合理隱私期待，故執行機關不得對此一部分發動搜索，否則即為違法之無令狀搜索。

而若請求同意搜索之目的係為發現應扣押之物之偵查搜索，雖然得以搜索之空間較為廣泛，然而如同搜索票之記載應符合概括搜索票禁止原則，請求同意之執行機關告知相對人所欲搜索之物亦應符合合理明確性原則之要求，以搜索所告知之案由所屬犯罪類型中可能存有者為限，不得僅為空泛、概括性之告知<sup>151</sup>，例如不得告知為搜索某案件相關之一切證據，故若非為該等應扣押物可能存在之空間，應認為受搜索人對其具有合理隱私期待，執行機關不得加以搜索。

## （二）同意搜索之扣押問題

接續前述討論，另外一個需要處理的問題為執行同意搜索之過程若發現可為證據或得沒收之物，執行機關是否得以扣押之？關於此點，有論者認為應以同意搜索之範圍作為區分標準，於同意搜索範圍內執行機關得以扣押應扣押之物，同意搜索人不得拒絕之，若逾越同意搜索範圍，即使符合一目瞭然原則，受搜索人亦得拒絕扣押<sup>152</sup>。


本文認為欲回答此一問題應先就同意搜索之過程中可能發生之扣押類型加以釐清，而單純對於搜索之同意，不應直接認為受搜索人有同意執行機關扣押搜索

<sup>149</sup> 學者將此稱為同意搜索之「限定作用」，參林鈺雄，前揭註 116，§131-1 邊碼 3-4。

<sup>150</sup> 雖拘提或逮捕被告或犯罪嫌疑人有刑事訴訟法第 131 條第 1 項之逕行搜索適用，似乎並無必要透過同意發動，然而於個案中亦可能不具「有事實足認」被告或犯罪嫌疑人確實在內之要件，而仍有需要實施同意搜索之可能。

<sup>151</sup> 關於概括搜索票禁止原則之實務見解可參考最高法院 100 年度台上字第 5065 號刑事判決。

<sup>152</sup> 蘇品綺（2009），《論同意搜索》，頁 116-117，國立中正大學法律學系碩士論文。



而得之應扣押物的意思<sup>153</sup>，除非受搜索人於同意前已就扣押一併加以同意，因此同意搜索後發生之扣押，仍應為強制扣押之性質。且雖然如同本文前述，執行機關取得同意時應為類似搜索票應記載事項之搜索標的告知，但同意搜索本身未經法官事前審查，因此不可能係搜索票同時為扣押令狀，文獻上又稱為兩票合一或一票兩用<sup>154</sup>之有令狀扣押，即使得為扣押亦應屬於無令狀扣押之類型，司法警察仍應於具有合理根據認為係應扣押之物時方得扣押之，不得於僅有單純之懷疑、臆測下即為扣押<sup>155</sup>，若為所告知之搜索目的以外之應扣押物，尚應符合刑事訴訟法第 137 條本案附帶扣押、第 152 條另案扣押相關之要件<sup>156</sup>。

詳言之，為避免此二種扣押類型之浮濫，學說上所提出之一目瞭然法則於此情形應仍有其適用，故應僅限於以目視的方式發現之其他證據，不得於原同意範圍外另外為搜索行為，另外應符合「前行為即搜索行為合法」以及「有相當理由相信係可為證據或得沒收之物」的二個要件<sup>157</sup>，因此若為上述拘捕搜索之情形，於可能藏有人之空間外所為之搜索行為違法，自然亦無法發動合法之本案附帶扣押或另案扣押。

為何本文認為同意搜索之情形亦得以是否符合本案附帶扣押或另案扣押之要件作為判斷得否扣押之依據，其理由在於本文是以「空間」作為是否具有合理隱私期待之判準，因此雖然執行機關應告知案由及所欲搜索之標的，然而受搜索人應該不會「僅」以此作為判斷是否同意之判斷依據，其於決定是否同意搜索時，應該是考量同意所會揭露之私密領域範圍大小，因此除同意之搜索範圍外，執行

---


<sup>153</sup> 相同見解：Daniel L. Rotenberg, *An Essay on Consent(less) Police Searches*, 69 *Washington U. L.Q.* 175, 192 (1991).

<sup>154</sup> 林鈺雄，前揭註 3，頁 451；王士帆（2016），〈犯罪所得沒收與追徵之保全扣押：談立法定位〉，《月旦裁判時報》，48 期，頁 68。

<sup>155</sup> 扣押之合理根據參林鈺雄，前揭註 116，§133 邊碼 21-23。

<sup>156</sup> 雖刑事訴訟法上之無令狀扣押事由尚有第 133 條之 2 第 3 項之緊急扣押，惟就條文體例而言，因本條項係緊接於非附隨於搜索之扣押之裁定聲請規定後，本文認為此應為立法者就非附隨於搜索之扣押情形所設。

<sup>157</sup> 王兆鵬、張明偉、李榮耕，前揭註 29，頁 322-326。此一相當理由之內涵，美國法上之見解可參王兆鵬、張明偉、李榮耕，前揭註 29，頁 325-326；德國法上之見解可參林鈺雄（2001），〈逕行搜索與扣押之合理依據〉，《台灣法學雜誌》，28 期，頁 106。



機關之目視範圍應該也在其得以預見而喪失合理隱私期待之範圍內。換言之，於搜索受搜索人同意之空間的過程中，執行機關藉由目視之方式可能發現之應扣押物方得以扣押，此亦適用於另案扣押之情形，因為受搜索人沒有理由認為於此空間內執行機關僅會發現與所告知之案由具有關聯性的應扣押之物。

## 二、同意扣押

扣押行為主要干預者為扣押標的權利人之財產權，扣押標的權利人對扣押行為之同意，是對該扣押標的在判決諭知沒收或合法發還前之扣押期間內將其交由國家占有之自我決定，則在該期間內權利人無法回復對該扣押物之占有係其自我決定之結果，國家機關並未妨礙其對於財產自由使用、收益、處分之權利，因此並未干預其財產權。

## 三、同意採尿

至於同意採尿之情形，個人透過對於尿液交付之同意，係以刑事追訴機關為對象於追訴特定個案為目的之範圍內揭露其透過檢測尿液而得以知悉之個人資料，並同時同意國家對於該個人資料以該目的為範圍之使用，因此國家對該尿液之檢測及檢測結果之使用並未妨礙個人資訊自決權之行使，故亦並未干預受採尿人之資訊自決權。另外關於以強制方式為之時，尚干預個人是否解尿之身體自主控制權之問題，若以取得受採尿人同意之方式實施，解尿本為其涉及個人身體之自主決定，因此司法警察並未干預身體自主控制權。

## 四、任意同行

任意同行之情況下，被告或犯罪嫌疑人係基於自由意思決定同行至警察局或其他處所接受詢問，此處之決定依本文之見解即為關乎其人身自由之自主決定，故為其人身自由之行使，且任意同行以後續被告或犯罪嫌疑人隨時得以自由離去

為要件，故任意同行過程中被告或犯罪嫌疑人人身自由之行使並未受到妨礙，司法警察之行為並未干預被告或犯罪嫌疑人之人身自由。

附帶言之，因為人身自由之重要性，本文前述已否定對人身自由得以同意一段時間之干預的方式加以處分，因此應肯認被告或犯罪嫌疑人縱使一開始有與司法警察達成對於同行時間之共識，此一共識亦無拘束力，犯罪嫌疑人於司法警察欠缺檢察官所核發之拘票之情形下，仍得以隨時自由離去。


另外，本文肯定犯罪嫌疑人同意同行之決定是否屬於人身自由之行使，而排除司法警察行為干預基本權性質，很大程度亦取決於拒絕同意所產生之法律效果。依據刑事訴訟法第 71 條之 1 第 1 項之規定，司法警察以通知書合法通知犯罪嫌疑人，其若無正當理由不到場者，得報請檢察官核發拘票。有論者認為同條第 2 項中規定通知書應載事項並未準用第 71 條第 2 項第 4 款傳票應記載之「無正當理由不到場者，得命拘提」，此為立法者有意排除，目的是不欲使通知不到產生檢察官得發動拘提之法律效果，因此通知不到時司法官報請檢察官核發拘票，檢察官仍應於符合第 76 條所訂逕行拘提之事由方得不經傳喚逕行拘提，否則仍應先依法傳喚犯罪嫌疑人到場，不得一經司法警察官報請即核發拘票，至於通知證人到場詢問之情形亦同<sup>158</sup>。

相對而言，亦有認為通知及傳喚不到之法律效果並無不同，因核發拘票與否固然取決於檢察官之決定，但既然具有「得拘提之」的法律效果，犯罪嫌疑人受合法通知即負有到場義務，而屬於間接強制處分<sup>159</sup>。本文認為，於現行法上司法警察仍非偵查主體，不應使其享有干預人民人身自由處分之決定權限<sup>160</sup>，縱使僅為使其負有到場義務之間接強制處分亦同，因此應認為通知不到報請檢察官拘提

<sup>158</sup> 錢建榮（2015），〈以通知取代傳喚不到的違法拘提〉，《月旦法學教室》，147 期，頁 27-28。然有疑義者係若依論者之見解，通知應並非與傳喚同具間接強制處分之性質，惟論者於文中似認為通知亦屬間接強制處分。相同見解：王兆鵬、張明偉、李榮耕，前揭註 29，頁 363。

<sup>159</sup> 林鈺雄，前揭註 3，頁 358。

<sup>160</sup> 更深層的問題應係我國法上偵查中檢察官為何得以享有短期拘束人身自由之權限，惟此一問題礙於與本文主題之關聯性較低，於此暫不深入討論。關於我國法上檢察官於偵查中具有強制處分權限之批評可參：陳運財（1995），前揭註 18，頁 291。



時，檢察官仍應僅於符合逕行拘提事由時方得核發拘票，通知並非使相對人負有到場義務之人身自由干預。而任意同行之情形亦更是如此，因拒絕任意同行之請求相較於合法通知無正當理由不到場，更欠缺「得報請檢察官核發拘票」此一法律效果之規定，因此拒絕司法警察任意同行之要求，不應作為檢察官核發拘票之理由，於此一前提下方得謂受任意同行請求之相對人具有自主決定之空間，且此一前提本文認為亦應為相對人所知悉，否則其若於此一法律效果上產生誤認，所為決定無法評價為關於人身自由之自主決定。



## 第三章 德國法上強制處分之同意

經過第二章對於強制處分之同意理論基礎的建構後，對於強制處分同意之實施程序上如何制定相關規定方能妥適保障系爭處分所涉及之基本權、確保同意作為基本權行使之特性，以及同意自願性上認定之標準，均有待進一步觀察比較法上規範及相關文獻之見解。因此，本文選擇以對於此部分規範較為完整之德國法作為研究之對象，於本章第一節先對現行法上強制處分同意之相關運作情形作初步的介紹，再於第二節特別針對刑事訴訟領域上關於個人資料處理之同意程序所進行之修法做深入討論。

### 第一節 現有強制處分同意類型

目前德國刑事訴訟法上所明文規範之強制處分同意類型主要為身體檢查處分之同意、DNA 檢測之同意以及扣押物之自願提出，而法律並未明文者本文則選擇較具重要性且我國法上亦有同樣類型之處分的同意搜索介紹之。

#### 第一項 法律明文之同意

##### 第一款 身體檢查處分

關於身體檢查處分，德國刑事訴訟法於第 1 編第 7 章之鑑定人及勘驗章節中分別規定對於被告及對被告以外之第三人實施之法定要件，以下分別討論同意於對被告及第三人之身體檢查處分上所具有之影響。

##### 第一目 對被告之身體檢查

對被告實施抽血或其他具有侵入性之身體檢查處分<sup>161</sup>，依第 81a 條第

<sup>161</sup> 若為對被告之非侵入性單純身體檢查，於德國刑事訴訟法上係依據搜索之規定進行。Vgl. Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 60. Aufl., 2017, §81a, Rn. 8.

1 項規定，為確認對刑事程序具有重要性之事實，得命對被告進行身體檢查。為此目的，得由醫師根據為檢查目的所定之醫術規則，進行抽血及其他侵入身體之行為，若對被告身體健康無不利之虞，得不經其同意為之。又依同條第 2 項規定，前項之身體檢查原則上須由法官核發令狀方得為之，例外於遲延將危及調查結果時，方得由檢察官或檢察機關之偵查人員為之。同條第 3 項規定，據此取得之血液樣本或其他人體細胞僅得在本案或繫屬中之其他刑事程序中使用，一但對此目的不再需要，應儘速銷毀之。

由上述規定可知，對被告之侵入性身體檢查須符合「為確認與本案具有重要性之事實」及「無損害於身體健康之虞」之實體要件，至於程序上則是採取相對法官保留原則，執行上需符合由醫師依據醫術規則為之的規範。實體要件上，「與本案具有重要性之事實」包括本案實體事實及程序要件，前者如構成要件事實及責任能力，後者如被告之就審能力等<sup>162</sup>。而於「無損害於身體健康之虞」之要件下，只要有可能造成「身體健康損害」此一因素即不得強制為之，然而僅限於延續超過檢查時間之身體健康影響方被認為屬於此處之「身體健康損害」，而不包括檢查期間內之疼痛或暫時的不適，亦不包括因檢查而造成之恐懼或其他心理負擔<sup>163</sup>。

若得到被告之同意，則侵入性之身體檢查無須具備身體檢查之令狀，且亦得對其實施可能損害其身體健康之檢查，只要不是依德國刑法第 228 條得被害人承諾之傷害罪規定，因具有死亡或重傷危險而被認為違反善良風俗，故仍具有違法性之傷害行為，或是無法確認與本案具有重要性之事實的檢查，然而較為嚴重的干預即使存在被告之同意還是需要法院令狀方得為之<sup>164</sup>。另外，同意也可以與執行檢查之人有關，被告可以同意由非醫師之護理人員進行身體檢查<sup>165</sup>。

<sup>162</sup> Schmitt, (Fn.161), §81a, Rn. 17.

<sup>163</sup> Schmitt, (Fn.161), §81a, Rn. 6 f.

<sup>164</sup> Schmitt, (Fn.161), §81a, Rn. 3.

<sup>165</sup> Krause, (Fn.146), §81a Rn. 12.



於同意之表示上，同意不得僅為單純對檢查之忍受，而必須是知悉相關情況及有權拒絕下所為之明示同意，且被告之拒絕同意不得作為將其定罪之證據<sup>166</sup>。同意必須基於自由決定，若其係透過脅迫或詐欺取得均為無效，詐欺之情形也可能在於聲稱或有意識地延續「是否同意並不重要，有必要時可以使用強制手段」之錯誤，同意得以於檢查結束前自由撤回，撤回前取得之檢查結果仍可以使用<sup>167</sup>。

## 第二目 對第三人之身體檢查

對於被告以外之第三人原則上不得實施侵入性身體檢查，例外為確認血緣關係之檢查及抽血。於非侵入性檢查部分，乃依第 81c 條第 1 項規定，僅有當考慮將其作為證人，並為查明真相而必須確定其身體上是否存在犯罪的特定跡證或結果時，方可未經其同意進行檢查。而對第三人實施確認血緣關係之檢查與抽血，則係依同條第 2 項規定，須對其身體健康無不利之虞及處分對查明事實絕對必要時，方得不經受檢查人之同意為之，且確認血緣關係之檢查及抽血僅得由醫師進行。同條第 5 項規定，檢查須經由法院核發令狀為之，遲延將危及調查結果時，亦得由檢察官及檢察機關之偵查人員命令之。

對第三人之單純身體檢查須符合證人原則及跡證原則之實體要件，而確認血緣關係之檢查及抽血則適用無損健康原則及闡明原則，也就是只有當對身體健康無不利之虞及以其他方式難以查明事實時方得為之<sup>168</sup>。若得到當事人的同意可以解除本條要件之限制，但在較為嚴重干預之情形，即使存在當事人的同意亦無法免除同條第 5 項之法院令狀，仍須由法院進行要件及合法性之審查，同意可以解除抽血僅得由醫師進行的限制，然其他侵入性身體檢查仍須醫師方得為之<sup>169</sup>。然而必須注意的是，依據第 81d 條第 2 項規定，不論是對被告或第三人之身體檢查，

<sup>166</sup> Krause, (Fn.146), §81a, Rn. 13.

<sup>167</sup> Krause, (Fn. 146), §81a Rn. 14.

<sup>168</sup> Krause, (Fn. 146), §81c Rn. 1 ff; Benfer/Bialon, *Rechtseingriffe von Polizei und Staatsanwaltschaft*, 4. Aufl., 2010, Rn. 1016.

<sup>169</sup> Schmitt, (Fn.161), §81c Rn. 2; Krause, (Fn. 146), §81c Rn. 4. 後者認為只要進行的不是單純身體檢查或無害干預，都無法解除法院令狀之限制。

當事人之同意均無法解除應由同一性別之醫師或第三人進行檢查之限制。



## 第二款 對人體細胞之基因檢測

而相較於德國早期之實務見解認為抽取血液之身體檢查處分本身即代表得以對血液加以檢測，在去氧核醣核酸（以下簡稱 DNA）檢測技術出現後，因 DNA 上乘載個人遺傳特徵及生理缺陷等較為敏感之個人資訊，故 DNA 檢測對於個人資訊自決權干預之嚴重程度，不宜認為係涵蓋於身體檢查之附帶干預<sup>170</sup>。換言之，取得對於被告或第三人之身體檢查授權不代表同時得以對所取得之人體細胞進行 DNA 檢測，而須符合更為嚴格之要件。


故之後德國刑事訴訟法新增對於 DNA 檢測之獨立授權規定，依據第 81f 條之規定，無論對被告或第三人依據前述規定之身體檢查取得之物質，若為確認血緣關係或確認所發現之跡證物質是否來自被告或被害人而有必要進行基因檢測時，未經受干預人書面同意，僅得由法院核發令狀為之，或於遲延則有危險時由檢察官命令之，且應向同意人告知所蒐集之資料用於何目的。另外，對於被告涉嫌重大犯罪而為將來刑事程序中確認身分之須為基因檢測之情形，其人體細胞之採集，依第 81g 條規定亦有同樣之要求。

於 DNA 檢測上要求書面形式的同意旨在確保同意之人瞭解其決定之範圍，並且於偵查卷宗中得以留下紀錄。同意必須在了解所有重要情況下方為有效，蒐集資料目的之告知必須涵蓋同意基本權利干預的範圍，若是為將來刑事程序中確認身分之目的而蒐集，必須告知從其人體細胞上取得之身分識別訊息會儲存於聯邦刑事警察局之 DNA 分析資料庫中<sup>171</sup>，同意可以向未來發生撤回效力，然而不會影響已經進行之調查的合法性<sup>172</sup>。

<sup>170</sup> 林鈺雄，前揭註 48，頁 175-176。

<sup>171</sup> Krause, (Fn. 146), §81f Rn. 16.

<sup>172</sup> Schmitt, (Fn.161), §81g Rn. 23; Hegmann, in: BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra, 45. Edition, 2022, §81f Rn. 5.



而依第 81h 條之規定，在針對嚴重犯罪<sup>173</sup>有嫌疑之大量群眾，必須確認跡證材料是否來自群眾中之人而採集其人體細胞、進行 DNA 檢測及比對的情況，干預處分之要求更為嚴格，必須取得法院之令狀同時加上當事人之書面同意方得進行，且必須向受干預群眾以書面告知處分只有經其同意方得進行。於此情形下，干預對象之同意無法取代法官保留，而是必須結合二者方得正當化。若當事人拒絕同意應該如何處理？文獻上指出，目前實務上之作法是將拒絕之人作為嫌疑人並依上述第 81a 條之規定進行檢查，然而此種作法使得本規定之同意似乎已無法被評價為具有自願性之同意，因為刑事追訴機關有強制干預之形式作為替代方案，且符合第 81h 條情形之群眾，未必具有具體之證據證明對其之懷疑，此種懷疑亦不得透過拒絕對其實施第 81h 條之檢測而滿足<sup>174</sup>。

### 第三款 應扣押物之自願提出

另外一個德國刑訴法上與強制處分之受處分人同意有所相關者為應扣押物之自願提出，根據第 94 條之規定，可能為證據方法對調查有重要性的物品，應予保管或以其他方式保全，而若物品由某人持有而不自願交出，則需要以扣押方式保全。又依第 95 條規定，持有該物品之人受要求時，有提出及交付義務，若拒絕可以對之處以秩序罰鍰及以強制方式執行。撤回同意不會使得第 1 項之保管變得不合法，但等同於向法院聲請裁判<sup>175</sup>。

此處的「自願」交出具有同意之外在形式，然而卻不代表持有人之同意不受到國家機關所強制，畢竟根據上述規定，不自願交出須面臨正式之扣押，故持有人的決定只與該得作為證據之扣押標的物的保全將以何種形式完成有關。此種情況下之同意，學者有將其稱為「減輕干預之同意」（*eingriffsmildernden Einwilligung*），以代表人民的基本權利領域毫無疑問將以某種形式被干預，而其

---

<sup>173</sup> 於此處限於妨害生命、身體不可侵犯性、人身自由或性自主之重罪（最輕法定刑一年以上之罪）。

<sup>174</sup> Beulke, *Strafprozessrecht*, 12. Aufl., 2012, Rn. 242b.

<sup>175</sup> Greven, in: Rolf Hannich, *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 8. Aufl., 2019, §94 Rn. 15.

所為同意與否的決定只與干預的程度或類型有關的情形<sup>176</sup>。



## 第二項 法律未明文之同意

德國刑事訴訟法上所未明文規定，然而為大多數實務及學說見解所承認之強制處分同意類型為同意搜索之實施。對被告或第三人之搜索依第 105 條規定，原則上由法官命令，在遲延即有危險時，亦得由檢察官及檢察機關之偵查人員命令。得到有權利人之同意則無須令狀<sup>177</sup>，且不適用第 102 條以下對搜索之其他要件<sup>178</sup>。然於不符合搜索之前提要件，無法以強制方式執行時，須向當事人告知若其不同意不得進行搜索<sup>179</sup>，此種見解亦為德國聯邦憲法法院所肯認<sup>180</sup>。

權利人須知悉係為何種案件對其發動搜索，若於此點上有詐欺之情形，同意為無效，此使警察利用臥底進入他人住居所的行為有所爭議<sup>181</sup>。另外，國家與民間的權力落差可能會導致人民同意一項本來會拒絕的措施，若人民係認為搜索是不可避免的，且明示或暗示地被要求加以忍受，或是因為認為不同意將導致對於自己的犯罪嫌疑產生，此些情況下之同意可以說都是出自於錯誤的情形，因此同意不具有自願性而無效<sup>182</sup>。同意可以透過明示或默示的方式表示，然而不得僅為單純對於搜索行為之忍受<sup>183</sup>，同意可以於搜索執行中無須任何理由地加以撤回，執行人員必須立刻離開搜索之住宅<sup>184</sup>。

<sup>176</sup> Amelung, (Fn. 60), S. 105 f.

<sup>177</sup> Greven, (Fn.175), §105 Rn. 1; Hegmann, (Fn. 172), §105 Rn. 2.

<sup>178</sup> Krause, (Fn. 146), §105 Rn. 2.

<sup>179</sup> Krause, (Fn. 146), §105 Rn. 6; Schmitt, (Fn.161), §105 Rn. 1; Greven, (Fn.175), §105 Rn. 1.

<sup>180</sup> BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 21. Oktober 2003 – 2 BvR 1500/03.

<sup>181</sup> Krause, (Fn. 146), §105 Rn. 3.

<sup>182</sup> Krause, (Fn. 146), §105 Rn. 4 ff.

<sup>183</sup> Krause, (Fn. 146), §105 Rn. 4; Hegmann, (Fn. 172), §105 Rn. 2; Hauschild, in: Münchener Kommentar zur StPO, Bd. 1, 2. Aufl., 2023, §105 Rn. 2.

<sup>184</sup> Krause, (Fn. 146), §105 Rn. 2.



### 第三項 小結

關於自願交出應扣押之證據標的之同意，性質應類似於我國法上之提出或交付命令<sup>185</sup>，僅是比例原則之展現<sup>186</sup>，依據本文前述之見解，並非財產權行使之範圍所涵蓋，因其若不同意會面臨強制扣押之不利後果，故其同意無法被評價為涉及個人財產權之自主決定。

而對於身體檢查之同意，本文認為於德國法上很大部分在於正當化對於身體權部分之干預，因為關於同意得否取代法院所核發之令狀，不論是對被告或第三人之身體檢查，雖然在當事人同意時得以解除無損健康原則之要求，於較為嚴重的干預時，學說上仍認為即使當事人同意仍須法院對其要件及合法性加以審查，其中的差異就在於對於身體權之干預程度不同。

但身體檢查處分之同意於我國法幾乎未見討論，一方面也是因為我國法上除司法警察之採樣處分外，因鑑定或勘驗目的所為之身體檢查處分，其決定機關亦採行二分模式，偵查中由檢察官即可核發鑑定許可書或實施勘驗，且實體要件上，僅分別針對被告及第三人規定「因鑑定之必要」或「相當理由認有必要」，於為勘驗之目的實施時亦無太大差異，並無如德國法上有對被告應符合程序關聯性原則、無損健康原則，對第三人應符合跡證原則、證人原則之要求，不太存在需要得受處分人同意方得為之的問題。

關於同意自願性之判斷上，不論是身體檢查處分或搜索之同意，文獻上均相當注重對於當事人有無「錯誤」之情形，不論是有意識地造成或維持當事人「得以強制方式為之」、「以強制方式為之無法避免」或是「拒絕將不利於己」之誤認，均應被認為屬於詐欺而使同意不具自願性而無效，此點本文認為值得認同。

<sup>185</sup> 我國刑事訴訟法第 133 條第 2 項、第 138 條參照。

<sup>186</sup> 林鈺雄，前揭註 3，頁 453。

## 第二節 歐盟法律對個資蒐集之同意的影響



德國之內國法相當程度受到歐盟法律之影響，於刑事程序上亦不例外，其中歐盟對於個人資料保護之嚴密規範，影響德國立法者對於在刑事訴訟上有關個人資料蒐集之程序的法律修正方向，其中資料主體之同意的相關規定亦為修正重點之一，以下詳細討論之。

### 第一項 歐盟一般資料保護規則及 2016/680 號指令

#### 第一款 適用範圍及名詞定義

於個人資料保護相關的規範上，較為大眾所熟知的歐盟一般資料保護規則（General Data Protection Regulation，以下簡稱為 GDPR）並不適用於為達預防、調查、偵查或追訴刑事犯罪之目的所為之個人資料處理<sup>187</sup>，為約束主管機關基於上述目的所為之個人資料處理，歐盟議會及理事會於 2016 年另外通過歐盟 2016/680 號指令（DIRECTIVE (EU) 2016/680，以下簡稱 2016/680 號指令）加以規範<sup>188</sup>。而對於何謂個人資料之「處理」，GDPR 及 2016/680 號指令中皆將「處理」定義為對個人資料執行之任何操作，不論是否透過自動化方式，例如蒐集、記錄、檢索、查閱、使用等行為<sup>189</sup>。

關於以資料主體之同意作為處理個人資料之基礎，GDPR 第 4 條第 11 款先對於本規則中的同意給予原則性的定義：「資料主體之『同意』係指資料主體基於其意思，透過聲明或清楚的積極行為，所為自主性、具體、知情及明確之表示同意處理與其有關之個人資料」，將同意解釋為依據「聲明或清楚的積極行為」

<sup>187</sup> GDPR, Article 2(2)(d).

<sup>188</sup> DIRECTIVE (EU) 2016/680 Article 1(1).

<sup>189</sup> GDPR, Article 4(2); DIRECTIVE (EU) 2016/680 Article 3(2).



(statement or clear affirmative action) 所為之表示，排除資料主體保持沈默、未表示意見或不作為被解釋為同意之可能<sup>190</sup>。

另外，GDPR 第 6 條第 1 項中規定，資料主體之同意為特定目的處理個人資料、控管者為遵守法律義務所必須以及為保護資料主體或他人之重大利益所必須等得作為處理個人資料之合法化事由<sup>191</sup>。且依照同條第 3 項規定，僅有於控管者為遵守法律義務、符合公共利益執行職務或委託控管者行使公權力所必須時，處理個人資料須以歐盟法或控管者受拘束的會員國法律為依據<sup>192</sup>。至於資料主體之同意此一合法化事由，則並未要求需要歐盟或會員國法律作為依據，因此 GDPR 本身並不要求任何關於個別之個人資料處理行為是否及如何同意的法律授權基礎<sup>193</sup>。而在資料主體所享有之權利上，GDPR 第 7 條第 3 項規定，資料主體得隨時撤回其同意，且給予同意前資料主體應受告知其得撤回同意。撤回同意後，如資料處理別無其他法律依據，依第 17 條規定資料主體有權要求控管者刪除其個人資料，且控管者有義務刪除之。

## 第二款 2016/680 號指令之同意規定

而於 2016/680 號指令中，其第 8 條第 1 項作為一般條款，規定會員國的個人資料處理只有在主管機關為執行基於上述目的之任務的必要範圍內，並且是依據歐盟法或會員國法時才是合法的<sup>194</sup>。由本項之後半句可知，個人資料之資料處理必須始終基於歐盟或國家法律基礎進行<sup>195</sup>。另外，該指令中前言 (Recital)<sup>196</sup>第

<sup>190</sup> 劉靜怡 (2019)，〈淺談 GDPR 的國際衝擊及其可能因應之道〉，《月旦法學雜誌》，286 期，頁 8。

<sup>191</sup> GDPR Article 6(1).


<sup>192</sup> GDPR Article 6(3).

<sup>193</sup> El-Ghazi, Die Einwilligung in strafprozessuale Zwangsmaßnahmen nach der Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 – das Ende der freiwilligen Atemalkoholkontrolle!, ZIS 2/2019, 110, 115.

<sup>194</sup> DIRECTIVE (EU) 2016/680 Article 8(1): Member States shall provide for processing to be lawful only if and to the extent that processing is necessary for the performance of a task carried out by a competent authority for the purposes set out in Article 1(1) and that it is based on Union or Member State law.

<sup>195</sup> El-Ghazi, (Fn. 193), 113.

<sup>196</sup> 前言作為歐盟法律的一部分，在解釋法律之規定時，必須考量其中的說法及評估。Vgl. Stief, Die Richtlinie (EU) 2016/680 zum Datenschutz in der Strafjustiz und die Zukunft der datenschutzrechtlichen Einwilligung im Strafverfahren, StV 2017, 470, 473.



35 點指出，法律制度性地賦予預防、調查、偵查或追訴刑事犯罪之目的之主管機關得要求或命令個人遵循其請求。於此情形，如 GDPR 中所定義之資料主體之同意，不應提供主管機關處理個人資料之合法基礎。當資料主體被要求遵循法律義務時，資料主體並沒有真摯而自由之選擇，因此資料主體之反應不得被視為自由地基於其意願給予表示，此不應排除會員國得依法使資料主體得同意其個人資料基於本指令之目的而受處理。同時，前言第 37 點則提及若為敏感之個人資料，當資料主體明確同意特別會對其造成侵擾之資料處理，則該等資料之處理亦應為法律所准許，然而資料主體之同意本身不應構成主管機關處理該等敏感個人資料之合法依據。

對於上述 2016/680 號指令第 8 條第 1 項之內容及相關的前言，部分見解認為其規範意旨係僅於法律明確容許當事人同意的可能性時，同意才能作為正當化事由，也就是必須為每項措施設下同意之規定，概括的法律條款不足以滿足指令關於同意許可性的要求，立法者必須針對不同的措施具體確定是否容許同意，以及若容許則其條件為何，如果沒有國家法律中這種法定的「同意保留」，主管機關將被禁止根據當事人的處分進行個人資料處理<sup>197</sup>。

然而亦有見解認為 2016/680 號指令不必然帶有這種嚴格同意保留的意旨，因為指令前言第 33 點已指出，指令內容提及「會員國法」者，並不必然要求國會之立法，亦不影響對相關會員國憲法秩序追求之要求。而既然在基本權主體同意之情況下，同意剝奪了措施的干預性質，因此至少在德國法上，不再需要法律明文的授權基礎。另外，前言第 35 點應該解讀為只有在由於已經存在的配合或容忍的法律義務而排除自願同意的情況下，成員國才需要通過法律建立一個基礎，而該基礎取決於數據主體事實上同意的存在。從這個意義上而言，前言第 35 點不必被解讀為需要對於同意個別特定的法律基礎的一般性指示<sup>198</sup>。

---

<sup>197</sup> Stief, (Fn. 196), 474.

<sup>198</sup> El-Ghazi, (Fn. 193), 115.



## 第二項 相應修正的德國聯邦個人資料保護法



### 第一款 向 GDPR 標準靠近

於德國法上，立法者為符合歐盟個人資料保護規範之標準，於 2018 年 5 月 25 日相應地修正並通過了《聯邦個人資料保護法》（Bundesdatenschutzgesetz，以下簡稱為 BDSG），該法中新增的第 3 部分正是用於實施歐盟 2016/680 號指令，也就是規範為預防、調查、偵查刑事犯罪及判決之執行為目的之個人資料處理。儘管 2016/680 號指令本身並未對同意有效性做出要求，BDSG 第 46 條第 17 款仿效 GDPR 第 7 條，對於何謂該部分中的「同意」作出定義：「同意係指任何於特定個案中透過正式聲明或清楚的積極行為，具自主性、明確、知情且具體之資料主體意願的表示，意味著關於其個人資料處理的承諾<sup>199</sup>」。而個人資料之「處理」意義為何，依據第 46 條第 2 款包括個人資料的蒐集、檢索、紀錄等，不論是否是以自動化的方式，此與 GDPR、2016/680 號指令之定義相同。

另外，關於同意之以書面形式表示時之特別要求，即應以易懂且方便取得之格式，採用清楚簡易之語言，並與其他事件清楚區別之方式呈現<sup>200</sup>。而資料主體有權隨時撤回同意，且應於處理個人資料前告知其得以撤回，撤回不影響之前個人資料處理之合法性<sup>201</sup>，此部分 BDSG 修正之規定均未見於 2016/680 號指令當中，反而與 GDPR 所給予資料主體之權利保障程度較為相近。

### 第二款 同意保留的確立

<sup>199</sup> BDSG §46-17: 'consent' means any freely given, specific, informed and unambiguous indication of the data subject's wishes in a particular case by which he or she, by a statement or by a clear affirmative action, signifies agreement to the processing of personal data relating to him or her.

<sup>200</sup> BDSG §51(2)

<sup>201</sup> BDSG §51(3): The data subject shall have the right to withdraw his or her consent at any time. The withdrawal of consent shall not affect the lawfulness of processing based on consent before its withdrawal. The data subject shall be informed of this before giving consent.



BDSG 與 GDPR 關於同意之規定其中一個很大的不同之處，在於 BDSG 第 51 條第 1 項規定：「當個人資料的處理根據法律規定可以在同意的基礎上進行，控管者必須能夠證明當事人的同意<sup>202</sup>」，相較於 GDPR 第 7 條之規定：「當處理係基於同意時，控管者應證明資料主體已同意其個人資料之處理<sup>203</sup>」，二者規定之文字高度相似，然而 BDSG 之前半句特別提及「根據法律規定」。據此，學說認為 BDSG 第 51 條第 1 項之規範意旨應係只有在個別法律明確及特別加以授權的情況下，才允許將同意作為於刑事追訴程序中處理個人資料的法律依據<sup>204</sup>，也就是設下了關於個資處理的同意之法律保留要求。因此，雖然對於 2016/680 號指令是否已對個人資料處理之同意設下法律保留之要求有上述歧異的見解，然而於 BDSG 第 3 部分之修正生效後，此一爭議於德國法上似乎已經被解決。

附帶一提，BDSG 此一規定並不違反歐盟法律，因為 2016/680 號指令僅作為最低程度之規範，允許會員國制定高於其標準之法律規定<sup>205</sup>，雖然 BDSG 之立法理由並未說明為何立法者做出此一額外的要求，有學者認為此種作法是為了更能夠確保自願性原則，因此立法者應該有意識且具體地確定，即使存在國家和人民間的權力落差，於何種情況下容許同意仍可以被認為是正當的<sup>206</sup>。

### 第三款 同意自願性之判斷及程序保障

於 BDSG 第 3 部分上修法新增而為 GDPR 所未規範者，乃關於同意自願性進一步所須注意之實體及程序要件，BDSG 第 51 條第 4 項特別提及於判斷同意是否具自願性時，須考量給予同意時之外在環境<sup>207</sup>。這是因為立法者知悉在指令之

---

<sup>202</sup> BDSG §51(1): If personal data may be processed by law on the basis of consent, the controller must be able to present evidence of the data subject's consent.

<sup>203</sup> GDPR §7(1): Where processing is based on consent, the controller shall be able to demonstrate that the data subject has consented to processing of his or her personal data.

<sup>204</sup> El-Ghazi, (Fn. 193), 117; Singelstein, Folgen des neuen Datenschutzrechts für die Praxis des Strafverfahrens und die Beweisverbotslehre, NStZ 2020, 639, 640.

<sup>205</sup> El-Ghazi, (Fn. 193), 117.

<sup>206</sup> Singelstein, (Fn. 204), 640.

<sup>207</sup> BDSG §51(4): Consent shall be effective only when based on the data subject's free decision. When assessing whether consent was freely given, the circumstances in which it was given must be taken into



適用範圍內，當事人很難與具有刑事追訴任務之公務人員以地位平等的關係互動，通常由於存在一定的權力落差，即使公務人員禮貌地請求同意各個措施，也可能被解讀為命令或要求，進而影響同意之自願性<sup>208</sup>。

另外，第 4 項後段也規定資料主體應被告知資料處理之預期目的，且若在個案中必要或應當事人要求時，應該告知其拒絕同意之後果。告知拒絕同意之後果特別重要，因為不難想像對於沒有法律經驗的當事人來說，可能預期自己因不配合各種刑事處分而顯得有嫌疑，進而間接地不利於自己<sup>209</sup>，因此告知拒絕同意不會對自己帶來不利之後果，一定程度上也影響了同意的自願性。

### 第三項 德國刑事訴訟法之納入與影響

而為因應 BDSG 之修正，德國刑事訴訟法亦於 2019 年增訂第 500 條之規定：「在本法未特別規定之範圍內，聯邦各州之機關在該法適用範圍內處理個人資料，則有聯邦個人資料保護法第 3 部分之適用」<sup>210</sup>。據此，任何德國刑事訴訟法中之強制處分，只要是與個人資料之蒐集相關者，在法律未規定得以同意作為實施之依據的情形下，則不能透過同意迴避基本權干預之形式及實質要件，這也將對實務造成嚴重的影響，例如學者有認為透過無令狀搜索取得個人資料就不再能夠於刑訴法及相關法律未規定下，僅經由受搜索人之同意為之<sup>211</sup>。

至於其他刑事訴訟上之基本權干預，就身體檢查部分，單純德國刑事訴訟法第 81a 條第 1 項的規定文字並不符合 BDSG 第 51 條第 1 項有關於同意的法律保留

---

account. The data subject shall be informed of the intended purpose of the processing. If necessary in the individual case or on request, the data subject shall also be informed of the consequences of withholding consent.

<sup>208</sup> El-Ghazi, (Fn. 193), 116; Singelstein, (Fn. 204), 641.

<sup>209</sup> El-Ghazi, (Fn. 193), 116.

<sup>210</sup> StPO Art. 500 Abs. 1: Soweit öffentliche Stellen der Länder im Anwendungsbereich dieses Gesetzes personenbezogene Daten verarbeiten, ist Teil 3 des Bundesdatenschutzgesetzes entsprechend anzuwenden. Abs. 2: Absatz 1 gilt 1. nur, soweit nicht in diesem Gesetz etwas anderes bestimmt ist, und 2. nur mit der Maßgabe, dass die Landesbeauftragte oder der Landesbeauftragte an die Stelle der oder des Bundesbeauftragten tritt.

<sup>211</sup> El-Ghazi, (Fn. 193), 117-118.

之要求，因為其訂定之時間明顯早於後者，由於在其生效及修訂時尚未有同意保留之要求，「得不經其同意為之」的法條用語不太可能代表立法者對於同意許可的明確決定，但在未來則無法避免立法者以類似「得不經其同意為之」的措辭來表明，只要經過當事人之同意即無須滿足強制處分之要件<sup>212</sup>。

然而實務上，亦有裁定於德國刑事訴訟法第 500 條生效後，並未以同意搜索無法律授權規定而直接認定此一取證行為違法，惟其於個案中認為執行搜索之警察並未依據德國刑事訴訟法第 500 條及 BDSG 第 51 條第 3 項之規定，告知當事人得以撤回其同意以及撤回具有向後生效之效力，因此取得之同意為無效，搜索不得以此為依據發動<sup>213</sup>。

#### 第四項 小結


首先，GDPR 及 BDSG 均將同意定義為自主性、具體、知情及明確的關於個人資料處理之承諾，且將同意之形式限於透過聲明或清楚的積極行為。本文認為「知情」（knowing）之要求符合同意為個人資訊自決權之行使的特性，蓋僅有知悉其所具有之權利以及決策所須重要資訊下所為之同意，方得以被評價為權利之行使，故此一「知情」應該解釋為對拒絕同意之權利及相關資訊之知悉而言。此亦與前述同意搜索之理論基礎討論上，本文認為有效的同意搜索應以受搜索人知悉拒絕同意之權利為前提，而非單純未受到執行人員之強制即為有效相符合<sup>214</sup>。

從 BDSG 因應歐盟指令之修正，以及德國刑事立法者亦將 BDSG 第 3 部分之規定納入刑事訴訟法中可知，其對於刑事追訴程序上因存在國家與人民間之權力落差而可能使自願性產生疑慮之情形有所注意，而新增關於「處分目的告知」以及「必要時或當事人要求時告知拒絕後果」之規定，本文認為此點除與自願性相關外，也關係到上述「知情」之要求，因為處分目的及拒絕後果皆屬於影響作成

<sup>212</sup> El-Ghazi, (Fn. 193), 118.

<sup>213</sup> LG Kiel, Beschluss vom 19.08.2021 - 10 Qs 43/21.

<sup>214</sup> 見本文第二章第三節第一項第四款。



同意決定與否之重要資訊。另外 **BDSG** 修正時特別新增個案中自願性判斷應注意外在環境之因素，應值得作為我國相關規定修正或法院於個案判斷上之參考，且此一問題不僅出現在關於個人資料蒐集之強制處分上，於其他強制處分同意之類型中也存在同樣的考量，因此亦應有其適用。

至於有關同意之法律保留，雖然學者認為德國立法者於 **BDSG** 第 51 條第 1 項中採取相較於 **GDPR** 更嚴格之法律保留規範，是為了能促使刑事立法者更具體地確認於存在國家與人民之權力落差下個別措施之同意自願性，然而因 **BDSG** 其他條文中其實已經對同意程序加以明定，也就是說在「如何」取得同意上已有可資遵循之基礎，因此若將 **BDSG** 第 51 條第 1 項解釋為個人資料處理之同意須有法律保留原則之適用，意義就是個別個人資料處理之行為「是否」得以同意作為基礎上須有法律加以授權，然而本文認為前者與同意之自願性較為相關，至於後者是否須有法律授權基礎加以規定，則留待本文於第五章深入討論。

## 第四章 強制處分同意自願性之問題

從對於強制處分同意之德國法相關介紹，可以發現無論是學說上對現有強制處分同意類型的相關討論，抑或是近年來聯邦個人資料保護法之修法所關注之重點，很大比例均集中在對於同意自願性之確保上，然而受處分人同意之自願性究竟受到何種因素影響而為個案判斷上所應注意、現行我國實務對於自願性之審酌方式有無將此些因素納入評價，以及是否應要求執行人員踐行拒絕同意之權利告知義務以保障自願性之問題，均有待本章深入研究。

### 第一節 心理學上之觀察


#### 第一項 權力落差而來之高同意比例

近來愈來愈多學說從個案中的高同意比例開始質疑，於同意搜索中是否真的存在所謂「自願性」的同意，例如學者 Marcy Strauss 認為即使是在一個偵查人員以禮貌的語氣詢問、並未使用槍枝，且是在受搜索人所熟悉的環境實施的這種「最佳」情況中，人們仍無法任意的拒絕偵查人員的搜索請求<sup>215</sup>。另外，許多文獻於同意搜索之研究上<sup>216</sup>引用知名心理學者 Stanley Milgram 於 1961 年所作的電擊實驗<sup>217</sup>，認為該實驗指出大多數人們會服從權威，即使那麼做並不符合自身的最佳利益，且這種服從會隨著權威形象以可見的權威標誌，例如制服的穿戴而增

<sup>215</sup> Strauss, *supra* note 68, at 236.

<sup>216</sup> *Id.* at 236-244; David J. Housholder, *Reconciling Consent Searches and Fourth Amendment Jurisprudence: Incorporating Privacy into the Test for Valid Consent Searches*, 58 *Vanderbilt Law Review* 1279, 1307-1310 (2005); Janice Nadler, *No Need to Shout: Bus Sweeps and the Psychology of Coercion*, 3(1) *Northwestern Law & Econ Research Paper* 1, 17-22 (2003).

<sup>217</sup> Stanley Milgram (著)，黃煜文(譯)(2015)，《服從權威：有多少罪惡，假服從之名而行？》，頁 50-70，經濟新潮社。此一心理學實驗之內容礙於與本文主題之關聯性及篇幅無法詳細敘述，於此僅能簡略介紹，即實驗人員以學習實驗的名義，要求招募的受試者扮演老師，而由實驗團隊安排的一名演員擔任學生的角色，由受試者扮演的老師詢問學生一系列問題，若學生回答錯誤，實驗人員就會要求老師電擊學生，然而學生並不是真正受到電擊，而是假裝作出相應痛苦的反應。而隨著答錯次數，電擊強度會逐漸上升，若老師遲疑或拒絕電擊，實驗人員會以更為權威的話語要求老師繼續或對老師保證其不會承擔任何責任，實驗結果有 65% 的受試者服從指示從最低的 15 伏特直到最高的 450 伏特電擊。



加<sup>218</sup>。雖然此一實驗設計與同意搜索的情境有許多不同，因此要將實驗結果應用到同意搜索上有其困難<sup>219</sup>。其中一個重要的不同之處在於，於 Milgram 所作的實驗當中，受試者是接收權威者明確的「要求」（demand），而非其所提出的「請求」（request），受試者若是面對權威者的「請求」，則可能更有能力拒絕<sup>220</sup>。但學者提出一個問題，即面對偵查人員提出的搜索「請求」，人們是否容易將其解讀為更傾向於服從的「要求」或甚至是「命令」（command）？雖然 Milgram 的實驗中並未提及此問題，然而在日常生活中，要求或命令的確常常被以禮貌的請求之形式包裝，實務上也有許多判決在個案中認為，當發問者為更具有權威形象之人時，受詢問者更容易產生這樣的解讀<sup>221</sup>，此一問題亦為德國法上學者所提及已如本文前述<sup>222</sup>。

為克服上述將 Milgram 電擊實驗的結論應用到同意搜索研究上的困難，美國法律學者 Roseanna Sommers 及心理學者 Vanessa K. Bohns 於 2017 年做了兩個與同意搜索之情境更為類似的實驗<sup>223</sup>。其中第一個實驗（以下簡稱為「查看手機實驗 I」）的內容是將 203 個大學生受試者分為體驗組與預測組，讓他們分別進入同樣的房間中，研究人員詢問體驗組的受試者是否願意在實驗開始前交出智慧型手機帶到房間外面查看一些東西，而預測組的受試者則是被以問卷形式詢問，若分別是他們自己及一個理性第三人在同樣的情況下被詢問同樣的問題，是否會同意交出手機以供查看。另外，在實驗最後體驗者及觀察者也會回答他們對於被詢問或假設被詢問是否交出手機的問題時的心理自由程度（由五個相關問題組成

---

<sup>218</sup> Strauss, *supra* note 68, at 236.

<sup>219</sup> *Id.* at 239-240. See also Roseanna Sommers & Vanessa K. Bohns, *The Voluntariness of Voluntary Consent: Consent Searches and the Psychology of Compliance*, 128 Yale L.J 1962, 1979-1980 (2019).

<sup>220</sup> 當然此一實驗還有其他與同意搜索情境的不同之處，其他不同之處在於受試者是被要求電擊他人，而非於同意搜索中是必須作出可能不利於自己之行為，以及受試者是自願參與實驗，同意搜索之受搜索人則並非如此，這些因素均可能影響個人是否產生服從於權威的態度（Milgram 稱之為代理人心態），但 Milgram 於研究中所提出受試者之所以產生服從的一般性先行條件，即家庭經驗、制度環境以及獎賞結構經驗，在實驗以外的情境也仍然適用，這些皆使受試者在進入實驗情境之前即已形塑其服從權威的行為習慣，參 Stanley Milgram（著），黃煜文（譯），前揭註 217，頁 236-241。

<sup>221</sup> Strauss, *supra* note 68, at 241.

<sup>222</sup> 見本文第三章第二節第二項第三款。

<sup>223</sup> Sommers & Bohns, *supra* note 219, at 1982-1989.



224) ，由 1 分至 7 分代表最低至最高的自由程度。實驗中絕大多數受試者的手機中存有他們的照片、個人訊息、電子郵件等等資料，且一半以上的受試者手機中含有個人財務資訊和密碼等敏感的個人資料。

實驗結果顯示，有 97.1% 的體驗者都同意交出手機，而僅有 27.6% 的預測者認為他們自己被詢問的話會同意交出手機，更只有 14.1% 的預測者認為一個理性第三人被詢問此一問題會作出同意的決定。於心理自由程度上，體驗者被詢問交出手機問題時的自由程度為 3.3 分，而預測者不論是假設自己或理性第三人被問到此一問題時的回答均為 4.1 分。

表一：查看手機實驗 I 中受試者同意交出手機之比例及心理自由程度<sup>225</sup>

	體驗者	觀察者	
		自己	理性第三人
同意比例	97.1%	27.6%	14.1%
心理自由程度	3.3	4.1	4.1

作者推論導致在實際體驗者中出現高同意比例的原因可能是因為：（一）對權威的順從：受試者將研究人員視為權威的象徵，並因此而服從於他們的請求。


（二）避免衝突來維持和諧關係的社會規則：拒絕對方提出的請求是一個可能造成面對面衝突的行為，並暗示了該請求是不適當或不值得信任的，所以人們即使內心不想要也會傾向於同意，以此避免拒絕請求造成的不愉快。（三）不假思索的同意：提供受試者某些特定社會信號的時候，他們會機械性地跟隨該信號所連結的想法。例如於該實驗中，研究人員說要將受試者的手機「拿到外面查看一些東西」，儘管此一理由並無實質上的意義，然而受試者大多都還是會接受<sup>226</sup>。

<sup>224</sup> 分別是受試者感受到自由 (free)、有壓力 (pressured)、尷尬 (awkward)、輕鬆 (comfortable) 的程度，以及他們認為拒絕研究人員請求的困難程度。

<sup>225</sup> 本表改製自 Sommers & Bohns, *supra* note 219, at 1985 Figure 1 & 1986 Figure 2.

<sup>226</sup> *Id.* at 2001-2004.





針對上述第一個原因，於同意搜索的討論上，不乏許多實務判決及學者提出相類似的見解，在執法人員係以國家公權力之形象出現時，國家與人民間在權力上的不對等，往往導致對於執法人員的請求無法輕易地拒絕。而關於上述第三個原因，亦有學說認為當人們在壓力狀況下需要快速地作出決定時，其所作的決定往往是在回應對於特定情況下所產生的信號，而這種信號最常見的就是社會角色，因此也會產生對於具有權威地位之社會角色的服從，因為在日常生活中人們往往透過這樣做得到好處<sup>227</sup>。在此種見解之下，上述原因的第三點其實會與第一點產生關聯，因為即使欠缺特定、合理的理由，但在缺少充分考慮的時間的情況下，人們會同意警察搜索的請求，可能是出於與其社會角色一致的回應。

## 第二項 歸因錯誤與移情隔閡

此外，當關於同意自願性於個案上成為爭執的問題，而需要法院對此做出判斷時，一個關於心理學上的問題是所謂的「歸因錯誤」<sup>228</sup>。「行為歸因」是分析自己或他人的社會行為，透過不同方法研究、探討進而確定行為原因的過程，「內在歸因」是認定一個人的行為主要出於行為者的內在因素，包括性格、動機、情緒等，而「外在歸因」則是認為一個人的行為主要是外在環境影響的結果，例如所處的環境、互動的對象、角色的限制等<sup>229</sup>。而由心理學家 Lee Ross 提出的「基本歸因錯誤」（fundamental attribution error），又被稱為「對應偏誤」（correspondence bias），是一種人們在評估他人行為時，存在一種高估內在歸因（即個人或性格因素）而相對地低估外在歸因（即環境因素影響）的傾向<sup>230</sup>，此種偏誤容易使我們誤判一個理性的第三人在面對高壓的、具有挑戰性的社會環境時會作出的決策<sup>231</sup>。

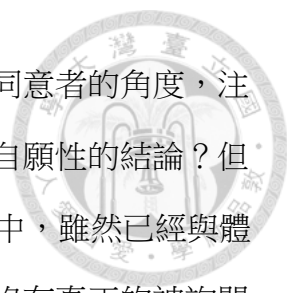
<sup>227</sup> Nadler, *supra* note 216, at 18-19.

<sup>228</sup> *Id.* at 13-16; 中文文獻可參：劉宏恩（1996），《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》，頁 40 以下，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

<sup>229</sup> 彭懷真（2015），《社會心理學》，頁 151，巨流圖書。

<sup>230</sup> Lee Ross, *The Intuitive Psychologist and His Shortcomings: Distortions in the Attribution Process*, 10 *Advances in Experiment Social Psychology* 173, 184 (1977).

<sup>231</sup> Sommers & Bohns, *supra* note 223, at 2005.



或許我們會認為，雖然存在上述問題，但只要法官嘗試以同意者的角度，注意其做出同意時的外在環境，是否就能夠獲得一個正確的同意自願性的結論？但很顯然這並不如想像的那麼簡單<sup>232</sup>。在前述的查看手機實驗 I 中，雖然已經與體驗者坐在同一個空間、面對同樣的研究人員，但因為預測者並沒有真正的被詢問是否願意交出手機的問題，因此不會實際經歷體驗者在受詢問當下所感受到的環境、社會因素，且因為被詢問是否願意交出手機以供陌生人查看是大部分人不會有過的經驗，因此也很難模擬當下所感受到的這些因素如何影響體驗者作出決定，這或許就是在上述實驗結果中，體驗者與預測組不論於是否交出手機的決定以及心理自由程度的回答上都出現顯著差異的原因，進行實驗之學者將此一情形稱為「移情隔閡」（*empathy gap*）<sup>233</sup>。當然，的確有可能法院可以利用他們的專業來克服此一問題，然而相較於實驗中預測者與體驗者在年齡、學經歷、社會背景上的相似性，做出個案中同意自願性判斷的法官以及案件中的被告，在大部分案件中恐怕並不具有同樣的高相似性，因此若認為此一差異在司法實務中能夠有所縮減，似乎是過於樂觀的想法<sup>234</sup>。

## 第二節 自願性之判斷方式及缺陷

### 第一項 美國法上之起源

如同本文前述，美國法上於同意搜索之案件中雖然早期曾採取權利拋棄說之見解，而要求受搜索人之同意必須是一個「知情且明智」（*Knowing and intelligent*）之同意，然而後來於 *Schneckloth* 案放棄了此一標準，認為同意自願性與自白任意性一樣無法從語言學或哲學的認識論上找到定義，而可能是一個基於政策考量所為的決定<sup>235</sup>，需要於個案中「綜合一切情狀」（*totality of all the*

<sup>232</sup> Nadler, *supra* note 216, at 15-16.

<sup>233</sup> Sommers & Bohns, *supra* note 223, at 2004-05. *See also* Nadler, *supra* note 216, at 15-16.

<sup>234</sup> *Id.* at 2011-12.

<sup>235</sup> *Schneckloth*, 412 U.S. at 224-25.

circumstances) 而為判斷。是否知悉得以拒絕同意之權利，僅是判斷同意自願性的其中一個因素，並非有效同意之前提要件<sup>236</sup>。後來於 1996 年的 *Ohio v. Robinette* 案<sup>237</sup>以及 2012 年的 *United States v. Drayton* 案（以下簡稱為 *Drayton* 案）<sup>238</sup>中，聯邦最高法院對於同意搜索之理論基礎也延續 *Schneckloth* 案中的見解，認為必須是一個具有「自願性」之同意，方產生使警方之行為成為一個「合理」之搜索的效果，並持續採取綜合一切情狀之判斷方式<sup>239</sup>。

而關於「綜合一切情狀」實際上究竟可能包含哪些因素，聯邦最高法院並未於上述案件中列出所有應審酌的情形，然而從文獻上可以列舉一些曾經被法院所納入考量的因素：（一）警方錯誤宣稱有權搜索<sup>240</sup>。（二）是否威脅相對人將取得搜索票。（三）是否存在先前違法之行為。（四）心智成熟度、社會世故程度、身體及心理狀態。（五）是否曾已拒絕同意。（六）武力的展示或其他具壓迫性的情況等<sup>241</sup>。

## 第二項 我國實務運用上之問題

我國實務上最高法院於同意搜索案件中對於同意自願性之判斷標準，早期見解如最高法院 94 年度台上字第 1361 號刑事判決：「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」。另外部分判決則額外附加同意搜索之同意需非「因受搜索人欠缺搜索之認識所致」之條件，因此要

<sup>236</sup> *Id.* at 227.

<sup>237</sup> *Ohio v. Robinette*, 519 U.S. 33 (1996).

<sup>238</sup> *United States v. Drayton*, 536 U.S. 194 (2012).

<sup>239</sup> *Id.* at 207; *Robinette*, 519 U.S. at 39-40.

<sup>240</sup> *Bumper v. North Carolina*, 391 U.S. 543 (1968). 於本案中法院認為，警方宣稱有搜索票時等於向他人宣示不得抗拒搜索，事實上具有強迫性質。

<sup>241</sup> *Housholder*, *supra* note 216, at 1291-92.

求搜索人員須表明來意，使受搜索人明白搜索之意涵<sup>242</sup>。此種綜合一切情狀判斷同意自願性之方式（以下簡稱「綜合判斷法」），應該是受到上述美國聯邦最高法院判決之影響，也被後續大多數我國實務見解所引用。

此些自願性之審酌因素，排除有無於筆錄簽名或簽署同意書面外，其他若依本文前述之行為歸因理論，大致以內在或外在因素區分，可劃歸為內在因素者包括同意者主觀意識之強弱、教育程度、智商，而外在因素則包含徵求同意之地點、徵求同意之方式。有別於在美國法上有過於偏向判斷警察行為合理性之外在因素的批評<sup>243</sup>，此種綜合判斷法於我國實務之運用上本文認為存在以下問題。

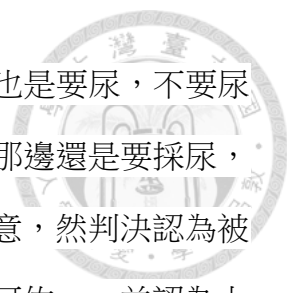
### 第一款 外在環境因素難以完整呈現

實務列為審酌要素之一的「徵求同意之方式是否自然而非具威脅性」，其實此一要素亦涉及同意之意思是否有遭到脅迫的問題，判斷此要素之問題在於，對同意搜索或同意採尿之程序，現行法並無明文要求執行機關於取得同意時必須錄音或錄影，因此時而可見受同意搜索或採尿請求之被告主張司法警察係以具有威脅性之方式取得同意，然而法院所能進行調查之方式僅有傳喚司法警察到庭作證，而呈現雙方對於徵求同意之方式各執一詞之情形。例如最高法院 109 年度台上字第 5373 號刑事判決中，被告抗辯警員係以不同意簽署採尿同意書亦會以強制方式採尿之話語來使被告同意採尿，然而警員卻稱並無如被告所稱之陳述，而係先以詢問被告是否同意配合之方式取得同意，若被告不同意才會使用拘票。

另外，亦有判決中被告爭執警察取得同意之方式，法院以並無證據可證明警察係以脅迫方式取得同意而肯認同意自願性者，例如最高法院 109 年度台上字第 990 號刑事判決中，被告係先接受採尿後製作警詢筆錄，然而僅警詢過程有錄影，

<sup>242</sup> 最高法院 96 年度台上字第 1630 號刑事判決、最高法院 96 年度台上字第 5184 號刑事判決、最高法院 98 年度台上字第 7883 號刑事判決、最高法院 99 年度台上字第 979 號刑事判決、最高法院 111 年度台上字第 3068 號刑事判決、最高法院 111 年度台上字第 3745 號刑事判決等，但其中因警察未出示證件表明來意而質疑同意之自願性者僅最高法院 99 年度台上字第 979 號刑事判決。

<sup>243</sup> Strauss, *supra* note 215, at 229.



接受採尿之過程則並無錄影，被告爭執採尿過程警察以「要尿也是要尿，不要尿也是要尿」以及「警察恐嚇我，警方說如不採尿，送到檢察官那邊還是要採尿，警察還說檢察官等一下就會來，都是要採尿」之方式取得其同意，然判決認為被告除此之外「別無警察脅迫其採尿方法之具體描述，亦無證據可佐」，並認為上訴人係智慮成熟，有相當社會經驗之成年人，曾有多次施用毒品前案紀錄，且依其年紀、社會經驗、教育程度，其在得以理解簽署採尿同意書之意思及效果，可自行決定選擇同意或拒絕之情形下，既願隨警返回警局，並簽立採尿同意書，同意採尿應具有自願性。類此案件因欠缺錄音或錄影之證據，導致於歸因錯誤下原已容易為法院所忽略之外在環境因素，更加無法完整、如實地於個案中加以呈現。

## 第二款 內在因素之形式化判斷

除上述外在因素難以完整呈現之問題外，於同意人本身之內在因素上，除其年齡、教育程度外，實務見解經常使用的一個說理方式，便是以其具有前科或應訊經驗為理由，認為其應知悉同意搜索或同意採尿之意義及效果，不會輕易同意警察之請求，故其同意應具有自願性。例如最高法院 111 年度台上字第 3068 號刑事判決中便認為，以上訴人之智識程度及曾因賭博案件經偵查而有應訊經驗，信無輕易簽名同意之理，尚難遽認警方搜索前未得上訴人自願性同意，係屬違法搜索<sup>244</sup>。

是否容易同意執行人員的請求而同意搜索似可為「主觀意識強弱」此一審酌要素所涵蓋，然而被告具有相類案件之前科或應訊經驗，至多可證明其了解搜索或採尿之後果，亦即所得證據將會被用以追訴自身之犯罪，卻不代表其知悉得以拒絕無搜索票之搜索及不符合相關法律要件之採驗尿液要求，因為被告在其前案中未必經歷過同樣的同意搜索或同意採尿程序，且縱使經過同樣之程序，未必就

---

<sup>244</sup> 類似實務見解可參：最高法院 100 年度台上字第 376 號刑事判決、最高法院 102 年台上字第 758 號刑事判決等；同意採尿案件：最高法院 109 年度台上字第 543 號刑事判決、最高法院 109 年度台上字第 1077 號刑事判決等。



已知悉得以拒絕同意。因此若肯認有效之同意應以知悉得以拒絕同意之權利為前提，則沒有理由僅以同意書面之簽署及被告具有相關案件之前科不會輕易同意搜索或採尿之推論，即認為個案中之同意具有有效性。

另外，判決中常僅以此點論證同意之自願性，也使人懷疑原本綜合判斷法中其他審酌因素之涵攝，何以於被告具有相關參與司法程序之經驗時便付之闕如。舉例來說，假設本案例中被告具有多次被警方搜索之經驗，亦確實知悉自己擁有得以拒絕同意搜索之權利，然而於本案例中卻是遭到警方脅迫或不斷重複徵求同意且使其不得離去之方式下取得同意，是否仍可由被告知悉搜索之意義、後果以及得以拒絕之權利下，肯認本案之同意具有自願性？實務上許多案件雖在判斷標準上採用綜合判斷法，其實卻並未綜合一切情狀審酌，多僅以同意人本身之內在因素，例如認為被告為智識成熟之成年人，具有相類似案件之前科，即認為本案之同意具有自願性，使本文懷疑實務是否已經背離綜合判斷法實質審查同意自願性之本意，而朝向形式審查之方式發展。

### 第三項 小結

於前一節提出同意自願性於心理學本身內涵及個案判斷上可能會遭遇的問題後，本節觀察我國實務上對於綜合判斷法之運用，發現前述歸因錯誤之問題透過此種判斷方式有被放大之可能。詳言之，歸因錯誤本來就是指在判斷第三人行為動機時，外在因素相較於內在因素容易被忽略或低估，而綜合判斷法雖然要求須考量徵求同意之方式，然而在現行法上並未有同意過程應錄音錄影之規定，造成對於徵求同意之方式僅能透過受處分人及執行人員之證詞加以調查，難以呈現外在環境之完整情形，相較之下同意者之內在因素容易被高估，因此造成自願性之判斷上可能產生偏誤。

### 第三節 確保自願性之嘗試—告知拒絕同意之權利



#### 第一項 告知義務之主張

##### 第一款 美國法

於美國法上，從 *Schneckloth* 案到 *Drayton* 案中，聯邦最高法院都一貫地維持不以告知拒絕同意之權利作為同意有效性之必要條件的立場。於 *Schneckloth* 案中，法院認為雖然於獲取同意前告知受搜索人得以拒絕同意之權利得以確保其知悉拒絕同意之權利，然而這在同意搜索上為不切實際的作法，因為同意搜索作為一種執法機關的標準調查技術，時常發生在高速公路、受搜索人的家中或辦公室等日常處所，並非如同審判一樣的結構化氛圍，亦不同於人身自由受到拘束下接受警察訊問之情形<sup>245</sup>。而於 2002 年之 *Drayton* 案中，法院重申上述的見解，認為未清楚告知相對人得以拒絕配合搜索本身並不導致同意無效，法院仍應綜合一切情狀判斷同意之自願性，不應在未進行告知一事上給予額外之考量<sup>246</sup>。相對而言，告知有權拒絕同意搜索則會降低警察行為係具有強制性質的可能性<sup>247</sup>。

雖然美國聯邦最高法院維持上述一貫之否定立場，許多州及市級的地方執法機關紛紛開始要求執法人員於請求同意搜索時進行類似的告知，例如自 2016 年起，紐約市警察機關要求警察在請求同意搜索時需要清楚告知民眾「我只能在你同意的情形下進行搜索」<sup>248</sup>。另外，紐澤西州最高法院則於 1975 年的 *State v. Johnson* 案中認為，於該州憲法下同意搜索之自願性同意要求人民知悉拒絕同意之權利，隨後紐澤西警方即已開始實施要求同意搜索前踐行告知義務以及須以書面方式取得同意之作法<sup>249</sup>。

<sup>245</sup> *Id.* at 231-32.

<sup>246</sup> *Drayton*, 536 U.S. at 207.

<sup>247</sup> *United States v. Mendenhall*, 446 U.S. 544, 558-559 (1980).

<sup>248</sup> *Sommers & Bohns*, *supra* note 223, at 1989-1990.

<sup>249</sup> *Id.* at 2016.



## 第二款 我國法

而於我國法上，部分文獻認為同意搜索之自願性同意不以告知受搜索人有權拒絕同意為必要條件，理由大致上與 *Schneckloth* 案之見解相同，一方面認為搜索所干預之權利與緘默權或人性尊嚴不同，且同意搜索大多發生於公開場合或同意者熟悉之優勢範圍內，與詢問被告時通常位於警察支配之環境中不同，並無如同詢問被告時須為告知義務相同之考量<sup>250</sup>，或認為同意搜索所取得之證據為物證，與詢問被告時未告知緘默權容易使自白真實性產生疑慮不同，容許使用物證不會產生誤判之結果<sup>251</sup>。

相對而言，肯定說之見解認為應以踐行告知義務作為確保同意自願性之方式<sup>252</sup>，理由或有基於同意搜索作為搜索之例外情形，不應容許檢警利用人民誤認有配合義務之資訊落差而濫用之，國家必須先踐行告知義務，方得主張其處分因獲同意而合法<sup>253</sup>。另有認為透過課予搜索人員告知受搜索人拒絕同意之權利，可以彌補實務上使用綜合判斷法審酌同意之自願性時，容易使權力及資訊落差為法院所忽視的缺陷，排除人民與執法人員間的權力與資訊落差<sup>254</sup>。我國法上於同意扣押之情形訂有告知義務之規定屬於正確之立法，於同意搜索之情形並無正當理由為差別待遇，立法者應於同意搜索增訂告知義務之規定，而實務於修法前應考量同意扣押第 133 條之 1 第 2 項之立法意旨，將檢警踐行拒絕權利之告知義務作為自願性同意搜索之必要條件<sup>255</sup>。

而於實務上，因同意搜索之條文規定並未如同意扣押須以告知相對人得拒絕為前提，我國最高法院一直以來亦並未將此作為同意搜索之合法性要件，亦未列

<sup>250</sup> 黃惠婷，前揭註 128，頁 72；王兆鵬、張明偉、李榮耕，前揭註 29，頁 302。

<sup>251</sup> 王兆鵬、張明偉、李榮耕，前揭註 29，頁 302-303。

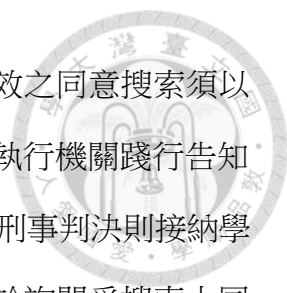
<sup>252</sup> 林俊益，前揭註 123，頁 356；陳運財（2009），〈無令狀之搜索：評最高法院 96 年台上 5184 號判決〉，《法令月刊》，60 卷 12 期，頁 67。

<sup>253</sup> 林鈺雄，前揭註 116，邊碼 29-30。學者認為同意搜索中踐行告知義務另有確定受處分人之真意以及杜絕未來爭端之功能，參林鈺雄，前揭註 3，頁 441。

<sup>254</sup> 薛智仁（2020），〈同意搜索之基本問題（二）〉，《法務通訊》，3003 期，頁 5。

<sup>255</sup> 薛智仁，前揭註 134，頁 1501-1502。相同見解：李春福，前揭註 40，頁 263。





於上述同意自願性之審酌事由當中。有少數實務見解認為，有效之同意搜索須以受搜索人「明知有權拒絕搜索」為前提，但並未提及是否應以執行機關踐行告知義務之方式加以確保<sup>256</sup>。而最高法院 108 年度台上字第 839 號刑事判決則接納學說上肯定說之見解，其認為「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」，本見解嗣後為一則最高法院判決及部分下級審判決所引用<sup>257</sup>，然亦有見解仍係採用上述之綜合判斷法審查同意之自願性<sup>258</sup>，故此對於拒絕權及撤回權之告知義務要求是否會成為日後我國實務穩定見解仍有待觀察。

### 第三款 評析及本文見解

如同本文第二章所述，同意作為各處分所涉及之基本權之捨棄與行使，因此必須為知悉其所具有之拒絕權利下所為之行為，否則一個不知悉自身所擁有之不同選擇下所為之行為，無法評價為其權利之捨棄或行使。不論是美國法上對於拋棄憲法權利所要求之「知情且明智」的捨棄標準，或是德國聯邦個人資料保護法上認為同意係「知情」的關於個人資料處理之承諾的要求，於同意搜索之情形均應有適用，故我國實務上認為合法同意搜索應以受搜索人「明知有權拒絕搜索」為前提之見解應值得肯認，而此處之問題在於是否應透過告知義務確保受處分人知悉此一拒絕之權利。


首先，從自白及物證之區分出發而認為同意搜索不需踐行告知義務之看法過度偏重於對真實發現之影響程度，且此一區分於係於 *Schneckloth* 案中主要是用來

---

<sup>256</sup> 最高法院 109 年度台上字第 259 號刑事判決、最高法院 109 年度台上字第 5631 號刑事判決、最高法院 110 年度台上字第 6095 號刑事判決及臺灣高等法院 110 年度上更一字第 157 號刑事判決等共 9 則判決（最後查詢日期：2023 年 1 月 10 日）。

<sup>257</sup> 最高法院 109 年度台上字第 1832 號刑事判決及包括臺灣高等法院 111 年度上訴字第 1390 號刑事判決在內之 13 則判決（最後查詢日期：2022 年 10 月 27 日）。

<sup>258</sup> 最高法院 111 年度台上字第 3068 號刑事判決、最高法院 111 年度台上字第 3745 號刑事判決等參照。



論述於同意搜索上是否適用「知情且明智」之權利拋棄標準的問題，已如本文前述<sup>259</sup>。再來，從同意搜索與詢問被告發生之場所不同，前者較常位於公共場合或受搜索人熟悉之場域，因此而否定告知義務之必要性的見解亦並不可採，因為並非不是發生於警局或其他執法人員支配管領之空間，即不會產生對被告之心理壓迫<sup>260</sup>，此一壓迫程度與警察人數、是否穿戴制服、展示警械等因素均有相關，即使於公共場合中亦未必不能達到使當事人感到不同意警察之要求即無法離去之效果<sup>261</sup>。

本文認為是否應要求執行人員踐行告知義務，主要之考量仍在於國家與人民間之資訊落差上，相較於具備專業法律知識的刑事追訴機關，一般人民容易誤以為其對於國家機關之處分有忍受之義務，並且難以判斷合法與違法強制處分之區別<sup>262</sup>。例如於同意搜索、任意同行之情形，不可能要求不具有法律專業的一般人民知悉何種情況司法警察可以合法對自己實施強制搜索或拘捕<sup>263</sup>，因此最佳的作法應該是事前要求執行機關告知得以拒絕同意之權利，而非使人民承擔事後是否知悉拒絕同意之權利的主觀因素難以證明之不利益。

因此，於本文第三章所述，德國法學說及實務上認為僅有於不符合搜索之實體要件時，方須告知當事人若其不同意不得搜索之見解，本文認為亦不具可採性，因為不論是否符合實體要件，於未取得令狀下當事人均無忍受搜索之義務，且均有可能產生對於執行機關具有強制權限之誤認。

---

<sup>259</sup> 見本文第二章第三節第二款及第四款。

<sup>260</sup> 於同意扣押上之相同見解：薛智仁，前揭註 134，頁 1501。

<sup>261</sup> Souter 大法官於 *Drayton* 案之不同意見中指出，同樣一個警察於街道上攔住行人詢問問題之情境，即可能因警察人數由一人至三人、街道是否為窄巷等因素而改變行人是否可以自由離去之認定。See *Drayton*, 536 U.S. at 209-210. (Souter, J., dissenting)

<sup>262</sup> 林鈺雄，前揭註 3，頁 331。

<sup>263</sup> 於我國實務上，最高法院 107 年度台上字第 3084 號刑事判決亦認為：「任意同行之方式，固屬於廣義約談方式之一種，但對於智識程度不高之人民而論，並無法清楚區辨其與拘提或逮捕之不同，往往是在內心不願意之情形下，半推半就隨同至偵訊場域接受詢問。」



## 第二項 告知義務之成效

雖然本文肯定執行機關於強制處分之同意中具有踐行告知受處分人具有拒絕同意之權利的義務，然此是否或者在多大程度上可以起到保障同意自願性之作用？雖然似乎可以推論出一個經過告知義務踐行的同意，是在知悉其擁有之不同選擇下所做的決定，但同意自願性於內在及外在因素上是否仍然受到其他影響，使得縱使執行人員並未透過強暴、脅迫等直接會導致同意被評價為欠缺自願性之行為，同意亦不一定可被認為具有自願性，以下分別討論之。

### 第一款 無法避免來自警察的重複說服行為

首先，儘管已經告知相對人得以拒絕之權利，但只要相關法律沒有禁止執行機關於相對人表示拒絕同意的意願後持續反覆為說服及徵求同意的行為，為了達成犯罪偵查目的，很難相信偵查人員在一次的拒絕後會直接放棄取得同意。然而此種作法可能使得相對人對於自己拒絕的意願是否確實受到尊重產生懷疑，比起形式的告知相對人具有拒絕之權利，使其能夠相信此種權利在所處的情境中確實能夠實現或許來得更為重要<sup>264</sup>。若拒絕後警察仍持續說服，則最後相對人基於想結束與警察之接觸、無可奈何之下而為之同意，是否可以評價為其所為之自主決定？我國法上近期亦有實務見解注意到此點，將拒絕後警察是否重複不斷徵求同意納入自願性之審酌因素中<sup>265</sup>。但亦有學說認為，應該禁止警察於人民表達其拒絕同意之意思後任何進一步為取得同意之行為，而非僅將警察之重複說服列為同意自願性之審酌因素<sup>266</sup>。

<sup>264</sup> Strauss, *supra* note 215, at 255.

<sup>265</sup> 最高法院 110 年度台上字第 5776 號刑事判決參照；此一因素亦曾於最高法院 99 年度台上字第 4117 號刑事判決中為法院所提及，但於此判決後即未再出現於最高法院其他判決中。

<sup>266</sup> Maclin, *supra* note 68, at 78-80. 同樣認為拒絕後重複說服所獲之同意欠缺自願性者：蕭宏宜（2012），〈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》，63 卷 8 期，頁 38。



## 第二款 無法完全除去權力落差之影響

### 第一目 來自心理學實驗的推論

於前述美國法律學者 Roseanna Sommers 及心理學者 Vanessa K. Bohns 所作的模擬同意搜索之情境的實驗當中，除前述的第一個實驗外，實驗團隊所作的第二個實驗<sup>267</sup>便是在第一個實驗的基礎上加入告知得以拒絕交出手機的變因（以下簡稱為「查看手機實驗 II」），207 個受試者被分到 2x2 種實驗情況中（受告知／未受告知、體驗者／觀察者），受告知組之受試者會在實際或以問卷情況被詢問是否願意交出手機以供查看的同時，被研究人員告知「有權利拒絕交出手機且不會對後續參與及研究報酬造成影響」，在實驗最後體驗者及觀察者也與查看手機實驗 I 中一樣，會回報他們對於被詢問或假設被詢問是否交出手機之問題時的心理自由程度。

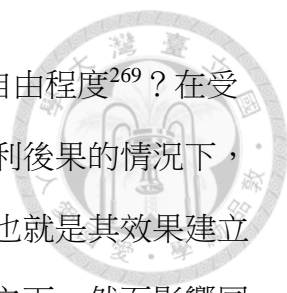
實驗結果顯示，於未受告知的情況下，有 90.4% 的體驗者都同意交出手機，而僅有 12.2% 的預測者認為他們自己被詢問的話會同意交出手機。而於受告知拒絕權利的情況下，則有 83% 體驗者同意交出，有 30.4% 的預測者認為自己被詢問的話會同意交出手機。而在心理自由程度上，未受告知的體驗者之心理自由程度為 3.6，觀察者之心理自由程度則是 4.3，顯示觀察者認為拒絕交出手機更為輕鬆，而在受告知的情形下，體驗者之心理自由程度為 3.8，觀察者則為 4.7。

表二：查看手機實驗 II 中受試者同意交出手機之比例及心理自由程度<sup>268</sup>

	未受告知	受告知
體驗者	90.4% (3.6)	83.0% (3.8)
觀察者	12.2% (4.3)	30.4% (4.7)

<sup>267</sup> Sommers & Bohns, *supra* note 223, at 1989-2000.

<sup>268</sup> 本表改製自 Sommers & Bohns, *supra* note 223, at 1994 Figure 4, 1998 Figure 8.



為何告知得以拒絕交出手機並未顯著地提升受試者的心理自由程度<sup>269</sup>？在受告知的受試者確實相信告知內容，也就是拒絕不會對其帶來不利後果的情況下，作者推論是因為告知義務只能用來彌補資訊落差帶來的影響，也就是其效果建立於相對人同意只是因為並不知悉其擁有得以拒絕之權利的前提之下，然而影響同意決定作出的其他更多因素是社會性的，例如人民與請求同意者間的權力落差、避免衝突維持和諧關係的心理因素，在受試者受到告知的情況下都依然存在<sup>270</sup>，沒有理由認為執行人員告知拒絕同意之權利可以顯著降低同意搜索情境中的強制性<sup>271</sup>。

## 第二目 踐行告知後的紐澤西州法院見解

如本文前述，美國紐澤西州從 1975 年即已開始實施同意搜索前之告知義務以及以書面方式取得同意的做法，然而經過 30 年後，於 *State v. Carty* 案中，紐澤西州最高法院發現仍有約 95% 的駕駛人會在交通攔停中同意對於汽車之搜索，法院在判決中認為「使用 *Johnson* 案標準的同意，也就是進行權利告知後取得的知情同意，於交通攔停後所實施的同意搜索仍不具自願性，因為人們可能由於各種原因而被迫同意，或是因為與獲取及執行同意搜索而發生的拘留而並不理性」，由於此種考量，本案法院將同意搜索限縮適用於具有「能明確表達且合理之懷疑」（reasonable and articulable suspicion）的案件<sup>272</sup>。

## 第四節 小結

於強制處分同意之自願性問題上，透過對於同意搜索之社會心理學研究可以得知，執行人員對於搜索的請求容易於權力落差下被解讀為帶有強制性之要求，

---

<sup>269</sup> *Id.* at 1998-1999.

<sup>270</sup> *Id.* at 2015.

<sup>271</sup> Nadler, *supra* note 216, at 42-44.

<sup>272</sup> Sommers & Bohns, *supra* note 223, at 2016-2017.



而壓縮受搜索人拒絕同意之自由決定空間。此外，避免造成衝突關係的心理需求以及缺乏思考時間下傾向作出與社會角色一致的回應，都是可能導致高同意比例的原因。

而另一個同意自願性於個案上的判斷問題則係環境等外在因素對於作成同意決定之影響容易為法院所低估，加上我國法上對於同意搜索過程並無應錄音錄影之規定，造成警察徵詢同意之方式此一綜合判斷法之審酌因素不易為法院納入自願性判斷因素當中，而容易以被告有前科、應訊經驗等因素而肯定同意之自願性。

另外，因本文主張同意作為個人基本權之捨棄及行使，其有效性應以當事人明知得以拒絕同意，亦即擁有不同選擇之權利為前提，而此一前提於國家與人民間存在對於法律知識的資訊落差下，應透過執行人員踐行告知義務之方式加以確保。惟踐行告知義務僅能確保資訊落差之彌補，無法完全保障同意之自願性，因此本文認為踐行告知義務僅能作為判斷同意有效性之第一步，後續尚應透過綜合判斷法審酌其他因素對自願性所造成之影響。

## 第五章 經同意處分之合法性控制

透過本文前述關於強制處分同意之討論基礎，以下將對得到受處分人同意之強制處分，雖然不須有事前之司法審查作為其合法發動要件，然而是否仍應符合其他強制處分之合法化事由，以及於事前取得同意之過程以至於事後之權利救濟程序上，應如何規範方符合憲法保障各該基本權之意旨，提出本文之見解。

首先必須說明的是，本文認為經同意之處分仍應符合刑事訴訟法上對於該處分類型原有之執行規範，例如實施同意搜索時，仍應符合刑事訴訟法第 123 條搜索婦女身體之限制、第 124 條應注意受搜索人之名譽、第 125 條未發現應扣押物時證明書之賦予、第 148 條應命住居人在場之規定等，此點亦為實務見解所肯認<sup>273</sup>。而於身體檢查處分，雖我國並無如德國法上同性檢查原則之明文，然而從前述第 123 條搜索婦女身體之規定應亦可推導出此一限制，蓋既就搜索身體均須由同性為之，則遑論私密性更高之身體檢查處分<sup>274</sup>，從德國刑事訴訟法上訂有同意不得解除此一限制，亦可證明於同意處分之情形，此類涉及強制處分執行上原本存有之執行上規範，並不因同意而得以解除。

### 第一節 法律保留原則

得到受處分人同意之刑事訴訟上基本權干預是否仍應符合法律保留原則，換言之，若無法律明文規定得以透過同意發動此一干預處分，則該處分之實施是否合法，此為本節所欲處理之問題。為此本文將先介紹憲法及刑事訴訟法領域上對於法律保留原則之適用範圍的討論，再具體分析得到同意之處分有無此一原則之適用。

<sup>273</sup> 最高法院 108 年度台上字第 839 號刑事判決：「實施同意搜索時……應遵守刑事訴訟法其他關於搜索之規定」；相同見解可參：林宗陽，前揭註 54，頁 63。

<sup>274</sup> 認為我國司法警察之確認及採樣處分上無同性原則之限制應屬法律漏洞，須透過類推適用之方式加以解決者，可參林鈺雄，前揭註 3，頁 488。



## 第一項 理論基礎及適用範圍

### 第一款 公法上之討論

法律保留原則之意義為行政機關在特定領域內，若無立法機關所制定之法律授權，即不能合法作成行政行為<sup>275</sup>，其憲法上之理論依據傳統上被認為來自於「民主原則」及「法治國原則」<sup>276</sup>。從民主原則的觀點來說，對於人民權利具有重要性的決定不應由行政權，而應由具有直接民主正當性且議事程序具有公開、直接等特殊性的國會來作成，而從法治國原則方面以觀，由於法律具有預先性、一般性，可避免人民權利遭受行政權難以預期的侵犯<sup>277</sup>，但亦逐漸有學者改為單獨以國會議事程序之特殊性此一功能結構上的正當性來作為法律保留之憲法理論基礎<sup>278</sup>。

對於法律保留原則適用範圍內的事項，必須由立法者以法律加以規範，但不代表對於該範圍以外之事項，立法者不得以透過法律加以介入，立法者仍得以選擇性地立法，僅有少數「行政保留」領域為立法者不得加以干涉者<sup>279</sup>。

而法律保留原則適用之範圍，因其最初係為避免國家任意侵害人民之自由與財產而生，故傳統見解認為僅限於對於自由及財產干預之保留，於此範圍外行政機關之措施不須有法律之明文依據，享有相當程度之自由。與此相對的則是所謂全部保留理論，認為不論干預或給付行政，只要與基本權相關之事項，均應有法律保留之適用<sup>280</sup>。然全部保留理論有其理論上之疑義<sup>281</sup>，其後德國聯邦憲法法院

<sup>275</sup> 吳庚（2015），《行政法之理論與實用》，增訂 13 版，頁 86，三民。

<sup>276</sup> 法治斌、董保城，前揭註 12，頁 60。

<sup>277</sup> 許宗力（2006），〈論法律保留原則〉，氏著，《法與國家權力（一）》，頁 131-138，元照。然學者於文中亦指出法治國原則作為法律保留原則之理論基礎近年來受到許多質疑，因行政權訂定之行政命令其實也具備一般性、公開性及預先性的特徵，同樣可達到法治國原則下人權保障之要求。

<sup>278</sup> 許宗力，前揭註，頁 141-143。

<sup>279</sup> 許宗力，前揭註，頁 119 註 2。

<sup>280</sup> 吳庚，前揭註 275，頁 86。

<sup>281</sup> 許宗力，前揭註 277，頁 163-166。



於若干判決中提出「重要性理論」之見解，認為如該事項對於共同生活具有特別的重要性，尤其是對於基本權實現或行使的重要性者，則應由立法者自行決定<sup>282</sup>。

以上三說中，干預保留說主張給付行政不適用法律保留<sup>283</sup>，於國家對人民是否給予給付對其而言亦可能具有與是否干預其基本權同等重要性之今日已顯然不合時宜，而全部保留說認為立法權為唯一具有民主正當性之國家權力，忽略行政權亦具有間接的民主正當性，亦不值得採取，故對於何種事項應採取法律保留，本文認為仍應採取重要性理論之見解。

惟如同學說上所質疑的，「重要性」之判斷標準必須盡可能明確，否則可能與全部保留說之適用結論無異，而關於具體化何種事項對於基本權實現有重要性之標準，學者認為相當程度受到不同基本權理論之影響。例如自由的基本權理論注重基本權的防禦功能，則勢必僅有對基本權利之「干預」方具有實現基本權利關聯上的重要性，若採取制度的基本權理論，認為基本權之特質主要是形成保護基本權利之客觀秩序，則規範各該受基本權保護的生活領域之規定本身，特別是新聞自由、大學自治等制度保障，不論其為干預、給付或二者皆非之中性性質，均對於基本權實現有重要性，而組織及程序保障之基本權理論則認為確保基本權實現的組織及程序規定也對基本權實現具有重要性，至於應該採取何種基本權理論，則應該視個案所涉及不同基本權利在憲法體系中的特殊意義交互適用之<sup>284</sup>。

## 第二款 刑訴法上之討論


而在刑事訴訟領域中，關於未干預基本權之偵查行為有無法律保留原則之適用此一問題上，有論者採取「偵查自由形成原則」之見解，認為偵查措施若未干預人民之基本權，即未必皆須要求具有法律依據始能為之<sup>285</sup>。另有見解認為，刑

<sup>282</sup> 吳庚，前揭註 275，頁 88-89。

<sup>283</sup> 許宗力，前揭註 277，頁 171-172。

<sup>284</sup> 許宗力，前揭註 277，頁 187-189。

<sup>285</sup> 何賴傑（2000），〈刑訴第二二八條第三項檢察官之暫時逮捕權〉，《台灣本土法學雜誌》，9 期，頁 123。



事訴訟法第 1 條第 1 項之刑事程序法定原則之內涵，因刑事訴訟法之規範對象主要是刑事司法機關，不若刑法具有確保人民對刑罰可預見性之需求，故並無如同刑法一般適用罪刑法定原則之必要，僅在採取之措施干預基本權時，方須適用公法上之法律保留原則，若沒有干預基本權的性質，或是反而提升對基本權之保護程度，明確的個別法律授權即非必要條件<sup>286</sup>。司法警察於實施欠缺干預基本權性質之偵查措施，例如取得犯罪嫌疑人周遭親友的自願供述、蒐集犯罪現場遺留跡證時，得以刑訴法第 230、231 條第 2 項之任務分配規定為法律依據即可<sup>287</sup>。至於肯定未干預基本權之偵查行為仍應適用法律保留原則之見解則認為，偵查自由形成原則之內涵及適用範圍並不明確，故而應避免使用，且不排除立法者針對任意偵查手段明定其要件及程序<sup>288</sup>。

偵查自由形成原則之內涵究竟為何，文獻上有認為因相較於審判程序，偵查程序因為需要從無到有、從不特定到特定的發現犯罪嫌疑人及保全、蒐集證據，需要較為靈活而有效率的運作，因此在偵查措施之使用上，檢察官在偵查措施的實施對象、順序、種類上具有自由裁量的空間，亦包括決定是否向法院聲請發動干預人民基本權利之強制處分之權利，只是強制處分之發動須有獨立授權基礎，無法求諸於一般偵查條款作為授權依據<sup>289</sup>。就此而言，偵查自由形成原則並無肯定說批評之內涵不明確的問題，然而以偵查自由形成原則之概念，確實無法導出未干預基本權之偵查措施即無須法律依據之結論。至於肯定說之另一項說理，即不排除立法者對未干預人民基本權之偵查手段訂定其要件及程序，並無法推論出此類偵查手段均須法律依據方得為之的結論，因為如本文前述，法律保留原則適用範圍以外之事項，立法者亦得選擇性對其透過立法加以規範。

<sup>286</sup> 薛智仁（2018），〈刑事程序法定原則〉，《月旦刑事法評論》，11 期，頁 22-25。

<sup>287</sup> 薛智仁（2014），〈司法警察之偵查概括條款：評最高法院一〇二年度台上字第三五二二號判決〉，《月旦法學雜誌》，第 235 期，頁 253。

<sup>288</sup> 陳運財（2014），〈偵查法體系的基礎理論〉，《月旦法學雜誌》，229 期，頁 10。

<sup>289</sup> 吳梓榕（2008），〈一般偵查措施的合憲控制：從偵查程序之自由形成原則出發〉，頁 8-9，國立政治大學法律學系碩士論文。



### 第三款 小結

本文認為對於何種事項應有法律保留原則之適用應採取重要性理論之判斷標準，但對於何種事項係對於基本權實現具有重要性，於刑事追訴領域上因較少涉及與制度的基本權理論或組織與程序保障的基本權理論相關之制度保障及組織設計的問題，若仍係採取自由的基本權理論，則仍僅有干預基本權者方為對於基本權實現具有重要性之事項，因此採取重要性理論或干預保留原則，對於本文所討論的問題之結論似乎並無實際適用上的不同，就是需要法律作為行為授權基礎者仍以干預基本權之國家行為為限<sup>290</sup>。

而此一結論於刑事訴訟領域上亦較為妥適，因為偵查措施有因應犯罪行為因科技日新月異而與時俱進之必要，若要求任何未干預基本權之偵查措施也必須有法律獨立個別授權方得為之，將使任何偵查活動均只能仰賴立法者立法後方得合法實施，不利於有效之犯罪追訴，因此應肯認未干預基本權之偵查行為無須獨立之授權依據偵查機關亦得為之，或得以刑事訴訟法上之任務分配規定作為概括之法律根據。

## 第二項 經同意之處分是否適用法律保留原則

經過以上的討論，接著所要處理的就是得到受處分人同意之國家行為是否應有法律保留原則之適用的問題。此外，因我國法上目前同意採尿及任意同行之實施即無相關法律之明文，故亦將於本項最後對這兩種處分之合法性提出本文之見解。

### 第一款 不適用說

---

<sup>290</sup> 與本文推論過程不同但結論大致相同者：林鈺雄，前揭註 10，頁 208。



## 第一目 干預保留之觀點

有部分學說從法律保留原則最初所要求的干預保留出發，於古典的干預概念下，干預概念之核心要素即為強制性之存在，也就是對基本權主體意志的壓制，但在基本權利主體自主同意國家機關的行為之情況下，欠缺對其意志的壓制，因此不存在古典干預概念下的基本權干預<sup>291</sup>。亦有學者並未特別區分古典或現代干預概念，但認為得同意之處分會使原屬於對受處分人基本權之干預行為喪失干預性質，因此何種本來屬於基本權干預之行為可以經由受處分人之同意為之，並不需要立法者透過法律加以授權<sup>292</sup>。

## 第二目 擴張的法律保留之觀點

然承上所述，法律保留原則之適用範圍經過發展，除對於干預基本權措施須有法律明訂方得為之的干預保留理論亦出現其他不同見解。若採取全部保留理論，或許就會得出得受處分人同意之國家行為也必須受到法律保留原則之限制的結論，但亦如本文前述，全部保留原則有忽視行政機關具有間接民主正當性、無法應對複雜又迅速變遷之事務的問題。

而若適用與基本權實現具有重要性之事務即須由立法者加以規定的重要性理論，欲回答得同意之處分應否受到法律保留原則限制的問題，則須從此種理論擴張法律保留原則適用範圍之目的來看。而重要性理論是德國聯邦憲法法院一開始為了使立法權能夠涵蓋教育行政事務而提出，後來擴及至其他給付行政領域之理論，目的在於確保立法機關在基本權利政策的行政管理中發揮主導作用。但在當事人同意國家行為的情況下，加入了人民作為行政與立法外之第三方，因此決定性的問題在於，來自國家的高權干預是否可以單獨基於基本權利主體的意願表達

<sup>291</sup> Pietzcker, (Fn. 90), 534; Amelung, (Fn. 60), S.65 ff.

<sup>292</sup> 薛智仁，前揭註 134，頁 1501。

而被允許，或僅能基於來自立法者所制定的法律而取得授權基礎<sup>293</sup>？文獻上有認為此一問題並非重要性理論一開始所要處理的，也導致如果想從重要性理論上推導出法律保留原則對於得同意之處分的適用，將會陷入概念上的錯誤<sup>294</sup>。

## 第二款 適用說

採取肯定法律保留原則於得同意之處分上仍有適用之見解者，認為因國家權利來自於全體人民而非個別人民，個人同意之意思無法取代透過代議制度而象徵全體人民一般性同意的法律，國家干預行為仍應透過法律加以授權方得為之<sup>295</sup>。

## 第三款 本文見解

針對上述適用說之見解，本文認為個人同意國家之處分行為仍僅有個案之效力，而無法律所具備之一般性效力，因此並無所謂取代法律對於國家干預行為授權之問題，且此一見解係建立於國家行為仍具有干預性質之前提下，若承認同意對於國家行為干預性質將產生轉變，亦將影響其認為應適用法律保留原則之前提。

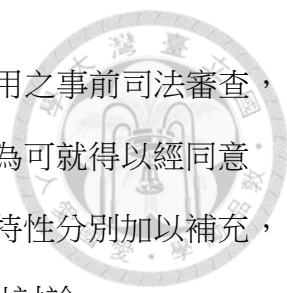
而若依本文前述見解認為得到同意之處分不構成基本權之干預，於刑事訴訟領域上採取重要性理論之結論仍為此類處分不須有法律作為授權依據即可為之，然而本文認為基於此類處分與基本權干預間往往僅有一線之隔，均取決於取得之同意是否符合有效基本權捨棄之要件，而其中又以同意之知情及自願性要件最具重要性及爭議性，實務上不容易由行政或司法機關自行發展出穩定之見解，且需要來自行政以外之監督機制，故較為妥適的作法應該是由立法者加以明訂得以確保知情及自願性要件之處分實施程序，國家機關未依循該程序所取得之同意即非適法<sup>296</sup>，透過該處分所獲得之證據即可能被禁止於審判中加以使用，以避免實務

<sup>293</sup> Stern, (Fn. 61), S. 919

<sup>294</sup> Amelung, (Fn. 60), S. 68.

<sup>295</sup> Vgl. K. R. Wilde, Der Verzicht privater auf subjektive öffentliche Rechte, Diss Hamburg 1966, S. 93. 轉引自高煒輝，前揭註 102，頁 134。

<sup>296</sup> 同樣主張得同意之處分應以法定程序加以控制之見解：林鈺雄，前揭註 3，頁 333。



操作上過於浮濫之得同意處分，架空原本對於強制處分所應適用之事前司法審查，造成對於人民基本權之侵害。至於具體上應如何規定，本文認為可就得以經同意發動之處分實施程序訂定相關之共通性規定，再根據各處分之特性分別加以補充，以下先對我國實務上各種得同意處分之授權依據的相關問題加以討論。

就同意搜索而言，我國刑事訴訟法雖然於第 131 條之 1 訂有同意搜索實施程序之相關規定，然而僅謂受搜索人出於自願性者得不用搜索票，並要求執行人員應出示證件，將同意意旨記載於筆錄，對於受搜索人得拒絕同意及撤回同意之權利則未要求執行機關踐行告知義務，無法確保同意須為當事人知情決定之要件，亦導致實務上對於是否踐行告知義務之見解不一。

至於同意扣押，我國刑事訴訟法第 133 條之 1 第 2 項亦有明文規定該處分之實施程序，雖然不同於同意搜索而有關於拒絕同意權利之告知義務要求，但就確保同意作為扣押標的權利人之自願性決定上仍有不足，故本文認為不論同意搜索及扣押之實施程序規定均有加以修正之必要，至於具體之修法建議則留待後述<sup>297</sup>。

而於同意採尿上，我國多數實務判決認為可以類推適用同意搜索或同意扣押之規定作為同意採尿無須符合令狀原則或檢察官書面許可之依據，雖然同意採尿於本文見解下因並非基本權干預行為，因此本即無須符合法律保留原則及令狀原則，無須透過類推適用之方式取得依據，但本文與實務見解於同意採尿為一合法調查方式之結論上則並無不同。

最後關於任意同行之情形，因自由意思決定同行及同行中得自由決定是否離去皆屬於人身自由之行使，故司法警察實施任意同行之調查行為並未干預犯罪嫌疑人之人身自由，無須法律特別加以授權亦得為之。就此我國實務上認為任意同行為合法調查方式之見解<sup>298</sup>就結論上來說並無疑義，惟於理由上，其認為通知屬強制處分，但因第 71 條之 1 第 1 項條文係規定「得」使用通知書，而非「應」使用通知書，似乎認為司法警察因此對通知之形式有裁量權，則依其見解未使用通

---

<sup>297</sup> 見本章第四節。

<sup>298</sup> 見本文第二章第二節第四項。

知書本身並非違法，然該判決又認為任意同行係受通知人捨棄排除「違法」強制處分之權利，前後已有矛盾。

依本文前述見解，通知並非干預人身自由之強制處分，但第 71 條之 1 第 1 項規定司法警察或司法警察官「得」使用通知書通知犯罪嫌疑人到場詢問，其意義應非司法警察或司法警察官對通知之形式具有裁量權限，而僅是授權規定之用語，司法警察或司法警察官必須以符合第 71 條之 1 第 2 項規定之書面通知犯罪嫌疑人，並於其無正當理由不到場時，方得報請檢察官核發拘票，若係以不符合第 71 條之 1 第 2 項條文規定之其他形式請求犯罪嫌疑人到場詢問，亦即任意同行之情形，犯罪嫌疑人拒絕到場時，司法警察不得報請檢察官核發拘票。

## 第二節 比例原則

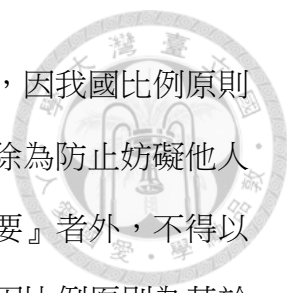
基本權之干預行為應符合比例原則方具有憲法上之正當性，然而得同意之處分依據本文之見解喪失基本權干預之性質，因此本節所要討論之問題為得受處分人同意而不具有基本權干預性質之國家行為，是否仍應有比例原則之適用。

### 第一項 理論基礎及適用範圍

比例原則之內涵係指對人民基本權的限制，只有在維護公益所不得欠缺之前提下方具有正當性，係由法治國原則中所引導出來之原則，其中又包含三項次原則，即適合性原則、必要性原則及狹義比例原則，適合性原則係指行為應適合於目的之達成，必要性原則係指行為須為達成目的所採影響最輕微之手段，狹義比例原則係指限制基本權手段之強度，不應超過達成目的所需之範圍<sup>299</sup>。比例原則適用於所有干預人民基本權之國家行為，自然包括刑事訴訟上的強制處分，且因其拘束包含行政、立法及司法在內之所有國家機關，於強制處分之立法行為及司法層次之決定、執行行為上均有適用<sup>300</sup>。

<sup>299</sup> 吳庚、陳淳文，前揭註 100，頁 150。

<sup>300</sup> 林鈺雄，前揭註 3，頁 324。



而關於比例原則於未干預基本權之國家行為是否有其適用，因我國比例原則之憲法明文依據為憲法第二十三條規定：「人民之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所『必要』者外，不得以法律『限制』之」，故似於限制基本權之行為方有適用。然而因比例原則為基於憲法上法治國原則而對國家機關行為所為之限制，既然法治國原則為國家整體法秩序所應遵守之憲法基本原則，則在未干預人民基本權利之偵查行為，學說多認為仍有比例原則適用之空間<sup>301</sup>。

## 第二項 經同意之處分是否適用比例原則

於討論基本權捨棄時，學說上亦有見解認為比例原則為法治國原則之一部分，也是國家用來貫徹公共利益的方式，縱使存在基本權利主體捨棄之意思，國家行為仍應受到比例原則之限制<sup>302</sup>。本文認為於強制處分之同意情形，至少於司法層次之執行行為上，仍應肯認具有比例原則之適用，例如於同意搜索上，雖有學者認為同意搜索之執行層次完全受制於受搜索人之同意，無論執行之範圍、手段或期間均取決於受搜索人之意思<sup>303</sup>，但於個案中受搜索人未明確表示其意思或意思不明時，仍應適用比例原則作為執行行為合法性之判斷標準。

詳言之，於比例原則之第一階段，也就是適合性的審查上，不應允許國家機關因為取得人民之同意，可以實施一個無法有助於其所欲達成之搜索目的之行為，而第二階段之必要性審查上，仍應以達成目的所採對相對人影響最小之手段為限，至於第三階段之狹義比例原則上，亦應注意執行之手段造成之影響不得超過所欲達成之目的，關於比例原則於同意搜索上之適用，亦有實務採取相同之見解<sup>304</sup>。

---

<sup>301</sup> 何賴傑，前揭註 285，頁 124；陳運財，前揭註 288，頁 10。

<sup>302</sup> Bleckmann, (Fn. 98), S. 62.

<sup>303</sup> 林鈺雄，前揭註 116，§131-1 邊碼 3-4。

<sup>304</sup> 最高法院 108 台上字第 839 號刑事判決：「為避免偵查機關之濫用，於其實施同意搜索時，仍不得逾越必要之範圍。」





### 第三節 心證門檻

若經由受處分人同意而不具有基本權干預性質之處分，並不具備原本依法律規定該類強制處分所應具備之心證門檻（或稱為合理根據<sup>305</sup>）之實體要件，則該處分是否仍為合法，例如於對被告以外之第三人實施同意搜索之情形，是否仍須具備相當理由方得發動？欲回答此一問題，須先釐清心證門檻之理論基礎及內涵為何。

#### 第一項 理論基礎及內涵

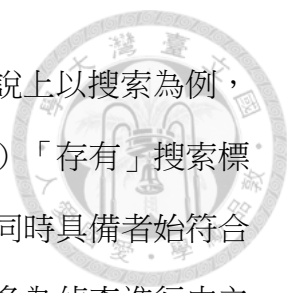
我國刑事訴訟法第 122 條規定：「對於被告或犯罪嫌疑人……，『必要時』得搜索之。」，「對於第三人……，以有『相當理由』可信為被告或犯罪嫌疑人或應扣押之物或電磁紀錄存在時為限，得搜索之。」，第 205 條之 2 規定：「檢察事務官、司法警察官或司法警察因調查犯罪情形及蒐集證據之『必要』……得違反犯罪嫌疑人或被告之意思，採取其指紋、掌紋、腳印，予以照相、測量身高或類似之行為；『有相當理由』認為採取毛髮、唾液、尿液、聲調或吐氣得作為犯罪之證據時，並得採取之。」，以上條文規定中的「必要」、「相當理由」即為強制處分之心證門檻的要求<sup>306</sup>。其中「相當理由」之心證門檻，學者參考美國聯邦最高法院判決之見解<sup>307</sup>，認為其意義一方面是保障人民免受政府不合理的隱私侵擾，設定得對人民為強制處分的最低標準，另一方面亦為法律對政府在執法過程中可發生錯誤的容忍程度，因為偵查人員在犯罪現場所遭遇者，常為臨時、偶發、混亂的狀況，不可能每次皆做出正確的判斷，故對於其行為僅要求須具有「相當理由」，而無須到達與有罪判決相當的「無合理懷疑」之心證門檻<sup>308</sup>。

<sup>305</sup> 林鈺雄，前揭註 3，頁 434；林鈺雄，前揭註 116，§122 邊碼 16。

<sup>306</sup> 刑事訴訟法第 93 條之 2、第 101 條、第 135 條、第 215 條等亦有類似規定。

<sup>307</sup> *Brinegar v. United States*, 338 U.S. 160, 176 (1949).

<sup>308</sup> 王兆鵬、張明偉、李榮耕，前揭註 29，頁 161-165。



而此一心證門檻之具體內涵究竟係針對何種事項而言？學說上以搜索為例，認為可以細分為：（一）「存在」犯罪嫌疑之合理根據；（二）「存有」搜索標的之合理根據；（三）「存於」搜索範圍之合理根據。三者均同時具備者始符合搜索發動之心證門檻，方能發動搜索<sup>309</sup>，其中（一）因搜索大多為偵查進行中之措施，且干預程度低於人身自由拘束，僅須要求相當或略高於開始偵查之門檻（即刑事訴訟法第 228 條之「知有犯罪嫌疑」）。（二）之意義係為何認為存有搜索標的，即應受拘捕之人或應扣押之物。（三）則是為何認為應受拘捕之人或應扣押之物存於搜索範圍，即被告或第三人之身體、物件、電磁紀錄或住宅當中，此即第 122 條第 1 項、第 2 項之「必要時」、「相當理由」心證門檻之內涵<sup>310</sup>，而針對被告及第三人適用不同門檻，係因對第三人發動搜索，比對被告發動搜索更須有合理根據認為搜索標的存在於其身體、物件、電磁紀錄或住宅中，是以對第三人之合理根據應更難跨越<sup>311</sup>，另外也是因為被告為刑罰權對象，較第三人而言就強制處分更具有忍受義務<sup>312</sup>。

## 第二項 經同意之處分是否應以心證門檻為發動要件

上述之心證門檻，於得同意之處分上有無適用？於我國實務上，多數最高法院判決見解認為自願性同意搜索無須「相當理由」亦可為之<sup>313</sup>，學說上亦有認為同意搜索之同意本身即構成發動搜索之合理根據，無庸適用第 122 條關於搜索門檻之一般規定，縱使無相當理由，若被告或第三人同意警方發動搜索者，亦屬合法之同意搜索<sup>314</sup>。相對地，有論者認為同意搜索作為令狀原則之例外，仍應以具備相當理由為必要，避免其發動毫無要件上之限制，使國家機關得以輕易規避令

<sup>309</sup> 林鈺雄，前揭註 116，§122 邊碼 21。

<sup>310</sup> 林鈺雄，前揭註 116，§122 邊碼 22-35。

<sup>311</sup> 林鈺雄，前揭註 116，§122 邊碼 18。

<sup>312</sup> 林鈺雄，前揭註 3，頁 318、424。

<sup>313</sup> 最高法院 100 年度台上字第 376 號刑事判決、最高法院 100 年度台上字第 1731 號刑事判決、最高法院 100 年度台上字第 4580 號刑事判決、最高法院 106 年度台上字第 258 號刑事判決等參照。

<sup>314</sup> 林鈺雄，前揭註 116，§122 邊碼 5、§131-1 邊碼 31。

狀原則對人民基本權之保障<sup>315</sup>；亦有從避免濫用同意搜索之角度，認為從釋字第 535 號解釋中釋憲者對於警察發動人或場所之臨檢亦要求須具備相當程度之心證門檻觀之，同意搜索理當亦應有門檻之限制，而其標準應比照一般搜索，以第 122 條之「必要時」及「相當理由」分別作為對被告及第三人發動之要件<sup>316</sup>。

上述肯定同意搜索需要相當理由之見解，係以同意搜索為令狀原則之例外為前提，然而在本文見解之下，同意搜索並非隱私權干預行為，因此與緊急搜索等無令狀搜索之情形不同，並非僅為令狀原則之例外。而釋字第 535 號解釋對臨檢要求相當程度心證門檻方得以實施之理由，亦係因臨檢不論對人或物實施，均屬對人民之基本權干預<sup>317</sup>，故於本文見解下亦無法作為同意搜索需要心證門檻限制之原因。

相對而言，上述認為同意搜索無須相當理由之學說、實務見解，雖於本文所採取同意為基本權捨棄或行使因而不構成干預之理由來看理論一貫，然而如同前述美國紐澤西州之經驗，於告知得以拒絕之權利仍無法確保受搜索人自願性之問題下，以一定之心證門檻作為限縮同意搜索使用範圍之方式應有其正當性。至於應要求何種程度之心證門檻方為適當？本文認為於犯罪嫌疑及存在搜索標的之層次上皆應比照一般之搜索，於具備一定之合理根據時方得發動。而於「存於搜索範圍」此一層次上，則可以參考前述紐澤西州法院提出之標準，以「合理懷疑」搜索標的存於搜索範圍作為被告及第三人同意搜索之心證門檻<sup>318</sup>，之所以認為對被告、第三人之同意搜索不須有門檻高低之分，係因同意搜索不具基本權干預性質，無須審酌對象是否具有忍受義務，要求心證門檻僅係為避免同意搜索之濫用而已。

<sup>315</sup> 黃翰義（2014），〈同意搜索與相當理由：評最高法院一〇〇年度台上字一七三一號刑事判決〉，《月旦裁判時報》，26 期，頁 141。

<sup>316</sup> 林宗陽，前揭註 54，頁 60。

<sup>317</sup> 司法院釋字第 535 號解釋文：「臨檢實施之手段：檢查、路檢、取締或盤查等不問其名稱為何，均屬對人或物之查驗、干預，影響人民行動自由、財產權及隱私權等甚鉅，應恪遵法治國家警察執勤之原則。」

<sup>318</sup> 另外亦有學者提出類似見解，以「合理需求及懷疑」作為同意搜索之發動門檻。Daniel L. Rotenberg, *supra* note 153, at 192.



## 第四節 經同意處分之證據規則


最後一個得同意之處分所應符合之正當化事由，即為得以確保同意符合基本權捨棄或行使要件之處分實施程序規範，故本節以我國刑事訴訟上存在之得同意處分為對象，提出本文認為宜以立法層次加以明訂之取證程序規範，以及違反此一取證規範所產生之證據使用禁止效果。

### 第一項 證據取得禁止

#### 第一款 完整權利及資訊告知

雖然告知受處分人得以拒絕同意無法確保人民與執行機關間的權力落差得以被除去，但就消除雙方之資訊落差上仍有其作用，因此於取得同意前應要求司法警察告知得以拒絕同意。另外於同意搜索及任意同行之情形，尚應告知於處分中得以隨時撤回同意，於任意同行即為得以隨時自由離去，使受處分人知悉其擁有限制捨棄基本權範圍之權利，避免受處分人於不知情的情況下忍受其內心已經不欲為之的處分，我國實務上最高法院 108 年度台上字第 839 號刑事判決亦認為應告知受搜索人得以撤回同意之權利，此一見解值得肯認。

此外，使得國家與人民間的權力落差無法輕易被拒絕權利之告知消除的另一個原因，即在於當事人認為拒絕可能產生不利後果，因此雖然其知悉擁有拒絕之權利，卻因為擔心拒絕產生之後果而無法自由行使。因此，本文認為告知義務之內容尚應涵蓋此一拒絕不得作為訴訟上不利證據之說明，且不以德國聯邦個人資料保護法中規定之個案中有必要或應當事人要求時為告知之前提。最後，處分之目的亦將影響受處分人同意與否之決定，故於取得同意時亦應告知此一處分之目的係在於追訴何人之何種犯罪，搜索之情形應告知係為發現應受拘捕之人或何種應扣押之物，其特定程度應符合合理明確性，不得僅為概括之告知。



綜上所述，本文認為完整之權利告知內容應包括拒絕同意之權利以及同意搜索及任意同行時之撤回同意權，而資訊之告知應涵蓋拒絕不得作為不利證據之告知以及處分目的之告知，如此方可使人民於完整之決策資訊下，進行是否同意之判斷，所為之決定方符合知情之特性而為有效之同意，因此如於個案中欠缺此一完整權利及資訊告知，受處分人所為之同意則應被推定為無效之同意，除非個案中得以證明受處分人知悉其權利及應受告知之資訊，例如有辯護人在場等情形方得予以推翻。

## 第二款 告知及同意意思應以書面形式作成

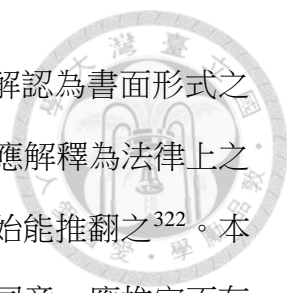
我國法上關於同意搜索、扣押之程序有應將同意之意旨記載於筆錄之規定，而實務見解認為應由受搜索人簽名或出具書面表明同意之旨<sup>319</sup>，學說上則有認為以書面為同意之表示之目的不僅在於避免事後訴訟中之爭執，亦有使當事人得以更慎重考慮，避免於突然遭遇同意搜索之請求且欠缺與司法警察互動之經驗下輕率作成同意之效果<sup>320</sup>。本文認為應要求書面要式同意之理由，主要在於得以透過記載同意時間並有當事人簽名之書面，確定同意係於處分前即已作成，並非於處分後方補行同意。

另外，因本文主張司法警察應告知之權利及資訊內容較為繁雜，以書面告知並確保其以清楚易懂之文字呈現，有助於受處分人理解其內容，不會因執法人員疏於告知或告知不完整而產生有瑕疵之同意，因此不論司法警察所為權利告知或是受處分人同意意思之作成，均應載明於書面。此外，雖為技術性事項而不須以法律層級加以規定，然關於同意搜索之範圍亦應表列身體、物件、電磁紀錄及住宅之選項於同意之書面上，並由受搜索人自行填載其同意之範圍。

---

<sup>319</sup> 最高法院 99 年度台上字第 4117 號刑事判決、最高法院 100 年度台上字第 4580 號刑事判決、最高法院 108 年度台上字第 839 號刑事判決等參照。

<sup>320</sup> 薛智仁，前揭註 254，頁 6。



而書面同意對於處分之意義為何，學說及部分實務判決見解認為書面形式之同意為同意搜索之生效要件<sup>321</sup>，亦有認為同意旨記載於筆錄應解釋為法律上之「推定」，未履行者推定為「未經同意」之搜索，必須以反證始能推翻之<sup>322</sup>。本文認為，若欠缺此一載有上述完整權利及資訊告知內容之書面同意，應推定不存在有效之同意，除非有其他方式足以確保當事人已於事前同意處分之進行以及執行機關已踐行告知義務，例如透過本文後述之錄影畫面加以證明。

### 第三款 拒絕後不得重複發問

若僅有形式上之權利告知，然執法人員於相對人拒絕為同意後仍可重複不斷為取得同意之行為，將可能使相對人懷疑自身拒絕之意思能否被貫徹，最後如因此取得同意，其自願性存否令人懷疑。因此於取得同意之程序上，應規定於相對人拒絕後執法人員不得為重複發問或說服行為，並將此一因素納入綜合審酌自願性之衡量因素中，若違反此一規定情節重大者，即使執行人員已盡上述之權利及資訊告知義務，仍應認為受處分人之同意欠缺自願性。

### 第四款 搜索住宅及電磁紀錄應全程錄影

我國現行法上僅對於被告之警詢及偵訊有應全程錄音、錄影之規範，且係規定應全程錄音，「必要時」並應全程錄影，而並未規範其他筆錄之記載需要以錄音、錄影之形式為必要。實務上過往亦認為於同意搜索之場合，實施過程有無錄音、錄影，對於取得證據之證據能力不生影響<sup>323</sup>。

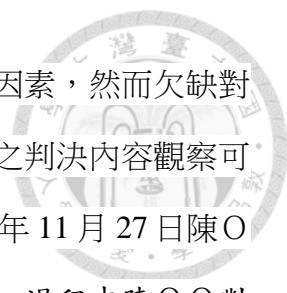
惟如本文前述，除了實務對於同意搜索自願性審酌要素之一的「徵求同意之方式是否自然而不具威脅性」外，警察是否踐行告知義務、受搜索人拒絕同意後警察是否仍重複不斷徵求同意皆需要同意過程中的錄音或錄影畫面方得以證明之。

---

<sup>321</sup> 學說見解參考：薛智仁，前揭註 254，頁 6；實務見解參考：最高法院 100 年度台上字第 7112 號刑事判決。

<sup>322</sup> 林鈺雄，前揭註 3，頁 330。

<sup>323</sup> 最高法院 97 年度台上字第 2340 號刑事判決。



錄音錄影可以充實法院之說理，而不會使判決僅能空洞地列出因素，然而欠缺對於案件事實的涵攝，此由目前實務中有勘驗同意過程錄影畫面之判決內容觀察可知，例如最高法院 106 年度 台上字第 258 號刑事判決：「103 年 11 月 27 日陳○○受搜索時，全程陪同各調查員至該處所搜索並取出相關物品，過程中陳○○對調查員之詢問輕鬆以對，面帶笑容，態度自若，對所詢問之問題亦詳盡回答，業經勘驗光碟無訛……足見當時之搜索並未對陳宗記有何不當脅迫之情形」，可見同意過程之錄音錄影對於充實法院關於同意自願性之說理能夠發揮很大的作用。

因此，本文主張同意搜索至少於搜索客體為住宅或電磁紀錄時，因可能涉及大量之個人資料，影響隱私權之程度較大，因此包括事前取得同意及搜索實施之過程應有全程錄影之規範，使法院就司法警察取得同意之方式是否自然不具威脅性、是否踐行告知義務、是否重複徵求同意，以及搜索過程中受搜索人中途是否有表達欲撤回同意之意思等事項得以更妥善地進行審查<sup>324</sup>。

未予全程錄影應如何認定同意是否有效？本文認為應自錄影要求之規範目的出發，重點是欲以錄影確保同意之自願性及受搜索人有無撤回意思之問題，故本文認為應可參考關於詢問被告程序未予全程錄音錄影之學說見解，即從證明規則之角度出發<sup>325</sup>，將欠缺全程錄影之同意推定欠缺自願性，或於被告有抗辯撤回意思但欠缺錄影時，推定被告的確有表達撤回之意思，除非檢察官於個案中可舉反證加以推翻，否則即代表搜索住宅之同意欠缺自願性或被告表示之撤回時點後不存在有效之同意。

## 第五款 小結

總結上述之修法建議，本文認為於得同意之處分之發動上為確保同意作為知情之決定，首先執行機關應踐行權利及資訊之告知義務，並且告知內容應同時以

---

<sup>324</sup> 主張同意搜索均應全程錄影者：林裕順，前揭註 138，頁 29。

<sup>325</sup> 林鈺雄，前揭註 3，頁 177。

口頭及書面方式為之，確保當事人充分知悉其內容，並取得其書面簽署之同意表示。

而法院於個案判斷同意有效性時，應採取二階段判斷方式，第一階段應考量執行機關是否已踐行告知義務，若否則推定同意不具有效性，若是則進入第二階段，以綜合一切情狀判斷之方式，衡量外在因素（取得同意之地點、方式）及內在因素（當事人之主觀意識強弱、年齡、教育程度）加以判斷同意之自願性，並應特別注意給予同意時之外在環境以及執行人員有無重複詢問對自願性之影響。

於同意搜索住宅、電磁紀錄時，應透過調查取得同意及實施過程之錄影畫面判斷司法警察是否踐行告知義務及影響同意自願性之外在因素，若執行機關有於拒絕同意後重複說服以取得同意之情形，應認為當事人之同意無自願性。

## 第二項 證據使用禁止

若得當事人同意之處分違反上述本文所建議的執行程序之規定，首先要考慮的法律效果即為於本案中是否應禁止使用所取得之證據，關於此點區分所取得之證據為非供述證據或供述證據之情形，分別討論如下。

如為違法同意搜索、扣押或採尿，取得者為非供述證據，於我國現行法下須依照刑事訴訟法第 158 條之 4 權衡決定其證據能力。我國法上學說文獻有認為於同意搜索之情形下，不具有效之同意作為發動基礎者，因以此發動之搜索違反法律保留原則及法官保留之程序，應認為其違法情節重大，原則上依刑事訴訟法第 158 條之 4 權衡時應排除其證據能力，而若為合法發動同意搜索，然於執行上有過當或其他瑕疵之情形，則視執行機關主觀上有無惡意、違法情節等權衡決定是否排除之<sup>326</sup>。

依本文之見解，若經同意之處分為不具有效同意作為發動基礎者，則具有基本權干預之性質，且因欠缺事前之司法審查，為一違法強制處分，若為司法警察

<sup>326</sup> 林鈺雄，前揭註 116，§131-1 邊碼 40；薛智仁，前揭註 254，頁 6。



蓄意違反取證規定者，應考量刑事訴訟法第 158 條之 4 立法理由所明示之「違背法定程序時之主觀意圖」、「禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果」而排除所取得之證據的證據能力。若個案中司法警察未於事前取得受處分人之同意，而搜索、扣押或採驗尿液後方要求受處分人補行簽署同意書面者，應認為非屬過失而為故意違反取證規定。

而非蓄意違反取證規定之情形，則再依照「違背法定程序之情節」、「侵害被告或犯罪嫌疑人權益之種類及輕重」等權衡因素加以決定證據能力，於同意搜索及扣押之情形並應特別注意此為調查機關以自己之權限來決定發動本案之強制處分，為違反法官保留原則之無令狀干預，於權衡上仍應傾向於排除證據能力，以避免架空法官保留原則之結果。

而在任意同行之案例上，若未告知得以拒絕同行、同行後得以自由離去，依本文之見解構成違法之任意同行，所取得之證據為被告之供述證據，因違法之任意同行下被告等同於受到違法人身自由之拘束，至少可以確定的是，於此情行下若未踐行刑事訴訟法第 95 條緘默權、辯護權告知義務，應有刑事訴訟法第 158 條之 2 第 2 項之適用，原則上排除自白之證據能力<sup>327</sup>。另外，基於此一違法之重大性，亦應考量雖詢問者有踐行告知義務，違法人身自由拘束本身是否亦將單獨產生證據使用禁止之效果，解釋上或可認為構成第 156 條第 1 項之「違法羈押」或「其他不正方法」<sup>328</sup>。

## 第五節 事後權利救濟途徑

若個案中受處分人之同意不具有有效性，則該處分仍為一基本權之干預行為，根據過往釋憲實務見解，基於有權利即有救濟之憲法原則，權利受侵害時必須給

<sup>327</sup> 最高法院 107 年度台上字第 3084 號刑事判決參照。

<sup>328</sup> 關於「違法羈押」之意義是否包含廣義違法人身自由拘束之討論，可參王兆鵬、張明偉、李榮耕，前揭註 29，頁 394-395。

予向法院提起訴訟，獲得即時有效救濟之機會，方符合保障憲法訴訟權之意旨<sup>329</sup>，近期憲法法庭見解亦認為如此方符合憲法正當法律程序原則之要求<sup>330</sup>。

現行法上，同意搜索於實施後並無如刑事訴訟法第 131 條第 1 項之逕行搜索或同條第 2 項之緊急搜索有同條第 3 項事後陳報法院審查之規定適用，因此無須事後陳報法院。同意扣押亦未如同緊急扣押有第 133 條之 2 第 4 項事後陳報之規定，更遑論法無明文之同意採尿。另外，刑事訴訟法第 416 條第 1 項準抗告之規定亦不適用於司法警察（官）所執行之處分。

有學說於同意搜索之情形認為如此等同於除本案外，受同意搜索之當事人無從於認為自己經歷違法之同意搜索後，有接受或主動請求法院審查該處分合法性之機會，應屬權利保護漏洞<sup>331</sup>。對此問題，學者有認為應使同意搜索得以類推適用第 131 條第 3 項命執行同意搜索之司法警察於執行後三日內陳報法院審查<sup>332</sup>，或類推適用準抗告之規定救濟之<sup>333</sup>。

雖然得到有效同意之強制處分於本文之見解下確實並非基本權干預，因而與其他無令狀強制處分不同，並無一律應事後陳報法院審查之基礎，但基於有權利即有救濟之憲法原則，仍應使受處分人於認為個案中之得同意處分違法而其憲法上權利遭受損害時，有主動向法院請求救濟之機會，因此本文認為應使違法同意搜索、扣押、採尿或任意同行之受處分人得以類推適用準抗告之規定，於處分後 10 日內聲請該管法院撤銷該違法之處分。

<sup>329</sup> 司法院釋字第 755、785 號解釋參照。

<sup>330</sup> 憲法法庭 111 年憲判字第 16 號判決參照。

<sup>331</sup> 薛智仁，前揭註 254，頁 6。

<sup>332</sup> 薛智仁，前揭註 254，頁 6。

<sup>333</sup> 林鈺雄（2002），〈急迫性搜索之事後救濟：兼評刑事訴訟法第一三一條之修法〉，《月旦法學雜誌》，89 期，頁 137-138。

## 第六章 結論



### 第一節 研究成果

本文之研究重點為刑事訴訟中得受處分人同意之強制處分合法性控制問題，並聚焦於我國現有之同意處分類型，即同意搜索、同意扣押、同意採尿及任意同行上。於第二章中，第一節首先試圖透過學說及實務對於強制處分定義上的見解的轉變，釐清受處分人同意之意義，然而發現於透過現代干預概念下之基本權干預取代傳統對於強制處分之理解後，同意之意義須透過憲法上之學理方可加以回答。

緊接著，於第二節本文對於我國現有之強制處分同意類型以及該處分所涉及之基本權加以討論，得出搜索若以強制方式為之，干預受處分人生活私密領域免於他人侵擾之權利，於搜索範圍涉及個人資料之情形，尚干預個人資料自主控制之資訊自決權。至於扣押則干預扣押標的權利人自由使用、收益、處分財產之權利，非侵入性方式之強制採尿干預個人對於透過尿液所可得知的生活方式此一個人資料之資訊自決權以及身體自主控制權。至於任意同行，則因個案上是否得以自由決定同行、同行中是否得以自由離去，可能涉及有無構成人身自由拘束的問題。

關於憲法上同意國家基本權干預之理論基礎，本文認為應將基本權利主體對於干預行為之同意理解為基本權之捨棄，並且以自願性及知悉得以拒絕同意之權利為有效性之要件，此一同意於保護個人利益之基本權範圍內應為憲法所容許。至於同意國家干預行為之權利依據，學說上有來自於憲法上自我決定權及區分權利種類之不同見解，基於自我實現作為各憲法上基本權利之本質此一理由，本文認為同意之權利源自於國家行為以強制方式行為時所會干預之基本權本身，同意作為該基本權之捨棄，同時於積極面向上亦為該基本權之行使。若為具有同意權




限及同意能力之人所為之有效同意，因國家機關之行為不構成對基本權行使之妨礙，法律效果為排除基本權干預性質。

第三章於德國刑事訴訟法之強制處分同意類型的研究上，發現同意對於身體檢查處分除可免除令狀原則之要求外，亦可以免除大部分之實體要件，惟對於較嚴重之檢查行為，則須有法院令狀加上受處分人同意方得以正當化。於搜索上，同意可以解除令狀原則及實體要件之要求，然於不符合實體要件時，實務及學說均認為執行機關具有必須告知若相對人不同意不得進行之義務。

於德國聯邦個人資料保護法因應歐盟個資保護指令修正之相關條文生效後，同意搜索因於德國刑事訴訟法上並無明文規定，文獻上有認為將可能面臨無法律依據不得實施之問題。此外，德國聯邦個人資料保護法對於刑事追訴程序中個人資料取得之同意，亦設下須告知得以撤回及特定情況下須告知拒絕後果等較為嚴格之程序規定，此種修正方向被認為是立法者意識到國家與人民於刑事追訴程序中因權力落差而可能產生的自願性問題所作出之回應，本文認為值得為我國法修正上加以借鏡。

第四章延續第三章之討論，以同意搜索為例，透過社會心理學之角度指出自願性可能因為人民對於權威者之服從及其他社會因素而受到影響，且此種因素可能因心理學上存在歸因錯誤及移情隔閡之問題而容易為法院所忽視。另外，於我國法院對於同意自願性之判斷方式上，較為著重同意者內在因素而忽略環境、互動者等外在因素對自願性所造成之影響，有過於重視單一因素、形式化判斷之缺失。而文獻上提出執行人員應告知拒絕權利之主張，或許得以克服國家與人民間存在之資訊落差，然而執行人員重複說服以及權力落差對於同意自願性造成的影響，無法僅依賴關於拒絕權利之告知便得以改善，因此美國實務上有主張同意搜索之發動仍應具備合理懷疑作為心證門檻。

最後於第五章中，透過上述關於關於強制處分同意之理論基礎、比較法上制度研究以及自願性本身心理學上問題之探討，本文提出對於得受處分人同意之強



制處分應否適用法律保留原則、比例原則及心證門檻之見解。於法律保留原則上，重要性理論適用於刑事訴訟領域上之見解，似乎仍將得出僅有干預基本權之偵查行為方應具備個別法律授權基礎之結論，而得同意之處分因不構成對受處分人基本權之干預，無須法律規定即可為之，但基於得同意之處分與基本權干預間之區別，僅在於同意是否符合基本權捨棄之要件，較為妥適的作法應該是由立法者加以明訂得以確保基本權捨棄之知情及自願性要件的處分實施程序，方得以透過行政機關以外之監督機制，有效保障受處分人之基本權。

而於比例原則及心證門檻之適用上，鑑於比例原則為基於憲法上法治國原則對國家行為所為之限制，本文認為得同意之強制處分縱使不具基本權干預性質，仍依然有比例原則之適用，且基於刑事追訴機關與人民間權力上之落差，為避免同意自願性無法受到確保下國家機關對於同意處分之濫用，請求人民同意實施搜索，仍須具備合理懷疑之心證門檻。

而於得同意處分之取證程序規範的修法建議上，首先本文主張執行機關應對受處分人踐行完整之權利及資訊告知，權利告知之內容包括拒絕同意之權利以及同意搜索及任意同行中撤回同意權利之告知，資訊告知上則應涵蓋拒絕不得作為不利證據和處分目的之告知，此一權利及資訊告知應由執行人員同時以口頭及書面方式為之，而受處分人同意之意思應於載明告知內容之書面上表示。

同意有效性之個案判斷上，於確認執行人員已踐行上述程序後，方得以綜合判斷法衡量同意是否具有自願性，並應特別注意給予同意之環境及司法警察之重複說服行為對自願性所造成之影響。至少於住宅或電磁紀錄之搜索，應踐行全程錄影之程序確保有無踐行告知義務及影響同意自願性之外在要素得以被如實呈現。

於違反取證規範之法律效果上，如法院判斷同意搜索、扣押、採尿個案中之同意不具有效力，取得之非供述證據於執行機關為蓄意違背取證規定時，原則上應該得到排除證據能力之結論。而在任意同行之情形，違法人身自由之拘束可能有是否構成刑事訴訟法第 156 條第 1 項之不正訊問方法的問題。至於事後之權利

救濟途徑上，應使認為受到違法同意處分之受處分人得以類推適用刑事訴訟法上準抗告之規定，於處分後 10 日內向法院聲請撤銷該處分。

本文對強制處分之同意設下如此嚴格之要件限制及實體、程序門檻，要求事前一定程度之心證門檻，事中並應踐行權利及資訊告知等程序，或許會遭遇是否有礙於犯罪偵查效率、使偵查行為無法順利進行之質疑。然而既然強制處分以事前司法審查為保障人民基本權之原則要件，而我國立法者又已經針對急迫情形設有充分之無令狀強制處分例外，應已得以滿足犯罪偵查之需求，並無理由認為偵查效率應仰賴於受處分人之同意。因我國實務上一直存在過於濫用強制處分同意之問題，本文對強制處分之同意設下相關嚴格要件，也是希望能減少假同意為名實則架空事前司法審查空間的強制處分實施，以達成於刑事訴訟上追求發現真實之同時兼顧基本權保障之目的。


## 第二節 研究限制及未來展望

### 第一項 研究限制

於同意自願性之相關問題上，因涉及受處分人內心意思活動，而關於權力落差將多大程度影響自願性，本文僅能透過現有文獻上之社會心理學研究成果略窺一二，並在此基礎上透過程序上的制度設計盡量避免此一問題發生，或是以求在個案上此一問題能夠獲得相應的法律評價。

此外，因本文較關注執行機關與受處分人之間的資訊及權力落差對自願性所產生的影響，以及取得同意和後續處分實施之過程應以何種程序要件有效保障受處分人同意自願性之問題，而較未涉及個案執行人員之行為是否構成詐欺、脅迫而使同意意思產生瑕疵的解釋論問題之討論。

### 第二項 未來展望



因受限於本文語言能力及寫作時間上之限制，未能在強制處分同意之相關討論上查閱並引用相關的日文資料，作為德國法外的另外一個切入觀點，使本文之研究深度有所侷限，希望未來得以再透過日文能力之精進補足此一部份。

另外，本文最初有相關的問題意識是從我國法上有關於任意同行作為開端，後來方延伸至其他得同意之處分類型上，惟後來經過文獻查找發現任意同行於我國法上之實務案例及學說討論較少，於是將研究重心轉向其他強制處分之類型。然而任意同行之合法性以及個案上如何劃定任意同行與實質人身自由拘束之界限等問題，本文仍希望未來有機會再加以深入研究。



## 參考文獻

### 一、中文部分

#### (一) 書籍

- Stanley Milgram (著)，黃煜文 (譯) (2015)，《服從權威：有多少罪惡，假服從之名而行？》，經濟新潮社。
- 王皇玉 (2022)，《刑法總則》，8 版，新學林；
- 王兆鵬、張明偉、李榮耕 (2022)，《刑事訴訟法 (上)》，6 版，新學林。
- 李震山 (2007)，《多元、寬容與人權保障：以憲法未列舉權之保障為中心》，2 版，元照。
- 李春福 (2017)，《刑事訴訟法論》，新學林。
- 吳庚 (2015)，《行政法之理論與實用》，增訂 13 版，三民。
- 林俊益 (2021)，《刑事訴訟法概論 (上)》，21 版，新學林。
- 林鈺雄 (2002)，《搜索扣押註釋書》，自版。
- (2020)，《刑事訴訟法 上冊》，10 版，新學林。
- 法治斌、董保城 (2010)，《憲法新論》，4 版，董保城。
- 陳樸生 (1998)，《刑事訴訟法實務》，再訂版，三民。
- 陳淳文、吳庚 (2021)，《憲法理論與政府體制》，7 版，自版。
- 連孟琦 (2016)，《德國刑事訴訟法：附德國法院組織法選譯》，元照。
- 許宗力 (2006)，《法與國家權力 (一)》，元照。
- 許澤天 (2022)，《刑法總則》，3 版，新學林。
- 黃東熊、吳景芳 (2005)，《刑事訴訟法論 (上)》，修訂 6 版，三民。
- 彭懷真 (2015)，《社會心理學》，巨流圖書。
- 蔡墩銘 (2002)，《刑事訴訟法論》，增訂 5 版，五南。

#### (二) 書之篇章

- 林輝煌 (2012)，〈日本法上的任意同行與逮捕〉，收於：日本刑事法學研究會





(編)，《日本刑事判例研究(一)》，頁 45-55，元照。  
薛智仁(2018)，〈專斷醫療之刑事責任：以違反醫師說明義務為中心〉，收於：  
王志嘉(等著)，《法學與風範：陳子平教授榮退論文集》，頁 281-310，元  
照。

### (三) 期刊論文

- 王兆鵬(1999)，〈經同意之搜索〉，《法學叢刊》，176期，頁 75-89。  
王士帆(2016)，〈犯罪所得沒收與追徵之保全扣押：談立法定位〉，《月旦裁判時  
報》，48期，頁 63-74。  
吳巡龍(2009)，〈檢察官傳訊方式與任意偵查〉，《刑事法雜誌》，53卷1期，頁  
1-21。  
何賴傑(2000)，〈刑訴第二二八條第三項檢察官之暫時逮捕權〉，《台灣本土  
法學雜誌》，9期，頁 123-129。  
李建良(1997)，〈基本權利理論體系之構成及其思考層次〉，《人文及社會科學集  
刊》，9卷1期，頁 39-83。  
----- (2018)，〈法學方法與基本權解釋方法導論〉，《人文及社會科學集刊》，  
30卷2期，頁 237-277。  
李榮耕(2012)，〈電磁紀錄的搜索及扣押〉，《臺大法學論叢》，41卷3期，頁  
1055-1116。  
----- (2015)，〈科技定位監控與犯罪偵查－兼論美國近年 GPS 追蹤法制及實  
務之發展〉，《臺大法學論叢》，44卷3期，頁 871-969。  
林輝煌(2009)，〈談日本法上的任意同行與逮捕－兼談我國法及實務〉，《法令月  
刊》，60卷2期，頁 102-128。  
林裕順(2016)，〈同意搜索→同意受檢〉，《月旦法學教室》，163期，頁 27-29。  
林鈺雄(2001)，〈逕行搜索與扣押之合理依據〉，《台灣法學雜誌》，28期，頁  
104-107。  
----- (2002)，〈急迫性搜索之事後救濟：兼評刑事訴訟法第一三一條之修法〉，  
《月旦法學雜誌》，89期，頁 126-141。  
----- (2004)，〈從基本權體系論身體檢查處分〉，《臺大法學論叢》，33卷3期，



- 頁 149-200。
- (2006)，〈線民之干預與授權問題：以線民之偵查活動為中心〉，《政大法學評論》，89 期，頁 275-324。
- (2007)，〈干預保留與門檻理論：司法警察（官）一般調查權限之理論檢討〉，《政大法學評論》，96 期，頁 189-232。
- (2021)，〈司法警察（官）之強制導尿處分及其救濟途徑：刑事訴訟法第 205 條之 2、第 416 條之合憲性問題〉，《月旦實務選評》，1 卷 4 期，頁 110-123。
- 范耕維（2019），〈現行法下 GPS 追蹤定位偵查行為之合法性與立法方向：比較法觀點與最高法院 106 年度臺上字第 3788 號判決之考察〉，《政大法學評論》，157 期，頁 109-197。
- 陳仲嶸（2009），〈身體權作為一種憲法權利〉，《法學新論》，14 期，頁 113-131。
- 陳運財（1995），〈偵查之基本原則與任意偵查之界限〉，《東海大學法學研究》，9 期，頁 281-303。
- (2009)，〈無令狀之搜索：評最高法院 96 年台上 5184 號判決〉，《法令月刊》，60 卷 12 期，頁 57-70。
- (2014)，〈偵查法體系的基礎理論〉，《月旦法學雜誌》，229 期，頁 5-24。
- 許育典（2003），〈基本權的本質〉，《月旦法學教室》，14 期，頁 32-36。
- 黃惠婷（2001），〈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〉，《台灣本土法學雜誌》，27 期，頁 67-80。
- 黃翰義（2014），〈同意搜索與相當理由：評最高法院一〇〇年度台上字一七三一號刑事判決〉，《月旦裁判時報》，26 期，頁 139-146。
- 程明修（2005），〈基本權拋棄〉，《月旦法學教室》，35 期，頁 6-7。
- 詹鎮榮（2004），〈居住自由〉，《法學講座》，30 期，頁 13-29。
- 楊雲驊（2005），〈意外驚喜〉，《月旦法學教室》，37 期，頁 22-23。
- 蔡榮耕（2008），〈Yes, I do！：同意搜索與第三人同意搜索〉，《月旦法學雜誌》，157 期，頁 102-125。
- 劉靜怡（2019），〈淺談 GDPR 的國際衝擊及其可能因應之道〉，《月旦法學雜誌》，286 期，頁 5-31。

蕭宏宜（2012），〈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》，63卷8期，頁28-43。

錢建榮（2015），〈以通知取代傳喚不到的違法拘提〉，《月旦法學教室》，147期，頁27-29。

薛智仁（2014），〈司法警察之偵查概括條款：評最高法院一〇二年度台上第三五二二號判決〉，《月旦法學雜誌》，第235期，頁235-256。

-----（2017），〈展望未來的刑事立法政策？（下）：評2017年法務部之刑法修正草案〉，《月旦法學教室》，178期，頁68-82。

-----（2017），〈2016年刑事程序法回顧：沒收程序法、羈押閱卷與證據法則〉，《臺大法學論叢》，46卷特刊，頁1493-1529。

-----（2018），〈刑事程序法定原則〉，《月旦刑事法評論》，11期，頁20-44。

-----（2020），〈同意搜索之基本問題（一）〉，《法務通訊》，3002期，頁3-6。

-----（2020），〈同意搜索之基本問題（二）〉，《法務通訊》，3003期，頁3-6。

-----（2021），〈安置線民與法律保留：最高法院110年度台上字第3858號刑事判決〉，《台灣法律人》，6期，頁176-187。

#### （四） 未出版之學位論文

李瑞敏（2003），《論強制處分之同意》，國立政治大學法律學系碩士論文（未出版），臺北。

吳梓榕（2008），《一般偵查措施的合憲控制：從偵查程序之自由形成原則出發》，國立政治大學法律學系碩士論文（未出版），臺北。

林誠澤（2019），《GPS科技定位偵查與刑事訴訟法的搜索概念》，國立政治大學法律學系碩士論文（未出版），臺北。

林宗陽（2016），《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（未出版），桃園。

邱姝瑄（2016），《從同意搜索之法理基礎論第三人同意搜索：以憲法權利衝突為中心》，東吳大學法律學系碩士論文（未出版），臺北。

高煒輝（1995），《基本權之拋棄自由及其界限》，輔仁大學法律學系碩士論文

(未出版), 新北。

劉宏恩 (1996), 《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》, 國立臺灣大學法律學研究所碩士論文 (未出版), 臺北。

劉芳伶 (2001), 《同意搜索之研究》, 國立臺灣大學法律學研究所碩士論文 (未出版), 台北。

蘇品綺 (2009), 《論同意搜索》, 國立中正大學法律學系碩士論文 (未出版), 嘉義。

## (五) 政府公報

立法院公報處 (2001), 《立法院公報》, 90 卷 5 期, 1 冊, 立法院。

立法院公報處 (2016), 《立法院公報》, 105 卷 40 期, 立法院。

## 二、日文部分

### (一) 書籍

井上正仁 (2014), 《強制捜査と任意捜査》, 2 版, 有斐閣。

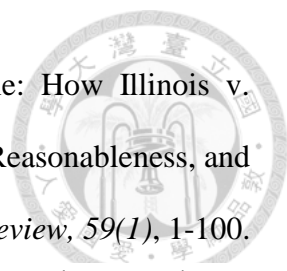
河上和雄ほか (編) (2012), 《大コンメンタール刑事訴訟法 (第 4 卷)》, 2 版, 青林書院。

## 三、英文部分

### (一) 書籍

LaFave, Wayne R. (1996). Search and Seizure: A Treatise on the Fourth Amendment vol. 3 (3rd ed.). West Academic Publishing.

### (二) 期刊論文

- 
- Davies, T. Y. (1991). Denying a Right by Disregarding Doctrine: How Illinois v. Rodriguez Demeans Consent, Trivializes Fourth Amendment Reasonableness, and Exaggerates the Excusability of Police Error. *Tennessee Law Review*, 59(1), 1-100.
- Housholder, D. J. (2005). Reconciling Consent Searches and Fourth Amendment Jurisprudence: Incorporating Privacy into the Test for Valid Consent Searches. *Vanderbilt Law Review*, 58(4), 1279-1320.
- Maclin, T. (2008). The Good and Bad News about Consent Searches in the Supreme Court. *McGeorge Law Review*, 39(1), 27-82.
- Nadler, J. (2003). No Need to Shout: Bus Sweeps and the Psychology of Coercion. *Northwestern Law & Econ Research Paper*, 3(1), 1-58.
- Ross, L. (1977). The Intuitive Psychologist and His Shortcomings: Distortions in the Attribution Process. *Advances in Experimental Social Psychology*, 10, 173-220.
- Rotenberg, D. L. (1991). An Essay on Consent(less) Police Searches. *Washington University Law Quarterly* 69(1), 175-193.
- Strauss, M. (2001). Reconstructing Consent. *Journal of criminal Law and Criminology*, 92(1), 211-272.
- Sommers, R. & Bohns, V. K. (2019). The Voluntariness of Voluntary Consent: Consent Searches and the Psychology of Compliance. *Yale Law Journal*, 128(7), 1962-2003.

## 四、德文部分

### (一) 書籍

- Amelung, K. (1981). Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes: Eine Untersuchung im Grenzbereich von Grundrechts- und Strafrechtsdogmatik. Duncker & Humblot.
- Becker, J.-P./Erb V./ Esser, R. u.a. (Hrsg.) (2006). Löwe-Rosenberg: Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz Großkommentar (26. Aufl., Bd. 2). de Gruyter.
- Benfer, J./Bialon, J. (2010). Rechtseingriffe von Polizei und Staatsanwaltschaft (4. Aufl.). C. H. Beck.



Beulke, W. (2012). Strafprozessrecht (12. Aufl.). C. F. Müller.

Hannich, R. (Hrsg.) (2019). Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK (8. Aufl.). C. H. Beck.

Knauer, C./Kudlich, H./Schneider, H. (Hrsg.) (2023). Münchener Kommentar zur StPO (2. Aufl., Bd. 1). C. H. Beck.

Meyer-Goßner, L./Schmitt, B. (2017). Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen (60. Aufl.). C. H. Beck.

Pieroth, B./Schlink, B. (2008). Grundrechte Staatsrecht II (24. Aufl.). C. F. Müller.

Sachs, M./Battis, U. (Hrsg.) (2011). Grundgesetz: Kommentar (6. Aufl.). C. H. Beck.

Stern, K. (1994). Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland (Bd. 3/2). C. H. Beck.

## (二) 期刊論文

Bleckmann, A. (1988). Probleme des Grundrechtsverzicht. *JuristenZeitung*, 57-62.

El-Ghazi, M. (2019). Die Einwilligung in strafprozessuale Zwangsmaßnahmen nach der Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 – das Ende der freiwilligen Atemalkoholkontrolle! *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2/2019, 110-118.

Fischinger, P. S. (2007). Der Grundrechtsverzicht, *Juristische Schulung*, 808-813.

Pietzcker, J. (1978). Die Rechtsfigur des Grundrechtsverzichts. *Der Staat*, 17(4), 527-551.

Stief, M. (2017). Die Richtlinie (EU) 2016/680 zum Datenschutz in der Strafjustiz und die Zukunft der datenschutzrechtlichen Einwilligung im Strafverfahren. *Strafverteidiger*, 37(7), 470-477.

Singelstein, T. (2020). Folgen des neuen Datenschutzrechts für die Praxis des Strafverfahrens und die Beweisverbotslehre, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 639-644.

## (三) 網路文獻

Graf, J. (Hrsg.) (2022). BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra (45. Edition). C. H. Beck.  
[https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fkomm%2Fbeckokstpo\\_44%2Fcont%2Fbeckokstpo.inhaltsverzeichnis.htm](https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fkomm%2Fbeckokstpo_44%2Fcont%2Fbeckokstpo.inhaltsverzeichnis.htm)