

淺論同意搜索應用於電子設備 ——以共同權限及表現權限為中心

施育傑*

要 目

壹、序 論	二、共同權限的指標案例： Trulock判決
貳、同意搜索的基礎與類型	三、表現權限的若干案例
一、一般基礎	肆、評釋：兼論我國法的適用
二、共同權限	一、第三人同意搜索的基礎
三、表現權限：指標的 Rodriguez判決	二、電子設備的特性
參、同意搜索電子設備的案 例：以共同權限及表現權 限為中心	三、同意搜索與電子設備： 我國法適用的建議
一、一般性的應用	伍、結 論

DOI：10.6460/CPCP.202104_(27).05

* 桃園地方法院法官，國立政治大學法學博士。特別感謝臺灣高雄地方檢察署襄閱主任檢察官徐弘儒，在寫作過程中對筆者的多所協助。本文限於個人能力，內容多有舛誤，責任當然由筆者自負。

摘 要

本文嘗試淺論美國法上的「同意搜索」，及其「共同權限」與「表現權限」應用於電子設備的案例。據此進一步探討後，提出在我國法可得應用的判準。

關鍵詞：同意搜索、第三人同意、共同權限、表現權限、電子設備

Consent to Search Electronic Devices: Focusing on Common Authority and Apparent Authority Doctrine

Yu-Chieh Shih*

Abstract

This article provides an overview of the U.S. cases on the topic of “consent searches”, and how information technology affects “common authority” & “apparent authority” doctrine. In conclusion, this article presents practical proposals in light of the aforementioned research.

Keywords: Consent Search, Third-Party Consent, Common Authority, Apparent Authority, Electronic Devices

* Judge, Taoyuan District Court; Ph.D., National ChengChi University.

壹、序 論

立法規定了搜索的令狀原則及各種無令狀搜索¹，其法理與應用迄今已大致有所共識²。在各種無令狀搜索類型之中，「同意搜索」是實務上經常出現的爭執，重點大多集中於有無「自願性」或「真摯同意」的事實、證據判斷³，最高法院亦對同意搜索的問題，指出若干重要判準⁴。學理的討論，則對於同意搜索的基礎、判斷標準及程序保障，累積了若干探討，呈現相當程度的開展⁵。

¹ 刑事訴訟法（以下均簡稱「刑訴」）第128條（令狀原則）、第130條（附帶搜索）、第131條第1項（對人緊急／逕行搜索）、第2項（對物緊急搜索）及第131條之1（同意搜索）。

² 對此可參：林鈺雄，刑事訴訟法（上），10版，2020年9月，頁432-441；王兆鵬、張明偉、李榮耕，刑事訴訟法（上），4版，2018年9月，頁181-189（令狀原則）、頁253-315（無令狀搜索）。實務近例參考：最高法院108年度台上字第1453號判決：「三……（一）搜索……可分為『有令狀搜索』（有票搜索）與『無令狀搜索』（無票搜索）……，……無令狀搜索或無票搜索，細言之，可分為：第130條附帶搜索、第131條第1項、第2項2種不同之緊急搜索及第131條之1之同意搜索等共4種。……。」

³ 近例如：最高法院109年度台上字第3554號、第3557號判決；109年度台上字第3893號判決（於事實審均爭執同意搜索之合法性）；109年度台上字第4163號判決（一審爭執同意搜索）。

⁴ 例如最高法院94年度台上字第1361號判決（同意搜索之程序、同意權人之理解、自主表達及其判準）；96年度台上字第5184號判決（自願性之審查義務與判斷標準）；99年度台上字第4117號判決（同意搜索之判斷要素與證據排除權衡）；近例：109年度台上字第259號判決（指出撤回同意的判準）。

⁵ 例如：王兆鵬，經同意之搜索，法學叢刊，44卷4期，1999年10月，頁75-89；黃惠婷，同意搜索與違反令狀原則之法律效果——臺灣高等法院八十八年度上訴字第二九五七號判決評釋，台灣本土法學雜

一般來說，個人得以自由處分其基本權⁶，因此一般討論同意搜索的問題，也是自此角度出發⁷。不過，現實生活中，對於特定空間或物品，經常有多數人享有共同使用、支配權限的情形（例如同住的夫妻）。也可能存在「表面上」看起來得以（共同）使用、支配，但實則並無權限的狀況（例如協議分居、但原來住居處鑰匙尚

誌，27期，2001年10月，頁67-80；蕭宏宜，同意搜索的自願性判斷標準——評最高法院100年度台上字第376號刑事判決，法令月刊，63卷8期，2012年8月，頁28-43；李榮耕，Yes, I do！——同意搜索與第三人同意搜索，月旦法學雜誌，157期，2008年6月，頁102-125；謝志鴻，同意搜索，月旦法學雜誌，165期，2009年2月，頁231-244；黃翰義，同意搜索與相當理由——評最高法院一〇〇年度台上字第一七三一號判決，裁判時報，26期，2014年6月，頁139-146；林裕順，同意搜索→同意受檢，月旦法學教室，163期，2016年5月，頁27-29。近來探討：薛智仁，同意搜索之基本問題(一)，法務通訊，3002期，2020年5月1日，版3-6；薛智仁，同意搜索之基本問題(二)，法務通訊，3003期，2020年5月8日，版3-6；薛智仁，同意搜索之基本問題(三)，法務通訊，3004期，2020年5月15日，版6。

⁶ 但因涉及「人性尊嚴」及「公共利益」的問題，並非所有基本權均能概括拋棄（例如生命或自由），對此可參林鈺雄，同前註2，頁332。

⁷ 王兆鵬，同前註5，頁77；黃惠婷，同前註5，頁68-69；蕭宏宜，同前註5，39頁；李榮耕，同前註5，頁106-109（並討論「合理搜索」）；謝志鴻，同前註5，頁231-232（並臚列其他理論）；黃翰義，同前註5，頁144（仍認為屬於基本權限制）；林裕順，同前註5，頁29（若有同意即非「強制」處分）；薛智仁，同前註5(一)，3-4版。實務見解近例參最高法院109年度台上字第259號判決：「二、惟按：……(二)……同意搜索之合法性，係立基於受搜索人明知有權拒絕搜索，卻仍本於自由意志，願意放棄憲法所保障之隱私權、財產權、居住權等基本權，接受搜索。受搜索人之同意，既為搜索合法之最重要前提，搜索之進行，自須於獲得受搜索人同意後，始得為之，範圍及期間長短，亦取決於受搜索人之意思。……。」

未交回的夫妻)。此時，倘若執法機關徵求同意的對象並非「本人」，而是其他（共用）人的時候，即涉及「第三人同意」（“third party consent”）的問題⁸。對此，學理基本上區分「共同權限」（“common authority”）與「表現權限」（“apparent authority”）的類型討論⁹；我國實務見解，則明確接受了「共同權限」的看法¹⁰，但對「表現權限」則傾向否定¹¹。

⁸ 此處所指的「第三人」，指的是「相對」於受到搜索、控訴的被告「本人」而言。

⁹ 例如：王兆鵬，同前註5，頁80-84；李榮耕，同前註5，頁106-107、113-124；謝志鴻，同前註5，頁235-236；薛智仁，同前註5(一)，版5。

¹⁰ 參最高法院100年度台上字第4430號判決：「(二)、……自願性同意搜索，明定行使同意權人為受搜索人，參諸同法第128條第2項規定搜索係對被告或犯罪嫌疑人為之，第122條第2項明文可對第三人為搜索，……同意權人……及於被告或犯罪嫌疑人以外之人。在數人對同一處所均擁有管領權限之情形，如果同意人……有得以獨立同意之權限，則被告或犯罪嫌疑人在主客觀上，應已承擔該共同權限人可能會同意搜索之風險，此即學理上所稱之『風險承擔理論』。執法人員基此有共同權限之第三人同意所為之無令狀搜索，自屬有效搜索……」。同旨：最高法院104年度台上字第503號判決、105年度台上字第1892號判決。近來見解，參109年度台上字第5631號判決：「……第三人……有得以獨立同意之權限，則被告或犯罪嫌疑人在主客觀上，既與該第三人共享空間，自其隱私之合理期待而言，應已承擔該共同權限之第三人可能會同意搜索之風險，此即學理上之『風險承擔理論』。惟根據前述基本權拋棄之說明，此所謂之『共同權限』仍應指具有共通進入、接近與相互使用2種完整管領支配權限者，始得稱為適格之同意權人。則於同居共財之夫妻、父母對子女或家長對家屬間，因其彼此存有相互依存或主從之生活關係，對於處所享有完整管領支配權，原則上仍得肯認其同意權存在。」

¹¹ 參照：最高法院95年度台上字第7162號判決（支持原審否定說）；99

暫時將同意搜索的議題放下，將視角轉往搜索的「客體」。當時序邁入數位科技發展後，立法機關於2001年在刑事訴訟法明定得以搜索「電磁紀錄」¹²。實務上，針對搜索「電磁紀錄」的判斷方式，大致上與其他的搜索客體並無特別不同，也沒有在同意搜索的層面，產生能否，或如何適用程序規範的爭議案例¹³。換

年度台上字第6794號判決（似傾向否定見解）：「……原判決既謂員警業依憑丙○○之供述而知悉丙○○持有該等處所之鑰匙，係甲○○為便利其進出所交付，則員警似應明知丙○○原非對該等處所有支配、管領權之人，係因甲○○之交付，始持有該等鑰匙，且交付目的僅為便利其進出等情，而得進出該等處所與對該等處所有支配、管領權限，係屬二事，非場所之支配、管領權人，縱經支配、管領權人同意，授權其得出入該場所，要不因此即取得對該場所之支配管領權。從而即使如原判決理由所述，丙○○就上開二址無同意搜索之權限，而警員因其外觀上足使人誤認有同意搜索權，而據以對上開二址進行搜索，仍屬合法云云，然原判決……並未為任何必要及適當之說明……理由不備」；最高法院107年度台上字第2850號判決：「……同意搜索，必須經受搜索人『自願性』地同意，……就『身體』之搜索而言，僅該本人始有同意之權；就物件、宅第而言，則以其就該搜索標的有無管領、支配之權力為斷（如所有權人、占有或持有人、一般管理人等），故非指單純在場之無權人；其若由無同意權人擅自同意接受搜索，難謂合法，更不待言。」明確採取否定見解者：臺中地方法院103年度訴字第1660號判決。

¹² 刑訴第122條第1項：「對於被告或犯罪嫌疑人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，必要時得搜索之。」第2項：「對於第三人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，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128條第2項第3款：「搜索票，應記載下列事項：三、應加搜索之處所、身體、物件或電磁紀錄。」

¹³ 不過，對於同意範圍的「事實」爭執仍然有之，例如最高法院108年度台上字第644號判決（爭執同意搜索範圍不及於翻拍line對話紀錄，經判決駁回）。

句話說，具體的物品或「電磁紀錄」，都是可得搜索的客體「之一」，我國司法實務目前並未因數位科技的進展，針對上述搜索標的之不同，而產生特殊的規範適用問題。至於學理，則已開始針對搜索電子設備的議題，自基礎開始爬梳其理論、規範解釋與應用¹⁴。

上述的討論意義何在？倘若「同意搜索」的實務意義，大抵只是「自願性」的判斷標準、事實及證據爭執，最多就是「第三人同意」的類型的區分討論；縱使涉及電子設備，或許也就是「同意搜索電子設備」時，是否需要不同的判斷密度而已。甚而，就算認定搜索違法，法院仍可引用「權衡排除」的方式，採用取得之證據¹⁵。如此一來，討論同意搜索電子設備的實益，看來似乎相當有限。不過，試想一個簡單（？）的例子：如果搜索客體是自己的電腦或手機，但卻是由「別人」加以「同意」搜索時，這個議題是否還是這麼不起眼？換言之，環繞在我們生活周遭的電子設備，其儲存的資訊質量、密碼保障機制等特性，使之不同於一般物理的

¹⁴ 例如李榮耕，電磁紀錄的搜索及扣押，國立臺灣大學法學論叢，41卷3期，2012年9月，頁1059-1112；溫祖德，行動電話內數位資訊與附帶搜索——以美國聯邦最高法院見解之變遷為主，月旦法學雜誌，239期，2015年4月，頁199-220。

¹⁵ 刑訴第158條之4：「除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護。」實務案例如：最高法院94年度台上字第4477號判決。近例如：最高法院109年度台上字第4546號判決、109年度台上字第5072號判決。

空間或物體，讓原本看似不甚困難的「第三人同意搜索」與「搜索電子設備」匯集時，成為不易釐清、解決的難題，而有進一步探究之必要。為此，本文嘗試以美國法若干案例為主，淺論「同意搜索」與「第三人同意」的發展，藉此劃分出「共同權限」與「表現權限」的基本不同（本文貳）；並進一步呈現其應用於電子設備的案例（本文參）¹⁶；據此進一步評釋後，提出在我國法可得應用的界線與判準（本文肆）；最後作出結論（本文伍）。

貳、同意搜索的基礎與類型

一、一般基礎

（一）自願性及範圍

依照《美國聯邦憲法》增修條文第四條（下稱「第四修正案」）規定，人民有人身、住所、文件與財物之權利，不受不合理之搜索、扣押¹⁷。據此，搜索、扣押

¹⁶ 本文之所以選擇「淺論」，並在比較法部分以若干起始、先前的標竿案例為重心，是為了在有限的篇幅中，針對「（第三人）同意搜索」應用於「電子設備」的議題，盡可能得出相對清晰的架構與操作建議。因此，本文雖然不少內容可以再深入開展（例如：「合理性」的意義），但這已經是其他專論、專文的範圍，筆者僅能選擇割捨，有待另文為之。

¹⁷ U.S. CONST. amend. IV states:
“The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or

必須基於相當理由、特定標的，原則由法院發出許可令狀方得為之，以禁止不合理的搜索扣押¹⁸，令狀原則的「例外」則有附帶搜索、緊急搜索與同意搜索。其中，關於同意搜索的理論基礎，大致可以從權利拋棄的觀點出發，而以「自願性同意」（voluntary consent）為重要關鍵¹⁹。一般來說，自願性同意是指知情同意（knowing and voluntary）的狀態下所為，並應綜合一切情狀判斷之²⁰，但由政府負擔其證明責任²¹。另外，被告是否知悉

affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized”.

「人民有人身、住所、文件及財物之權利，不受不合理拘捕、搜索及扣押，並不得非法侵犯；非有相當理由，並經宣誓或代誓宣言，且詳載搜索地點、拘捕之人或扣押之物外，不得發出令狀」（翻譯主要參考：釋字第689號林子儀、徐璧湖大法官部分協同、部分不同意見書，頁10-11，註15）。

¹⁸ O. S. KERR, COMPUTER CRIME LAW 389 (4th ed. 2018).

¹⁹ 自願性同意可取代令狀，至於是否仍需具備「相當理由」（事證），美國聯邦最高法院採取否定見解：Schneckloth v. Bustamonte, 412 U.S. 218, 227 (1973) (“[I]n situations where the police have some evidence of illicit activity, but lack probable cause to arrest or search, a search authorized by a valid consent may be the only means of obtaining important and reliable evidence.”) (emphasis added). 並可參照王兆鵬、張明偉、李榮耕，同前註2，頁303。同採否定說之我國實務見解：最高法院100年度台上字第4580號判決。

²⁰ See e.g., United States v. Mendenhall, 446 U.S. 544, 557 (1980). 另外，依據前述Schneckloth判決見解，第四修正案與保障公平刑事審判權利不同，前者並不要求「知情而明智」（“knowing” and “intelligent”）的拋棄（Schneckloth, 412 U.S. at 241）。

²¹ See Schneckloth, 412 U.S. at 223-24, 226-27. 我國實務相同見解可見：最高法院100年度台上字第7112號判決（「受搜索人對……同意書面有所爭執，……如係檢察官提出者，依刑事訴訟法第156條第3項之相

自己有權拒絕，雖亦屬「自願性」的綜合判斷因素之一²²，但執法機關並無「義務」告知其有拒絕權利²³。除此之外，第二巡迴上訴法院曾經也表明，即便同意者並不清楚警方所要找尋的事物，仍不影響同意的有效性²⁴。

其次，關於「同意範圍」，雖然主要在探究具體案件的事實及證據，但還是有判斷標準的問題。在1991年的Jimeno案中²⁵，警方對於懷疑販毒的嫌犯跟車，隨後以交通違規為理由攔停，在警方告知有權拒絕同意搜索後，被告仍同意警方搜索車輛，隨後警方在車輛地上發現摺疊的棕色紙袋，打開後發現1公斤的古柯鹼，被告則

同法理，法院應命檢察官……指出證明之方法」)。

²² 例如：Bumper v. North Carolina, 391 U.S. 543 (1968)一案中，警方聲稱自己有搜索票（實際則無），同居者因而「同意」搜索時，等同受告知不得拒絕搜索（*id.* at 546-50），而無異受到強制，同意應屬無效（“[W]here there is coercion there cannot be consent.”, *id.* at 550）。

²³ See *Schneekloth*, 412 U.S. at 232-34, 248-49; *United States v. Drayton*, 536 U.S. 194, 206-07 (2002). 以及：United States v. Collins, 683 F.3d 697, 702 (6th Cir. 2012)（借車人同意搜索，警方無須告知借車人及出借人有拒絕權利）。

關於告知義務，我國否定見解參：王兆鵬、張明偉、李榮耕，同前註2，頁304（是否應告知，需結合證據排除效果一併考量）。肯定見解參：謝志鴻，同前註5，頁233-234、242（權利拋棄應以知悉權利內容及效果為前提）；最高法院108年度台上字第839判決：「……『同意搜索』乃放棄基本權對隱私的保護與令狀主義的堅持，本質上趨近所謂『任意處分』，……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，……。」

²⁴ *United States v. Snow*, 44 F.3d 133, 135 (2d Cir. 1995) (“[...] defendant did not and probably could not know what the officer was looking for does not change our view of his consent.”).

²⁵ *Florida v. Jimeno*, 500 U.S. 248 (1991).

爭執同意搜索範圍並不包括該紙袋內的物品²⁶。聯邦最高法院指出，同意的判斷應採取客觀標準，亦即「被告與執法者溝通之際，典型理性者得以理解者」²⁷；並認為同意搜索權人有權利限定搜索範圍，但倘若同意者未限定其區域或物件時，其同意範圍得以合理客觀判斷及於概括同意者²⁸。

(二)「第三人同意」的問題

由於權利人可能是複數，因此，倘若僅有「部分」權利人同意搜索空間或物件，能否成為有效的同意搜索？另外，實際上並無同意權限，但因外觀呈現有權限之人「同意」搜索時，此時同意搜索是否仍然有效？上述兩種類型，前者是「共同權限」、後者則是「表現權限」的問題。該兩者都涉及「未曾實際自願拋棄權利者，因他人同意而受搜索」的核心概念。據此，可以先歸納為「第三人同意」是否有效的問題。

²⁶ *Id.* at 249-50.

²⁷ *Id.* at 251 (“[T]he standard for measuring the scope of a suspect's consent under the Fourth Amendment is that of ‘objective’ reasonableness – what would the *typical reasonable person have understood* by the exchange between the officer and the suspect?”) (emphasis added). 該標準也經常受到下級審所援用，*see, e.g., United States v. Santana-Aguirre*, 537 F.3d 929, 932 (8th Cir. 2008); *United States v. Luken*, 560 F.3d. 741, 744 (8th Cir. 2009).

²⁸ 據此，聯邦最高法院認為，該案中，被告既然沒有限定特定容器不能搜索，則警方認為被告一般性的同意搜索車輛時，進而搜索車輛座位地板上的紙袋內容物，客觀上應屬合理（*Jimeno*, 500 U.S. at 251-52）。

倘若從「權利拋棄說」出發，「第三人」如何「拋棄」他人的權利？——或說，本人為何得因「第三人」之同意，而「被」拋棄權利？聯邦最高法院過去無意處理這個基本但困難的問題²⁹。直到1961年的Chapman案³⁰，才漸漸開啟其實質的說理。該案中，某房屋的共有者（房東）發現屋內有濃重威士忌原料味，報警後要求警方爬窗進入，進而查獲被告Chapman（房客）違法釀酒裝備與原料³¹。聯邦最高法院認為這屬於非法搜索扣押，其中的一個理由是：即便房東在財產法上可能有權進入查看廢棄物，但本案如此作為，等同由房東解除房客的第四修正案權利保護³²。接著，在1964年的Stoner案中³³，聯邦最高法院指出：「第四修正案權利並不受到不切實際的『表現權限』侵蝕」³⁴，認為第四修正案的憲法權利，僅能由權利人或其代理人透過其言行而放棄³⁵。因此警方透過旅館櫃檯人員逕自同意搜索住客房

²⁹ See, e.g., *Amos v. United States*, 255 U.S. 313, 317 (1921)（妻子可否同意搜索與丈夫共住的房屋，該爭點不予處理）。

³⁰ *Chapman v. United States*, 365 U.S. 610 (1961).

³¹ *Id.* at 611-12.

³² *Id.* at 616-17. “[...]to uphold such an entry, search and seizure ‘without a warrant would reduce the (Fourth) Amendment to a nullity and leave (tenants’) homes secure only in the discretion of (landlords).’...” (quoting: *Johnson v. United States*, 333 U.S. 10, 14 (1948)).

³³ *Stoner v. California*, 376 U.S. 483 (1964).

³⁴ *Id.* at 488 (“[...]the rights protected by the Fourth Amendment are not to be eroded ... by unrealistic doctrines of ‘apparent authority.’”).

³⁵ *Id.* at 489 (“[I]t is important to bear in mind that it was the petitioner’s constitutional right which was at stake here, and *not* the night clerk’s *nor*

間，不能認屬有效的同意搜索³⁶。

不過，聯邦最高法院後來漸漸地在「共同權限」與「表現權限」的問題，呈現了不同的理論基礎走向。關於「共同權限」的核心概念，走向「共同權限」者得以基於自身權限對抗未同意者，而未同意者必須「承擔風險」的方向³⁷。「表現權限」則是脫離權利拋棄的脈絡，而以第四修正案的「合理性」為基礎。以下分述之。

二、共同權限

(一)基於第三人自身權限所來的風險承擔

具有「共同權限」者，是否得以「同意搜索」，其範圍如何？在1974年的Matlock案中³⁸，Matlock住在Marshall夫婦租來的房子，並與Marshall太太、其數名子女（其中一名女兒為Graff太太）、3歲外孫同住，後來警方因Matlock涉嫌銀行強盜案而前往該處，先在院子裡

the hotel's. It was a right, therefore, which *only* the petitioner could waive by word or deed, either directly or through an agent") (emphasis added).

³⁶ *Id.* at 490.

³⁷ 由於第四修正案本身在禁止「不合理」的搜索扣押，因此，不論是「同意搜索」或「第三人同意搜索」，會產生「權利拋棄」或「合理性」（reasonableness）為基礎的討論爭議（*see, e.g.,* WAYNE R. LAFAYE, SEARCH AND SEIZURE § 8.1(a) (6th ed. 2020)）。然而，如同前述的篇幅限制與議題定位（參同前註16），本文以美國的案例法走向作為觀察重點，無法臚列比較法上的學理深入開展。因此，本文就上開問題，僅於必要時如同前註腳中簡要交代。

³⁸ *United States v. Matlock*, 415 U.S. 164 (1974).

逮捕Matlock後，警方遇見並告知Graff太太他們正在找錢和槍枝，Graff太太（被認定）同意警方搜索³⁹；警方後來到Graff太太與Matlock共用的二樓東側房間搜索時，找到4,995美金，因此Graff太太的同意是否有效，成為重要爭點⁴⁰。聯邦最高法院認為：在場之「共同權限」者有權同意整體的搜索，而不受缺席者的意願影響⁴¹；並進一步指出，「共同權限」的基礎，是因為共同權限者有權近用、控制財產，同居者亦有其自身權利得以同意受檢視，從而其他同居者「承擔」共同區域受到搜索的「風險」⁴²。

（二）風險承擔之限縮：「明示反對」的案例

1. Georgia v. Randolph：現場「明示反對」

不過，在被告已經現場實際明示反對的狀況，這時候無法僅依據共同權限者的同意，進而正當化同意搜

³⁹ See *id.* at 166.

⁴⁰ See *id.* at 166-67.

⁴¹ See *id.* at 169-71. 按：本案威斯康辛西區法院認為，搜索當下必須存在同意搜索者之「同意」得以拘束他人的事實（“[T]he District Court ruled ... the Government had to prove ... that ‘just prior to the search, facts do exist which render the consentor’s consent binding on the putative defendant.’...”），而檢方提出的事證並不足以證明此點，後來第七巡迴上訴法院亦駁回上訴（see *id.* at 167-69）。

⁴² *Id.* at 171, n. 7 (“[C]ommon authority ... rests rather on *mutual use* of the property by persons generally having *joint access* or *control* for most purposes, so that it is reasonable to recognize that any of the co-inhabitants has the right to permit the inspection in his own right and that the others have assumed the risk ... to be searched.”) (emphasis added).

索。例如2006年的Randolph案中⁴³，被告Randolph與妻子Janet在2001年5月底分居，但Janet在7月回到被告家中時，報警稱被告將其兒子帶走、且被告有使用古柯鹼、並因此導致財務問題，被告出面解釋其行為是為了避免兒子再被妻子帶走、並否認使用古柯鹼；警方找到孩子後，Janet再次告知警方家中有毒品相關證據，警方徵得Janet同意後，不顧被告現場明示反對而進入屋內，進而發現毒品吸管與粉末，後來把夫妻兩人、上述毒品吸管都帶回警局後，再另行聲請搜索票獲准，因而查獲被告的其他毒品證據⁴⁴。

聯邦最高法院於本案表示：共同權限的同意搜索應該在「社會廣泛認同之期待」（“widely shared social expectations”）或「社會慣行」的狀況下（“customary social usage”）考量⁴⁵。一般來說，在欠缺公認的上下權限階級時（例如父母、子女），同住者的權限並無優劣之分，但就像是賓客受到他人邀請入其住所，而另一共同權限者已經現場明示反對時，此時理智的賓客也不會貿然地進入⁴⁶。至於Matlock判決雖認為同居者得以基於自身權利而有權同意搜索，但這樣的權限並不是單純基於財產法的因素，毋寧是基於社會慣行所共認，而在特

⁴³ Georgia v. Randolph, 547 U.S. 103 (2006). 引介與分析可參：李榮耕，同前註5，頁120-124；謝志鴻，同前註5，頁236。

⁴⁴ See Randolph, 547 U.S. at 106-07.

⁴⁵ See id. at 111, 121.

⁴⁶ See id. at 113-14.

定情況下影響第四修正案之合理性判斷⁴⁷。因此，同意搜索當下，其他共同權限者已經現場實際反對時，並不受到「風險承擔」（“assumption of risk”）的拘束⁴⁸。

但這樣以「合理性」為名的「社會判斷」，當然也不無爭議⁴⁹。Randolph案中，Roberts大法官提出、Scalia大法官加入的不同意見認為，多數意見是以非典型的社交案例來創造憲法，更何況社會現實案例千變萬化，難以一概而論；例如兩個室友間共享電腦，則個人將盜版軟體安裝在電腦上時，也放棄了其隱私期待⁵⁰。而且，就如同被告在場也不能阻止其他共犯將證據交給警方一樣，共享權限者本應承擔風險，所以本案應該以風險承

⁴⁷ *Id.* at 120-21 (“[...] the ‘right’ to admit the police to which *Matlock* refers is *not* an enduring and enforceable ownership right as understood by the private law of property, but is instead the authority *recognized by customary social usage* as having a substantial bearing on Fourth Amendment *reasonableness in specific circumstances.*”) (emphasis added). 按：本文認為，共同權限的核心仍然是共同權限者的彼此近用、承擔風險。Randolph判決加入的「合理性」文字，雖可較為貼近第四修正案，但其作用並非建構共同權限的基礎，而是在結論層次限定共同權限的適用範圍（並可比較其後述不同意見書）。就此角度而言，Randolph判決並沒有改變Matlock判決的理論基礎。

⁴⁸ 後來的實務判決有稱為「Randolph法則」（“Randolph Rule”），參：United States v. Thomas, 818 F.3d 1230, 1240 (11th Cir. 2016).

⁴⁹ 本文以下僅引用針對「社會性」爭點的不同意見。至於Thomas大法官在本案的不同意見，則是認為本案並非警方或其代理人要求進入，而是私人帶領警方進入，不構成搜索，因此本文不再另行討論。See *Randolph*, 547 U.S. at 145-49 (Thomas, J., dissenting).

⁵⁰ *Randolph*, 547 U.S. at 127, 129-31 (Roberts, J., dissenting, joined by Scalia, J.).

擔理論處理即可⁵¹。其重點在於個人本來可以自由地排除他人近用或控制物件或空間，但倘若共享時，就需要承擔他人同意搜索的風險⁵²。Scalia大法官並單獨提出不同意見，認為共同權限者平等且衝突時，共同權限者仍有權同意，而不受他方阻礙（尤其本案涉及受家暴婦女同意警方進入配偶家中）⁵³。

2. Fernandez v. California：「先前」現場明示反對者仍需承擔風險

類似但有所區別的，在2014年的Fernandez案中⁵⁴，被告涉嫌持刀、自稱某幫派成員，並聯合其餘4名歹徒強盜了Abel Lopez，兩名員警接獲報案前往後，在場有名男子指稱被告在某特定公寓裡，該建築物當時也發出打鬥聲與叫囂聲，警方待支援到達後敲門，應門的卻是抱著嬰兒的Rojas，當時Rojas臉上、身上都有傷痕、看來似乎剛哭過，並告知警方其於現場遭毆打，而她與4歲兒子是唯二在場的人⁵⁵。於是，警方要求Rojas步出，以便進行保護性掃視（protective sweep），但被告隨即穿著四角褲出現，激動地要求警方離開，警方隨即因被告涉嫌毆打Rojas，而將之逮捕並帶回警局；警方於1小時後返回該公寓，告知Rojas稱被告已經遭到逮捕、且獲得

⁵¹ *Id.* at 128 (Roberts, J., dissenting, joined by Scalia, J.).

⁵² *Id.* at 135-36 (Roberts, J., dissenting, joined by Scalia, J.).

⁵³ *Id.* at 144-45 (Scalia, J., dissenting).

⁵⁴ *Fernandez v. California*, 571 U.S. 292 (2014).

⁵⁵ *Id.* at 295.

Rojas同意搜索後，查獲被告的幫派相關物件、蝴蝶刀、涉嫌強盜所用的衣物、彈藥，且Rojas的小孩還告知警方被告藏放散彈槍的地方：被告後來被起訴強盜、非法持有槍彈及家暴等罪，並被判處有期徒刑14年⁵⁶。

本案的爭議是：當被告已經現場實際明示「不」同意搜索，卻因故被逮捕，導致後來在同居人同意搜索時，被告未能在現場，此時，是否仍能援用Randolph判決⁵⁷？聯邦最高法院認為，家宅權利人既有權限讓他人進入檢視，也有相同權限予警方為之⁵⁸。聯邦最高法院並指出：在Matlock判決的事實中，Matlock已經被逮捕而身在警車，但警方徵求共同居住的Graff同意搜索，此時同意仍屬有效，而得以對抗不在場者⁵⁹。且Rodriguez案中，聯邦最高法院也表明警方合理相信表現權限者的同意，並不違反第四修正案⁶⁰。再者，Randolph判決已經認定特定場所的共同居住者有權同意搜索，此時本人必須承擔風險，僅在本人實際在場明示反對之情形下，不

⁵⁶ *Id.* at 296-97.

⁵⁷ 下級審一致認為，Randolph判決中，共同權限人（Rojas）同意時，持反對意見者（Fernandez）身在現場是必要條件，因此駁回被告的排除證據動議（*id.* at 297）。

⁵⁸ *Fernandez*, 571 U.S. at 298 (“[T]he owner of a home has a right to allow others to enter and examine the premises, and there is no reason why the owner should not be permitted to *extend this same privilege to police officers* if that is the owner’s choice.”) (emphasis added).

⁵⁹ *Id.* at 299-300.

⁶⁰ *Id.* at 300 (citing: *Illinois v. Rodriguez*, 497 U.S. 177 (1990)). 按：該案屬於「表現權限」的經典案例，詳本文後述。

適用之⁶¹。此一「實際在場」者（“present at the scene”，“physically present”）的明示反對，是決定的關鍵因素⁶²。於本案中，被告雖然主張，其不在場是因為警察將其帶走、且其先前明示反對效力仍持續存在⁶³；但本案是依據客觀合理的事由移置反對者（＝被告），而非警方刻意為避免現場反對，而將潛在反對者帶走⁶⁴。另外，Randolph判決已經指出「社會廣泛認同之期待」或「社會慣行」相當重要，因而認為「同意搜索者」不會凌駕「現場實際反對者」，但這類情形，當反對者不在現場時，賓客還是可能入內；倘若以被告「先前實際反對」作為判準，將會造成難以處理的狀況，比如反對的效力持續時間、將來是否仍有權限⁶⁵、「不在場反對」之必要程序或要件、其他不知情之執法機關是否受到限制等，均相當不明或無從執行，因此被告的意見無法採用⁶⁶。

三、表現權限：指標的Rodriguez判決

（一）基礎事實

聯邦最高法院針對第三人同意搜索的「表現權限」

⁶¹ *Id.* at 300-01.

⁶² *Id.* at 301.

⁶³ *Id.* at 302.

⁶⁴ *Id.* at 302-03.

⁶⁵ 按：例如租客被關起來後、沒有繼續付房租，難以認定共同權限的後續效力（*id.* at 305）。

⁶⁶ *See Fernandez*, 571 U.S. at 298 at 303-06.

（表現出「共同權限」的外觀），在1990年的Illinois v. Rodriguez的案件進一步作出認定⁶⁷。

該案中，警察因接獲報案，來到Dorothy Jackson位於芝加哥南威爾科特（South Wolcott）的住所，Jackson的女兒Gail Fischer向警方出示其被嚴重毆打的狀況，並向警方告知，同日稍早之前，她在南加州的一間公寓被Rodriguez毆打，且告知警方Rodriguez正在睡覺，同意和警方一同前往該處、以便持其鑰匙為警方開門、進入逮捕Rodriguez；談話中，Fischer數次向警方提及該處是「我們的」（“our”）公寓，並稱其在該處還有衣物、家具（Fischer雖曾居住在該處，但當時是否仍住該處並不清楚）；警方隨即驅車與Fischer前往該公寓（未另外聲請拘捕或搜索令狀），到該處時，Fischer以其鑰匙開門讓警方進入，警方進入後，隨即目視發現毒品用具、裝滿古柯鹼的容器，到了正在睡覺的Rodriguez臥室後，再目視發現其他古柯鹼，於是逮捕Rodriguez並扣押上述物品⁶⁸。因此，該案同意搜索是否有效，即成重要爭點⁶⁹。

⁶⁷ Illinois v. Rodriguez, 497 U.S. 177 (1990).

⁶⁸ *Id.* at 179-80.

⁶⁹ 針對該案「同意搜索」爭點，Rodriguez主張Fischer早在前幾週就搬出公寓，而無權同意搜索，地區法院認同該異議，認為Fischer並非該公寓租約名義人、未分擔租金、亦無自身獨立決定邀請他人造訪的權限，且當時Fischer也將部分財產移出，因此Fischer不是該處的「常住居民」（“usual resident”），而僅是「偶見訪客」（“infrequent visitor”）；第八巡迴上訴法院亦駁回檢方（主張警方合理信任Fischer、屬於合理搜索）的爭議（*id.* at 180）。

(二)法院見解：「合理性」

對此，聯邦最高法院首先指出：Matlock判決的「共同權限」，應由檢方負舉證責任，而依照本案事證，同意搜索者（Fisher）實際上並無共同權限⁷⁰。其次，Rodriguez主張其未曾同意搜索，而面對「權利拋棄」與「合理性」的爭議，聯邦最高法院指出：第四修正案要求合理性（“reasonableness”）、但不要求一律正確，例如法官基於看來可靠的相當理由而發出搜索令狀、但實際並不正確時，此時的錯誤也只是「生活在安全社會的代價」（“the cost of living in a safe society”），而非違反第四修正案⁷¹；針對執法人員在搜索過程的事實判斷，亦屬相同⁷²。

Rodriguez判決並認為，先前的Stoner判決，雖然提到權利不受「不切實際」（“unrealistic”）的「表現權限」所侵蝕；但該判決所謂「不切實際」的用詞，敘述實則相當模糊，而非僅能解釋為「表現權限」本身不切實際，也可能指不能仰賴「不切實際」的「表現基礎」⁷³。再者，Stoner判決縱然指出僅能由權利人或代理

⁷⁰ See *Rodriguez*, 497 U.S. at 181-82.

⁷¹ See *id.* at 184.

⁷² See *id.* at 184-85 [quoting: *Maryland v. Garrison*, 480 U.S. at 88 (1987)]. 按：關於該判決所引用Garrison案，其基礎事實（令狀記載與實際情況有差別）及其「判斷錯誤、但仍屬合理」等見解，可參照：施育傑，數位、科技與刑事程序干預處分——資訊框架理論之建構，政治大學博士學位論文，2020年5月，頁192，註1207]。

⁷³ See *id.* at 187 (quoting: *Stoner*, 376 U.S. at 488).

人拋棄權利，但亦指出判斷基礎是「警方對夜班櫃台有否受到授權，無法認為具備任何信賴基礎」，因此，也得以（更可取地）解為警方明知同意來自櫃台人員、而非源自該案被告，從而無法合理信賴所謂同意權限⁷⁴。據此，重點是執法人員獲得某人同意進入某處時，仍需依周遭環境、當下所獲事證判斷，能否讓合理謹慎之人不需懷疑、進一步查證，即可信同意者有其權限⁷⁵。依據該判決見解，倘若執法機關善意、合理認定已得到權利人的同意（＝「表現權限」），此時並非憲法第四修正案所要禁止的「不合理搜索」。不過，執法人員仍然必須依照整體情狀判斷同意權限之有無，不能一獲同意即認為符合表現權限。

據此，聯邦最高法院於Rodriguez判決，明示將原來同意搜索的「權利拋棄（讓渡）」基礎，轉往搜索的「合理性」認定。不過，必須注意的是：表現權限必須是執法人員在當下事證足以認定、而無模糊情境存在時，因為信任「同意者」即屬「有權同意者」（包括共同權限），方可認為具備「合理性」，因此表現權限仍

⁷⁴ See *id.* at 188 (quoting: *Stoner*, 376 U.S. at 488, “[...]there is nothing in the record to indicate that the police *had any basis whatsoever to believe* that the night clerk had been authorized by the petitioner to permit the police to search the petitioner’s room.”) (emphasis added).

⁷⁵ 換言之，倘若在模糊（ambiguous）情境下，警方有進一步探知權限的責任。See *id.* at 188-89; also *United States v. Kimoana*, 383 F.3d 1215, 1222 (10th Cir. 2004).

然有其框架，而非漫無邊界⁷⁶。不過，各州法院仍可能依據其州（憲）法，對同意搜索的「合理性」作出更嚴格的限制⁷⁷。

參、同意搜索電子設備的案例：以共同 權限及表現權限為中心

一、一般性的應用

既然同意搜索植基於權利拋棄，其搜索範圍往往亦繫於權利人的拋棄意願。一般來說，如果權利人本於自願而主動明示範圍，不太容易產生爭議；因此會產生問題的，往往是同意搜索時，權利人自身未明確指出搜索範圍的狀況。將此問題延伸至電子設備的搜索，會產生爭議的問題即為：倘若同意搜索電子設備而未限定內容時，是否及於設備內所有資訊⁷⁸？

⁷⁶ 例如，認為表現權限以客觀標準判斷：United States v. Gillis, 358 F.3d 386, 390 (6th Cir.2004); United States v. Hunyady, 409 F.3d 297, 303 (6th Cir. 2005).

⁷⁷ 例如奧勒岡州最高法院在State v. Blair, 361 Or. 527, 535-38 (2017)認為，州憲第1章第9條與第四修正案的解釋並不完全相同（*id.* at 535. “This court’s focus on actual consent as a touchstone of the consent exception under Article I, section 9, is distinct from the way the consent exception operates under the Fourth Amendment.”），依據州憲，無令狀搜索本身原則就是不合理的，因此無令狀例外必須嚴格解釋，從而同意搜索的要求較Rodriguez判決要多，必須特別考量「同意人」的精神狀態、實際理解程度及其同意範圍（*see id.* at 535-38）。

⁷⁸ 即便從我國法規範來看，在同意權人書面同意搜索「電磁紀錄」時，仍然會有一樣的問題。詳言之，我國刑訴雖規範「電磁紀錄」得作為搜索客體（刑訴第122條），但「電磁紀錄」的範圍相當廣泛（刑法

2002年紐約南區法院的Al-Marri案⁷⁹，以一般客觀標準、並以同意搜索權人自身主觀的背景知識作為加強論述，是值得稍作引介的案例。該案中，來自卡達的Al-Marri以前曾在美國取得電腦科學學士學位，並自2001年再度前往美國攻讀電腦科學碩士，911事件後，FBI獲報Al-Marri有可疑情形，因而派出兩名探員前往訪查，第一次訪查時，被告回答探員問題、並同意搜索行李箱，兩個月後，探員第二次再度前往，被告同意探員進入其住所、並同意探員逐個房間查看⁸⁰。探員後來在主臥房看到筆電，要求可否「帶回辦公室『看一看』」（“take it to their office ‘to take a look at it’”），理由是沒有時間、技術在現場處理⁸¹，依照探員證詞，Al-Marri同意並關閉筆電電源，並且同意探員一併將現場發現的幾張CD、磁片（diskettes）帶回⁸²。後來探員將被告帶回詢問，在辦公室要求Al-Marri簽署同意書面時，Al-Marri拒絕簽名；詢問結束後，探員特別提醒Al-Marri欺騙聯邦探員的後果，並且要求Al-Marri次日測謊，Al-Marri同意

第10條第6項：「稱電磁紀錄者，謂以電子、磁性、光學或其他相類之方式所製成，而供電腦處理之紀錄」），而「電磁紀錄」可能是電腦內的任何一個檔案、程式、甚而是延伸到雲端的資訊。因此，縱使「同意書」記載同意搜索「電磁紀錄」，但僅依據這樣的書面文字記載，仍然難以限定電子儲存設備內（或延伸到雲端）所要特定的搜索標的。

⁷⁹ United States v. Al-Marri, 230 F. Supp. 2d 535 (S.D.N.Y. 2002).

⁸⁰ *Id.* at 536-37.

⁸¹ *Id.* at 537.

⁸² *Id.*

後，詢問可否於該日晚間將電腦拿回，探員告知「不行，至少今晚不行」（“No, not tonight.”），次日（12/12）Al-Marri改為拒絕測謊、但以證人身分（material witness）受到拘留，FBI在此期間鑑識其電腦（12/12-12/23），發現有關信用卡詐欺的證據（卡號、資訊及網站書籤等），之後被告因詐欺案件被起訴⁸³。

法院採信FBI探員的證詞，認為被告曾經同意搜索房屋及電腦⁸⁴，但同意搜索電腦的範圍如何？法院認為，第四修正案的關鍵在於「合理性」，因此衡量被告的同意搜索範圍，應該是最高法院曾經提示過的，「被告與執法者交流之際，典型理性者得以理解者」⁸⁵。本案中，電腦科學專業的Al-Marri應該可以相當瞭解FBI將電腦帶回、徹底檢視的能力，而且也可以對FBI指出同意搜索的範圍（包括文件夾或程式範圍），但其並未為之（未限定範圍）⁸⁶；客觀來說，探員因此理解為得以對筆電廣泛搜索，應屬合理⁸⁷。至於Al-Marri後來雖然有再詢問探員能否拿回電腦，但當探員表示不行時，客觀上Al-

⁸³ *Id.* at 537-38.

⁸⁴ *Id.* at 539 (“[...], this Court concludes that Al-Marri gave consent to the search of his home, laptop computer...”).

⁸⁵ *Id.* (citing: *Jimeno*, 500 U.S. at 251).

⁸⁶ *Id.* at 539-40.

⁸⁷ *Id.* at 540 (“[V]iewed objectively from the perspective of the agents, it was reasonable ... this unrestricted grant of access, combined with Al-Marri’s expertise in computer technology and his helpful attitude in handing the laptop over, indicated that Al-Marri had no qualms about an extensive search of his computer.”).

Marri清楚FBI將繼續扣留該電腦至當晚之後的不確定期間，Al-Marri若不同意留置電腦，得以理性認定Al-Marri將要求限定期間返還，但Al-Marri仍未如此作為，因此其先前同意並未終止（未限定時間）⁸⁸。據此，在「同意搜索者主觀可預見且未限定範圍時」，會概括及於整部電腦內容。

其後的類似案例，認定結論也大致相同。第七巡迴上訴法院在2005年的Long判決認為：於被告書面同意時，同意範圍原則應依書面記載認定，此時得以認為包括同意搜索特定區域中的電腦，也包括電腦中的全部資料範圍⁸⁹。據此，當事證顯示同意權人並未限定同意範圍的特定客體、內容時，搜索會及於同意範圍內全部的物件、資訊。

依據上述見解，倘若同意搜索某區域、但未限定特定範圍或物件時，該區域內的電腦會被判定在同意範圍

⁸⁸ *Id.* (“[...] a reasonable person would have expected Al-Marri to ask for the computer to be restored to him within a specified time frame for whatever reason justified a prompt return. [...] his consent could reasonably have been understood to be open-ended and given without a limitation on time or scope.”).

⁸⁹ *United States v. Long*, 425 F.3d. 482 (7th Cir. 2005). 該案中，被告爭執書面同意搜索辦公室並不包括筆電、CD以及據此而來的全面鑑識（*id.* at 486），但法院以該書面記載相當明確而駁回（*id.* at 487. “[W]e reject Long’s argument for the simple reason [...]. The consent form stated [...] that the officers were authorized to remove and search any documents and property ‘including but not limited to computer hardware, software, and all other external media storage.’”）。

之內；不僅如此，同意搜索電腦時，若未限定範圍，也會包括該電腦裡的全部內容。

二、共同權限的指標案例：Trulock判決

在「共同使用電腦」的案例中，能否藉由共同使用者的「共同權限」，讓同意搜索範圍及於被告自身使用的檔案？於2001年第四巡迴上訴法院的Trulock案中⁹⁰，就涉及了這個爭點。該案原告主張被告（FBI官員）搜索共用房屋、電腦而違反第四修正案，進而提起民事訴訟⁹¹。值得注意的是，該案除了將電腦類推「閉密容器」之外⁹²，也將「密碼」作為重要的「共同權限」判斷依據。分述如下。

（一）基礎事實⁹³

原告Notra Trulock於1994-1998年任職能源部情報辦公室主任（Director of the Office of Intelligence of the U.S. Department of Energy），並在1995-1998年兼任反情報辦公室（Office of Counter intelligence）主任，其於1998年間，揭露疑有中國間諜已系統性滲透多個（核

⁹⁰ Trulock v. Freeh, 275 F.3d 391 (4th Cir. 2001).

⁹¹ 即一般所稱“Bivens action”（*see id.* at 399-402）。該訴訟類型是從Bivens v. Six Unknown Named Agents of Fed. Bureau of Narcotics, 403 U.S. 388 (1971)而來，該判決確認私人得以聯邦官員違反第四修正案為由，提出民事侵權訴訟。

⁹² 將電腦類推為容器的基礎方向，並參本文肆、二以下。

⁹³ 兩造所為主張但有爭執而無證據可證明部分，本文原則上不整理入基礎事實；但有影響部分，則在註腳整理說明。

子) 武器實驗室，並認為白宮、FBI及CIA都忽視其警告，後來，Trulock因而受到降職處分、離開政府部門⁹⁴。2000年初，Trulock意欲披露相關過程、並認為其原稿並不涉及機密，但仍要求能源部進行安全審查（security review），能源部拒絕後，Trulock便與雜誌社合作、預計出版文章⁹⁵。至於另外一位原告Linda Conrad，則是在本案主任辦公室擔任助理長達6年（包括接任辦公室主任Lawrence Sanchez到任後的期間），Trulock並與Conrad同居在Conrad所有的房屋⁹⁶。

Conrad於2000年7月14日早晨上班時，Sanchez把她帶到一旁，向她告知FBI想要詢問她關於Trulock的事情，並警告她若不合作，FBI會有搜索令狀，將在大眾媒體前破門（但並無證據可認Sanchez的行為係源起或受FBI所指示）⁹⁷，當天下午，FBI探員前往辦公室找Conrad，並將她帶到會議室後，詢問Trulock的個人紀錄與電腦檔案的問題⁹⁸。Conrad告知FBI她與Trulock共用電腦，但兩人各別都有密碼所保護的檔案，兩人也不知道彼此的密碼；探員詢問完畢後，給Conrad一張同意搜索書面並要其簽字⁹⁹。之後，FBI探員與Conrad前往其住處，

⁹⁴ *Trulock*, 275 F.3d at 397.

⁹⁵ *Id.*

⁹⁶ *Id.* at 397-98.

⁹⁷ *Id.* at 398.

⁹⁸ *Id.*

⁹⁹ *Id.* Conrad並主張，探員當時沒有解釋書面意義、Conrad也未閱讀該

Trulock當時在場、且要求出示搜索令狀，FBI探員向Trulock告知Conrad已經同意搜索¹⁰⁰，並將系爭電腦放置在臥室後，由其中一位探員及鑑識人員在現場搜索電腦內容約90分鐘¹⁰¹，現場搜索結束後，FBI人員將電腦帶走，給予Conrad收據¹⁰²。

(二)法院意見

關於同意搜索的爭議¹⁰³，原告主張Conrad的同意並非出於自願；被告則認為Conrad已經簽署書面同意搜索而有效¹⁰⁴。法院指出：同意搜索應綜合一切情況、判斷同意者是否出於知情同意¹⁰⁵。原告主張Sanchez為FBI傳達強制的訊息，因此Conrad的「同意」搜索應屬於無效；而依據Bumper判決的標準（「同意」搜索不能出於強制）¹⁰⁶，本案確實是由Sanchez告知Conrad關於FBI的訊息，Conrad也因而認為其受到轉達FBI的訊息，從而其

書面記載內容，Conrad事後才知道那是同意搜索的書面。不過，Conrad並未主張探員聲稱已有搜索票，或脅迫其若不同意將破門，或提到媒體的事情，但Conrad同時也主張其當時很害怕、哭泣並顫抖（*id.*）。

¹⁰⁰ *Id.* 原告並未主張Conrad當時有試圖撤回同意，也未主張Trulock以其自身權限阻止搜索（*id.*）。

¹⁰¹ *Id.* 原告另主張FBI人員當時已檢視了Trulock受密碼保護的檔案（*id.*）。

¹⁰² *Id.*

¹⁰³ 本案另有關於訴權、第一修正案的爭議（*see id.* at 399-400, 404-06），考量與本文相關性不高，於此省略。

¹⁰⁴ *Trulock*, 275 F.3d at 401.

¹⁰⁵ *Id.*

¹⁰⁶ 關於Bumper判決，參本文同前註22。

同意並非出於自願，應屬無效¹⁰⁷。

其次，巡迴上訴法院除了認同Trulock的主張，認定本案Conrad的同意無效之外，並指出Conrad之同意即便有效，亦無權搜索Trulock的私人密碼保護檔案¹⁰⁸。法院認為，有效的第三人同意搜索的要件有二：第三人有權同意¹⁰⁹，且其同意出於自願¹¹⁰。依據Matlock判決建立的標準，共同權限並非單純源於財產利益，而是共同近用、控制而有檢視權限，因而其他共用者應承擔受搜索共用區域的風險¹¹¹。本案中，Conrad與Trulock雖然共用電腦（硬碟），但該兩人彼此間有各自受密碼保護的檔案，且Conrad無權近用Trulock的檔案，從而，Conrad雖然有權對電腦同意搜索（a general search of the computer），但該權限並不及於Trulock受密碼保護的檔案¹¹²。例如，第四巡迴上訴法院在先前的Block案中，認

¹⁰⁷ *Trulock*, 275 F.3d at 401-02. 不過，本案執法人員得以豁免責任（qualified immunity），理由是：依據上述過程，本案並沒有證據顯示FBI透過或知悉Sanchez曾向Conrad傳達訊息，FBI也未曾告知Conrad有所謂的搜索令狀，而且還給予Conrad同意搜索書面、由她簽字，且FBI在搜索前還告知Trulock本案並無搜索令狀、而由Conrad同意（*id.* at 402）。據此，「合理的執法人員都會認為Conrad出於自願」（*id.* “[B]ased upon these facts, no reasonable officer would have believed that Conrad’s consent was involuntary”）。

¹⁰⁸ *Trulock*, 275 F.3d at 402.

¹⁰⁹ *Id.* (citing: *Stoner*, 376 U.S. 483).

¹¹⁰ *Id.* at 403 (citing: *Bumper*, 391 U.S. at 548).

¹¹¹ *Id.*（除引用Matlock判決外，另引用Frazier v. Cupp, 394 U.S. 731, 740 (1969)，該判決認共用者有權同意搜索整個行李袋）。

¹¹² *Id.*

為母親有權同意搜索其與Block共用的房間，但同意權限不及於該房內上鎖的箱子，從而「共同權限」的同意搜索範圍，並不當然及於個別的密閉空間（discrete enclosed space）；而這種「共用區域的密閉容器／空間」，也成為個案中「共同權限」者，其同意有效範圍的基礎界線¹¹³。本案Trulock受密碼保護的檔案，就有如房內的上鎖箱子，由Trulock以密碼確實地排除了Conrad或他人近用的權限，況且Trulock既然不讓Conrad知悉密碼，因此也不能認為Trulock必須要「承擔」該等檔案受到搜索的「風險」¹¹⁴。綜上，Trulock對密碼保護的檔案有合理隱私期待，且Conrad同意權限不及於此，而無法以共同權限正當化，本案執法人員之作為違反第四修正案¹¹⁵。

三、表現權限的若干案例

（一）Morgan案

1. 基礎事實

2006年第六巡迴上訴法院的Morgan案中¹¹⁶，被告妻

¹¹³ *Id.* (citing: *United States v. Block*, 590 F.2d 535, 541 (4th Cir.1978)).

¹¹⁴ *Id.*

¹¹⁵ *Id.* 但本案執法人員仍得以豁免責任，理由是：於相同職位而合理的執法人員，並不清楚其搜索將違反標準；亦即，當時其他案例法標準並不一致，例如*United States v. Smith*, 27 F. Supp. 2d 1111 (C.D.Ill. 1998)認為得以全權近用電腦之第三人有權同意搜索電腦；但*United States v. Barth*, 26 F. Supp. 2d 929 (W.D.Tex. 1998)則認為電腦維修人員無權同意搜索（*See Trulock*, 275 F.3d at 403-04）。

¹¹⁶ *United States v. Morgan*, 435 F.3d. 660 (6th Cir. 2006).

子Cassie因為懷疑自己丈夫透過家中電腦瀏覽兒童色情物件，於是偷裝了間諜軟體（“Spectro Spy”），用以監控螢幕狀態並擷取畫面，發現懷疑屬實，嗣後通報警方到場，進而同意警方搜索該電腦¹¹⁷。該電腦位在地下室共用區域，Cassie並向警方稱夫妻都可以使用該電腦（她偶爾也會用）、且夫妻無獨立用戶名稱（usernames）或密碼，不過被告妻子並未告知警方，她另外也有自己主要使用的電腦¹¹⁸。警方檢視系爭電腦後，發現被告曾下載大量兒童色情圖片，且被告雖無密碼保護、但有裝設了抹除程式（“Internet Eraser”）以刪除該等圖片，然而出於不明原因，該程式雖抹除了大部分證據，但未成功刪除其中約148個圖片¹¹⁹。

2. 法院意見

第六巡迴上訴法院指出，同意搜索可由被告或有共同權限的第三人出於自願為之¹²⁰；警方倘若善意信賴「表現（共同）權限」之第三人而為同意搜索，並不違反第四修正案¹²¹。本案中，電腦位於被告妻子Cassie可

¹¹⁷ *Id.* at 662.

¹¹⁸ *Id.*

¹¹⁹ *Id.*

¹²⁰ *Id.* at 663 (citing: *Schneekloth*, 412 U.S. at 219, 222; *Matlock*, 415 U.S. at 171).

¹²¹ *Id.* (“[W]e have held that even where third-party consent comes from an individual without actual authority over the property searched, there is no Fourth Amendment violation if the police conducted the search *in good faith* reliance on the third-party’s *apparent authority* to authorize the search through her consent.”) (emphasis added).

全然近用的共同區域，且她已向警方表明其可近用該電腦、其與被告也都沒有獨立用戶名稱或密碼，Cassie亦未告知她自身有使用其他電腦，甚至Cassie對警方表示其有安裝間諜軟體，更得以支持Cassie得以近用電腦的結論¹²²。因此，警方依據上開情狀，得以合理認為妻子有權同意搜索¹²³。另外，假設警方在「搜索」電腦時發現了「抹除程式」，上述結論仍然相同，理由是：搜索當下如果依據已經探知所得的客觀情狀，而可認為有「合理性」時，並不受實際錯誤所影響¹²⁴；檢視的警察縱然先發現了「抹除程式」，但並不清楚是誰、為何裝設，因此並不影響本案表現權限的認定¹²⁵。

(二)Buckner案

1.基礎事實

同樣在2006年，第四巡迴上訴法院的Buckner案中¹²⁶，警方接獲檢舉，指稱以Michelle Buckner名義申辦的網路帳戶涉嫌詐欺，警方前往其住處探查時，只有Frank Buckner在其共同住處¹²⁷。員警要求Frank轉知Michelle聯絡警方後離開，不久Frank主動聯絡警方，詢

¹²² *Id.* at 663-64.

¹²³ *Id.* at 664.

¹²⁴ *Id.*

¹²⁵ *Id.* (“[...]at that time Captain Prindle did not know who installed the eraser program or why it was installed. Therefore, the discovery of the eraser program does not vitiate Cassie Morgan’s apparent authority.”).

¹²⁶ *United States v. Buckner*, 473 F.3d. 551 (4th Cir. 2006).

¹²⁷ *Id.* at 552.

問警方何以要找Michelle，警方則回應是關於一些電腦交易紀錄（computer transactions）的事情，當晚Michelle到警局，稱她不清楚所謂非法的網路交易情事，家中雖然確實也有以她名字租用的電腦，但她只是偶爾玩玩接龍而已¹²⁸。

次日，警方回到上址，欲進一步與Michelle談論網路詐欺的事情，當時Frank不在場，Michelle則完全配合，並告知警方「要什麼自己拿」（“to take whatever [they] needed”）、她「將盡可能地配合」（“want[ed] to be as cooperative as she could be”）¹²⁹。Michelle表示以其名義租用的電腦位在房屋前門進入的客廳桌上，警方徵得Michelle同意後對該電腦執行扣押程序¹³⁰。警方扣押時，該電腦正在運作、螢幕指示燈也亮著，但警方並未開啟任何資料夾，或檢視電腦裡的任何資訊，警方同樣徵得Michelle同意後，將電腦關機、拆卸儲存裝置（data-storage components）帶回鑑識，而發現了Frank相關犯罪證據¹³¹。Frank之後被起訴多起網路詐欺犯罪，被告主張其係唯一可登入該電腦、知悉密碼而檢視系爭檔案的人，本案雖無證據可認被告所述不實，但亦無證據顯示警方在整個過程中知悉有密碼存在，且鑑識也未必需要探知

¹²⁸ *Id.* at 553.

¹²⁹ *Id.*

¹³⁰ *Id.*

¹³¹ *Id.*

密碼¹³²。

2. 法院意見

基於上述的證據基礎，第四巡迴上訴法院引用 *Matlock* 判決，指出「共同權限」者，係其得以基於自身權利進行檢視，其他共同使用者因而必須承擔風險¹³³。而關於第三人同意搜索被告「受密碼保護檔案」的問題，法院引用前述的 *Trulock* 判決，指出當同居、共同使用電腦者，不知道共用電腦中他人檔案之密碼時，該第三人對該等檔案欠缺同意權限¹³⁴。且在 *Trulock* 案中，法院類推這些私人文件夾為有共同權限的「上鎖盒子」（“locked box”），共同權限者縱然有權同意一般性的搜索，但權限並不自動延伸至各個分散的密閉空間¹³⁵。本案邏輯相同，被告 *Frank* 使用密碼係為排除其他人近用檔案，*Michelle* 亦無共享權限，因此被告並不「承擔」共用者進入密碼保護檔案的「風險」¹³⁶。

不過，在表現權限的層面，本案 *Michelle* 所為的言行，足以顯示其對房屋內任何物品均具備了表現權限：她全力配合警方，且其雖然自稱不懂電腦、只是玩玩接龍¹³⁷，但在整體狀況下，本案的「合理性」，建立在警

¹³² *Id.* (“[T]he Government’s evidence was that its forensic analysis software would not necessarily detect user passwords”) (emphasis added).

¹³³ *Id.* at 554.

¹³⁴ *Id.* (citing: *Trulock*, 275 F.3d at 403).

¹³⁵ *Id.* (citing: *Trulock*, 275 F.3d at 403-04; *Block*, 590 F.2d at 539, 541).

¹³⁶ *Id.*

¹³⁷ *Id.* at 555.

方知悉電腦位於Frank、Michelle的共同生活區，且電腦開機、螢幕燈亮，警方一開始亦獲悉本案是Michelle名義的帳戶實行詐欺¹³⁸，而電腦又是Michelle租用，其得以在Frank不知情的狀態下返還該租用的電腦，再者，警方在過程中（包括鑑識）也未曾獲知任何檔案有受到密碼保護的情形，因此本案符合表現權限，不違反第四修正案¹³⁹。

(三)Andrus案

1.基礎事實

2007年的Andrus案中¹⁴⁰，執法單位在調查Regpay（提供用戶造訪兒童色情網站的第三方支付公司）的過程時，發現Ray Andrus涉嫌使用該公司服務，經過執法單位查證相關用戶資料、信用卡號碼、駕照、實體郵件紀錄、電子信箱後，進一步鎖定Ray Andrus，但是，其中有一個電子信箱bandrus@kc.rr.com，則與Bailey Andrus（老Andrus）相關¹⁴¹。執法單位繼續調查後，認為本案仍無足夠證據聲請搜索令狀，因此由兩名探員與一名鑑識人員（在車上等）前往，嘗試「敲門打探」（“knock and talk”）、同意搜索的方式進行偵查¹⁴²。當時91歲的老Andrus穿著睡衣應門，同意兩名探員進入、

¹³⁸ *Id.*

¹³⁹ *Id.*

¹⁴⁰ *United States v. Andrus*, 483 F.3d. 711 (10th Cir. 2007).

¹⁴¹ *Id.* at 713.

¹⁴² *Id.*

一同坐在客廳，探員於交談過程中，知悉Ray Andrus住在屋內中間的臥室，並在該處照顧其年邁父母，而未另外支出房租¹⁴³。探員在客廳看到Ray Andrus的臥室房門開著，詢問其可否進入，老Andrus表示可以，並且告知探員，老Andrus自己可以在門打開時自由進出，但如果門是關上的話，他都會敲門¹⁴⁴。

後來老Andrus簽署書面，同意搜索房屋及屋內的任何電腦，並帶領一名探員進入Ray Andrus的臥室、指出臥室內有一台電腦，於是另一名探員再帶領鑑識人員進入後，在現場以另一台筆電連結系爭電腦，以EnCase軟體開始鑑識¹⁴⁵。該鑑識軟體無須先確認是否有用戶名稱或密碼，而得以直接讀取硬碟，因此鑑識人員在預覽（preview）時並未注意有無用戶名稱或密碼，直到電腦被帶回辦公室的時候，才發現電腦內有Ray Andrus的用戶個人資料（user profile）¹⁴⁶。此外，在帶電腦回去之前，鑑識人員曾經以影像檔（.jpg）搜尋，發現疑似兒童色情名稱的檔案（夾）後，進一步確認有相關兒童色情物件，後來其中一名探員告知Ray Andrus返回，因此鑑識暫停，直到探員轉述Ray Andrus同意搜索後，再繼續前述偵查作為¹⁴⁷。

¹⁴³ *Id.*

¹⁴⁴ *Id.*

¹⁴⁵ *Id.*

¹⁴⁶ *Id.* at 713-14.

¹⁴⁷ *Id.* at 714. 過程包括詢問老Andrus是否還有其他電腦、網路服務的問

2. 法院意見

關於同意搜索的問題，Ray Andrus爭執老Andrus並非出於自願同意；縱使其有權限同意搜索Ray Andrus的房間，仍無實際權限得以同意搜索電腦，而且老Andrus也無法合理認為有表現權限外觀¹⁴⁸。地區法院認為老Andrus出於自願同意搜索、但無實際權限同意搜索電腦，不過，本案既然有涉及兒童色情的電子信箱與老Andrus相關，老Andrus另外有告知探員他負責支付家中相關網路費用，探員知悉有複數人口住在該房屋，Ray Andrus的房間又沒上鎖，這些情狀使合理的執法人員得以相信家內其他成員得以近用系爭電腦，況且進入臥房之後一望即知有該電腦、可得供任何人使用，因此老Andrus除了自願同意搜索之外，亦具有表現權限¹⁴⁹。

Ray Andrus上訴認為，本案的客觀狀態屬於模糊情境，探員有義務探詢老Andrus相關電腦的實際同意權限問題¹⁵⁰。不過，第十巡迴上訴法院仍然認為老Andrus有表現權限¹⁵¹，理由是：縱使第三人欠缺實際（共同）權限，但其表現權限足以使執法人員合理（縱使錯誤）地相信其有權限者，即屬合法的同意搜索¹⁵²。而合理的執

題，老Andrus稱只有該電腦、有線電視方案包含網路，以及後續聯絡Ray Andrus返回等情節（*id.*）。

¹⁴⁸ *Id.* at 715.

¹⁴⁹ *Id.* at 715-16.

¹⁵⁰ *Id.* at 716.

¹⁵¹ *Id.*

¹⁵² *Id.* (citing: *Randolph*, 547 U.S. at 126).

法人員對客觀、整體環境的探查，是其信賴第三人有無權限的重要依據¹⁵³。倘若搜索標的是物體或容器時，則必須探查該第三人與該搜索標的之關係¹⁵⁴。聯邦最高法院在Randolph判決中，並指出必須在社會廣泛認同期待之脈絡下，藉以評估搜索特定標的之合理性¹⁵⁵。據此，倘若搜索標的是箱子、盒子之類的物體，通常會有較高的隱私期待¹⁵⁶。對於此類有較高隱私期待之標的，執法人員貿然相信第三人有權限同意，可能並「不」合理，尤其是執法人員（應該得以）知悉物主有意排除第三人近用、控制之情形時，更屬如此¹⁵⁷。

第十巡迴上訴法院指出：於本案之前，該院並未審酌過關於家庭電腦的第三人同意問題，而僅處理過物主單獨同意權限與範圍的案例¹⁵⁸。不過，其他法院所處理第三人同意搜索家庭電腦時，則將焦點集中在依據電腦之環境、外觀，是否得認定被告對該電腦或其內資料有

¹⁵³ *Id.* at 717 (citing: *Rodriguez*, 497 U.S. at 188; *Kimoana*, 383 F.3d at 1222 (“[W]here an officer is presented with ambiguous facts related to authority, he or she has a duty to investigate further before relying on the consent.”)).

¹⁵⁴ *Id.* (citing: *Matlock*, 415 U.S. at 171).

¹⁵⁵ *Id.* (citing: *Randolph*, 547 U.S. at 111-12).

¹⁵⁶ *Id.* (citing: *Block*, 590 F.2d at 541; *United States v. Salinas-Cano*, 959 F.2d 861, 865 (10th Cir. 1992)).

¹⁵⁷ *Id.* (citing: *Salinas-Cano*, 959 F.2d at 865-66).

¹⁵⁸ *Id.* (citing: *United States v. Brooks*, 427 F.3d 1246, 1249-53 (10th Cir. 2005); *United States v. Tucker*, 305 F.3d 1193, 1202 (10th Cir. 2002); *United States v. Carey*, 172 F.3d 1268, 1276 (10th Cir. 1999)).

主觀合理隱私期待¹⁵⁹。此外，其他法院的判決也將電腦比擬為容器，而依此考慮隱私期待¹⁶⁰。一般來說，依照個人電腦使用的普遍性，通常也是物主個人（高度）私密資訊的儲存庫，而無意與他人分享¹⁶¹。從而，電腦內資訊的問題，可參照物主是否對於箱子「上鎖」，以其物理排除之狀態，表現其主觀合理隱私期待¹⁶²。不過，電腦是否「上鎖」，或者合理的執法者是否（應該得以）知悉電腦「上鎖」，與一般物理的箱子畢竟不同，尤其是已關機的電腦是否「上鎖」，並不明顯；亦即，密碼雖然也有「上鎖」的功能，但是要開機或使用時才能知道¹⁶³。據此，電腦搜索的第三人同意問題，關鍵是執法人員是否知悉，或應該合理懷疑有密碼保護電腦或檔案¹⁶⁴。此一問題，必須考量電腦在家中的位置、家庭成員是否得以近用的區別外觀¹⁶⁵。倘若電腦位於家中公共

¹⁵⁹ *Id.* (“[O]ther courts have, ... analyzed third party authority to consent to the search of a home computer, focusing on ... where it is unclear from a visual inspection of the outside of the computer whether the computer’s owner has manifested a subjective expectation of privacy in the computer or its data.”).

¹⁶⁰ *Id.* at 718 (citing: *United States v. Aaron*, 33 Fed. Appx. 180, 184 (6th Cir. 2006) (unpublished); *Trulock*, 275 F.3d at 403).

¹⁶¹ *Id.* (citing: *United States v. Gourde*, 440 F.3d 1065, 1077 (9th Cir. 2006) (en banc) (Kleinfeld, J., dissenting); *Salinas-Cano*, 959 F.2d at 864).

¹⁶² *Id.* (citing: *Block*, 590 F.2d at 537).

¹⁶³ *Id.* at 718-19.

¹⁶⁴ *Id.* at 719 (citing: *Trulock*, 275 F.3d at 398, 403; *Morgan*, 435 F.3d. at 663; *Aaron*, 33 Fed. Appx. at 184).

¹⁶⁵ *Id.*

區域、而家庭成員未受排除使用時，通常會認定有表現權限¹⁶⁶。反之，當第三人已經明確否認得以近用、控制電腦或其中部分檔案時，即便電腦位於家中共用區域，法院並不認為有表現權限¹⁶⁷。

本案中，Andrus一家的電腦位於Ray Andrus的臥房，而非公共區域；但老Andrus可以毫無阻礙地進入該房間，執法人員雖未詢問老Andrus關於電腦的特定問題，但老Andrus也沒有提及此類的事情，儘管老Andrus對其是否使用該電腦並未有肯定陳述，而電腦中的用戶資訊，也顯示Ray Andrus有意排除其他家庭成員使用該電腦¹⁶⁸。但本案必須討論的是，合理的執法者於當時的整體情形，是否會懷疑老Andrus的同意效力，而未進一步探知即開始動作¹⁶⁹。換言之，如果當時的整體情況合理顯示老Andrus得以對該電腦共同近用、控制的話，執法人員並無義務提出探知問題¹⁷⁰。

巡迴上訴法院接著表示：依據地區法院認定的事實¹⁷¹，執法人員知悉老Andrus是屋主、與其他家庭成員

¹⁶⁶ *Id.* (citing: *Buckner*, 473 F.3d. 555-56; *Morgan*, 435 F.3d at 663-64; *United States v. Smith*, 27 F. Supp. 2d 1111, 1116 (C.D.Ill. 1998)).

¹⁶⁷ *Id.* at 719-20 (citing: *Trulock*, 275 F.3d at 403).

¹⁶⁸ *Id.* at 720.

¹⁶⁹ *Id.*

¹⁷⁰ *Id.* (“[I]f the circumstances reasonably indicated Dr. Andrus had mutual use of or control over the computer, the officers were under no obligation to ask clarifying questions”).

¹⁷¹ *Id.* (“[T]his court must accept the factual findings of the district court unless those findings are clearly erroneous.”).

共住，且該處可以上網、網路費用由老Andrus支付，而bandrus@kc.rr.com這個電子信箱被用來在兒童色情網站註冊，老Andrus可以自由進出Ray Andrus的房間，探員又可在房間內一望即知有系爭電腦，該電腦因而呈現得為家庭成員共用的狀態¹⁷²。甚而，探員要求搜索電腦時，老Andrus並未表現其無使用或控制權限，現場鑑識電腦時，老Andrus仍然對自身有無權限未置一詞，也無紀錄可認定執法人員鑑識時知悉已存在用戶名稱及密碼¹⁷³。另外，雖然Ray Andrus與本判決不同意見的法官，都認為電腦使用密碼保護才是常態，但此一事實並非毫無爭議，也無充足證據可以認定；則本案顯示的整體情況，得以客觀合理相信老Andrus是電腦的使用者之一，具有表現權限¹⁷⁴。

3. McKAY法官的不同意見

值得注意的是，本案有McKAY法官提出不同意見，其指出：多數意見認為關鍵為執法人員是否知悉或應合理懷疑密碼保護，值得贊同；但關於執法人員承擔探知義務的程度則有問題；換言之，多數意見隱含著，執法人員得以透過第三人同意，使用鑑識軟體而無視密碼保護，即達成表現權限的同意搜索¹⁷⁵。多數意見雖正確地將電腦類推為「容器」，但既然已經承認個人電腦使用

¹⁷² *Id.* at 720-21.

¹⁷³ *Id.* at 721.

¹⁷⁴ *Id.* at 721-22.

¹⁷⁵ *Id.* at 722 (McKAY, J., dissenting).

的普遍性、且屬物主私密資訊的儲存庫、無意與他人分享，卻又要求被告證明自己的主觀合理隱私期待依據，並不合理¹⁷⁶。執法部門使用EnCase這類的鑑識軟體即可無視密碼，等同迴避電腦受第四修正案的保護；電腦物理外觀看不到「鎖」，不代表它沒有「鎖上」，例如開機、登入畫面，都仍然可以表現出電腦受密碼保護的情形¹⁷⁷。

再者，執法人員本來就熟知EnCase得以無視密碼的功能，而本案鑑識人員發現被告電腦未開機後，是直接將筆電連接後鑑識，代表其於動作前並未有任何確認為，而是在帶回鑑識辦公室時才發現相關用戶資訊¹⁷⁸。多數意見肯認執法人員並未向老Andrus探知相關電腦的知識、也未向其探知被告有無使用密碼，但又認為老Andrus並未否認其近用、控制權限，卻同時亦忽視電腦位於Ray Andrus的小房間內，此時何以不會造成所有權狀態的模糊情境（ambiguous situation），令人不解¹⁷⁹。況且，執法人員確認電腦相關權限之負擔程度相當輕微，探員既然問了老Andrus其有無付房租、能否進入Ray Andrus房間等問題，以確認同意搜索的權限，但執法人員沒有問老Andrus是否使用該電腦、有無Ray Andrus的

¹⁷⁶ *Id.* at 722-23 (McKAY, J., dissenting).

¹⁷⁷ *Id.* at 723 (McKAY, J., dissenting).

¹⁷⁸ *Id.* at 723-24 (McKAY, J., dissenting).

¹⁷⁹ *Id.* at 724 (McKAY, J., dissenting).

密碼¹⁸⁰，該房屋僅有一台電腦，老Andrus也僅同意搜索電腦（單數名詞），而執法人員也沒有再次詢問有無其他電腦存在，亦曾有陪同到場的當地警方證人表示老Andrus曾向其妻子稱探員要搜索被告的電腦，這些跡證都足以引起合法執法人員懷疑老Andrus是否有實際同意搜索的權限¹⁸¹。此外，探員雖然證稱，他們僅在知道老Andrus一同支付有線電視、網路費用帳單時，曾經因為懷疑其有無權限同意而暫停搜索，但地區法院的紀錄顯示探員們在上門前就調查過這些資料，這些事證均得以顯示當時同意權限的模糊情境，因此探員未進一步探知即使用EnCase鑑識，並不足以受到正當化¹⁸²。

此外，依據其餘案例法的指引，並基於密碼保護的重要性、普遍性，及EnCase或類似軟體無視密碼的特性，於電腦的同意搜索問題，應由執法人員探詢、其他確認方法以認知有無密碼保護，若有，則進一步詢問同意者關於密碼及使用的共同權限問題¹⁸³。最後，本案被告同意搜索之前，是否已經知悉其電腦已遭受搜索而發現犯罪事證，導致其同意是否係自願並不明確，因此本案應該撤銷發回重新調查這部分的事實¹⁸⁴。

¹⁸⁰ *Id.*

¹⁸¹ *Id.*

¹⁸² *Id.* at 724-25 (McKAY, J., dissenting).

¹⁸³ *Id.* at 725 (McKAY, J., dissenting) (citing: *Rodriguez*, 497 U.S. at 188; *Kimoana*, 383 F.3d at 1222).

¹⁸⁴ *Id.*

肆、評釋：兼論我國法的適用

一、第三人同意搜索的基礎

關於同意搜索的議題，出發點大致上都是個人得以自行決定拋棄權利¹⁸⁵。因此，倘若單純地從「權利拋棄說」作為同意搜索的基礎，一般性的同意搜索並不難解，本文從之。但到了「第三人同意搜索」的層次，必然要處理的是：第三人如何「拋棄」他人權利的問題。本文觀點如後。

(一)共同權限

美國法在共同權限的問題，係植基於共同權限者本身有近用、檢視的權限¹⁸⁶；據此，共同權限者自身也可以決定此一權限如何，以及由何人代為行使¹⁸⁷。舉例而言，甲、乙合租某房屋，各自得以單獨使用客廳，某甲應該有權邀請其他朋友入內同坐，也有權限自己請水電工到房屋的雜物間檢查走線或配電，而不需要某乙的特別授權。但這樣使用、檢查共同空間的權限，原則上並不及於某乙的房間。因此，在某甲「行使共同權限」的角度來看，某甲並不是「拋棄」了某乙的權利，而是「行使」了自己的權利¹⁸⁸。

¹⁸⁵ 參本文貳、一、(一)。

¹⁸⁶ 參考例如前述Matlock判決 (*Matlock*, 415 U.S. at 171, n. 7)。

¹⁸⁷ 參考例如前述Fernandez判決 (*Fernandez*, 571 U.S. at 298)。

¹⁸⁸ 另一種可能的操作走向是：共同權限的基礎，既然在於共同使用者本

但在上述事例中，從某乙的角度看，其權利是否「被」拋棄？本文認為：共同權限與單獨權限的基本不同，在於任何一個共同權限者在行使權利時，都無法如同單獨權限狀態下的隨心所欲。當個人於自身開啟、參與（或不脫離）共同支配特定空間或物件、形成共同權限的類型時，勢必需要忍受其他共用者帶來的不便。至於被告「承擔」的「風險」，實際上是因為其他共同權限者行使權利時，自身必須受到影響的狀態，並不是他人違法的侵害，也不是被告自身權利「被」拋棄。據此，共同權限者既然得以自由決定如何、由何人代為行使自身檢視權限，他人（包括警察）則得以獲得授權而行使相同權限。所為被告必須「承擔風險」，毋寧只是在描述被告自身在「共同」使用空間、物件時，所應具備而能預見其將受到影響的生活經驗，而不是自己的權利「被」拋棄¹⁸⁹。

身的權利行使，因此「轉由」國家執法人員行使時，執法人員可得作為的技術、能力及範圍，不應該超越私人（亦即，「國家性」的考量）。但此一論理，本身可能反而與「單獨同意搜索」不相容（否則，單獨同意搜索時，執法機關理論上也不應該透過鑑識或其他專業技術，超過私人能力而查知相關程式碼、日期戳記等科技資訊），而且將可能造成共同權限的搜索範圍，取決於單一共同權限者專業知識，而非綜合因素的判斷，因此本文並不採用。

¹⁸⁹ 據此觀點出發，被告是否到場實際反對（前述Randolph判決），或出於自己的原因、導致無法到場主張權利（前述Fernandez判決），同樣得以從客觀生活經驗出發、個人得以預期（或說，無法信賴自己不被逮捕）的情狀，區分是否應「承擔風險」。因此，以被告是否「實際到場」的形式，是原則上可以採用的區分標準。

從而，「共同權限」的基礎，既然沒有脫離行使自身權利的基礎，那麼共同權限者各自或共同的權限範圍，也決定了其得以行使權利之類型、範圍與方式。因此，在決定「共同權限」者的「同意」搜索是否有效（亦即，是否在權限範圍之內），必須在具體案例中，透過證據檢視共同權限人的關係、空間或物件情狀，以認定權限類型、性質、比例的問題¹⁹⁰。舉例來說，同住一屋的夫妻甲、乙，各自有權在共同使用的客廳、廚房甚而書房的櫃子、抽屜找尋物品，但應無權任意檢視另一方放置在上述處所的個人手機。自此角度，縱使某甲同意警方搜索共用的客廳、廚房或書房，其同意範圍不及於位在該等區域的某乙手機內容。

（二）表現權限

美國法在表現權限的理論脈絡，係以第四修正案的「合理性」作為根據¹⁹¹，而脫離了同意搜索、共同權限的權利拋棄（移轉行使）內容¹⁹²。由於我國法關於搜索的整體規範，抑或同意搜索的條文文字構造，與美國第

¹⁹⁰ 自本文觀點，前述最高法院109年度台上字第5631號判決（本文同前註10），指出：「……根據前述基本權拋棄之說明，此所謂之『共同權限』仍應指具有共通進入、接近與相互使用2種完整管領支配權限者，始得稱為適格之同意權人」，是值得贊成的見解。

¹⁹¹ 參考例如前述Rodriguez判決（Rodriguez, 497 U.S. at 184-85, 188）。

¹⁹² 亦即，「單獨權限」或「共同權限」，仍是出於有權限者的「同意」搜索（只是共同權限加上了被告必須「承擔風險」的說理）；至於「表現權限」是實際上全然無權限者的「同意」，而以「合理性」作為建構依據。其等理論基礎，有根本的不同。

四修正案的「合理性」仍有不同；且直接適用表現權限，也可能造成法律未規定而限制被告基本權的嫌疑。據此，本文認為，在我國法的解釋上，目前無法直接移植「表現權限」¹⁹³。

必須附帶說明的是：美國法已經普遍承認「表現權限」，但其以「表現權限」正當化第三人同意搜索的案例，未必就會是最後確認的類型¹⁹⁴；其仍然可能透過證據探究與事實區辨，於個案改以「共同權限」的方式認定。這個問題，關鍵在於美國法得以「共同權限」與「表現權限」，一併作為正當化「第三人同意搜索」的依據，因此對於事證的探究，可能相對有其細節的限度¹⁹⁵。不過，應用於我國法時（至少在目前為止），

¹⁹³ 此一見解已見：薛智仁，同前註5(一)，版5。據此，我國實務接受共同權限、但傾向否定表現權限的結論（參同前註10、11實務見解），亦值肯定。

¹⁹⁴ 對照前述美國法的「表現權限」案例而言，Morgan案中，妻子自身有自己使用的電腦，可能未必就會減少系爭電腦的使用；倘若認為妻子本身縱有單獨使用的電腦，與系爭電腦的共同使用狀況並無關連（且被告無其他保護機制）時，或許也可能認定成為共同權限，而得以正當化該案的同意搜索。

至於Buckner案，其電腦內容的使用狀況仍然處於模糊情境，執法人員有必要再行探知；如果僅依據該案判決呈現的事實，同意搜索者已經自稱「只是玩玩接龍」，而沒有其他進一步的資訊時，被告設定密碼的檔案並不在共同權限的範圍。在Andrus案中，電腦內容的問題同樣處於模糊情境，執法人員並未履行探知義務，僅依照該判決呈現的事實，執法人員明顯地亦非針對老Andrus為嫌犯而開始偵查作為，甚而老Andrus是否確實有使用過該電腦，恐怕也還不清楚，在此情形，無法認定共同權限。

¹⁹⁵ 例如：2016年第十一巡迴上訴法院的Thomas案件中（*Thomas*, 818

「共同權限」或「表現權限」的差異，仍然會是「第三人同意搜索」合法與否的分界。從而，倘若未來我國產生類似美國的案例情節時，不宜逕自引用比較法的判決認定結論，而仍需進一步確認事實細節。

(三)「合理性」於我國法適用仍有實益

我國法雖不能直接適用表現權限，但並不代表美國

F.3d 1230, 同前註48)，被告涉嫌明知而以網路觀覽兒童色情圖片，該案係由被告妻子發現置於共同臥室、共同使用且彼此知悉密碼之電腦（但被告因為在家工作，是主要使用者），經回復瀏覽紀錄後有兒童色情圖片，嗣後妻子於被告在屋內睡覺時，報警並同意警方觀看疑似兒童色情名稱的連結網址、鑑識及扣押電腦，且告知警方被告會刪除造訪紀錄、封鎖彈出視窗與垃圾郵件（*id.* at 1233-34）。被告醒來、經警方告知後，未同意繼續搜索，警方暫停後將電腦扣回，以避免滅證，嗣聲請搜索令狀獲准而查獲相關事證（*id.* at 1235-37）。巡迴上訴法院認「Randolph法則」以反對者實際在場表示為必要，且警方無義務喚醒睡眼中的被告，至於「Randolph法則」是否僅適用於住居所，或可及於物件，雖有不同見解，但本案被告醒後未同意繼續搜索時，警方業已停止搜索，因此此一爭點並不重要（*id.* at 1240-41）。重點在於，妻子是否有實際或表現權限同意電腦鑑識（“[...] whether [she] had actual or apparent authority to consent to a forensic search of the computer”），但本案被告並沒有透過區別用戶登入、密碼或其他方式，排除妻子共同近用電腦或網路紀錄的權限（針對密碼保護，並引用 *Trulock*, 275 F.3d at 403及 *Andrus*, 483 F.3d at 718-20），而最高法院在 *Riley* 判決中雖類比手機近乎搜索房屋，但 *Matlock* 案中也是搜索房屋，因此第三人同意之關鍵在於共享權限而承擔風險，不論電腦或房屋皆然（*id.* at 1241-42）。另外，法院也特別指出，即便本案違法搜索，也適用獨立來源例外（*independent source doctrine*），亦即被告爭議部分縱使去除，仍可得出相同結論（*id.* at 1243-44）。以上述 *Morgan*、*Thomas* 兩案而言，都是被告未能排除妻子近用電腦或網路瀏覽紀錄的情形，但兩者關於「第三人搜索」的正當化依據，並不完全相同。

法的「合理性」，在我國法均無考量的可能或實益。首先，「合理性」仍有可能協助釐清共同權限的界線。例如前述的Randolph案（現場明示反對），既然已經出現「現場明示反對者」，此時共同權限人「自身」的近用、檢視權限雖然不受到影響，但其移轉給特定他人行使之權限，已經受到另一名共同權限者明確宣示反對，此時權利行使與否既然發生衝突而無法排除，警方在此情形，也不能基於自身的利益而選擇特定立場、進而執行「同意搜索」。於此脈絡，我國法同可參照，而將「合理性」作為「共同權限」的參考（限縮）因素。

其次，程序法並不禁止有利基本權的類推，「合理性」仍然可以在權利保障的角度，審視執法作為。換言之，該要素得用以檢驗執法人員本身的作為是否「合理」，以進一步保障被告的基本權利。據此，當執法人員對於同意搜索之（共同）權限產生「模糊情境」時，執法人員的偵查作為必須具備合理性，而有義務探知同意（共同）權限的實際情形¹⁹⁶。倘若執法人員違背此一探知義務時，可於具體個案連結程序違法情節，而在證據排除的層次產生重要實益¹⁹⁷。

¹⁹⁶ 並參同前註75。

¹⁹⁷ 刑訴第158條之4立法理由：「……法官於個案權衡時，允宜斟酌(一) 違背法定程序之情節。……」。另外，如果執法人員惡意迴避或忽略探知義務，也有可能成為權衡排除的參考因素（同上立法理由「(二) 違背法定程序時之主觀意圖。……」）。

二、電子設備的特性

(一)「容器類推」及其界限

硬體、軟體與網際網路的蓬勃發展，使得人們應用更加便利且多元；資訊科技的資訊生成、處理、儲存與傳輸，不僅影響一般生活，也讓刑事程序必須與時俱進¹⁹⁸。關於如何處理「搜索」電子設備的議題，美國法院實務上，過去雖然不無遲疑見解¹⁹⁹，但大致已趨向「容器類推」²⁰⁰，而將儲存資訊的電子設備當作「容器」，開展相關認定²⁰¹。

不過，電子設備的進展，讓資訊的儲存量體相當龐

¹⁹⁸ 參施育傑，科技時代的偵查干預處分——兼論我國法方向，月旦法學雜誌，306期，2020年11月，頁154-155（及該文註腳2文獻）。

¹⁹⁹ 例如：United States v. Runyan, 275 F.3d 449, 462 (5th Cir. 2001)，將硬碟以容器類推方式處理（“[...] we address whether the police exceeded the scope of the private search when they examined the entire collection of ‘containers’ (i.e., the disks) turned over by the private searchers, [...]”）（emphasis added）（*cf.* also KERR, *supra* note 18, at 389-99），但仍在註腳中（n.13）強調並非完全認定「封閉容器」的描述（“We reiterate the caveat that we are assuming without deciding that the parties are correct in their characterization of computer storage devices as ‘closed containers’.”）（emphasis added）。

²⁰⁰ See, e.g., United States v. Wright, 838 F.3d at 885 (7th Cir. 2016) (“[A]s several of our sister circuits have observed, in this context computers are akin to closed containers: The information that they ‘contain’ is usually not readily observable without some further investigation.”). 其餘相關整理參照：施育傑，同前註72，頁218-223。

²⁰¹ 相關整理可見施育傑，同前註72，頁218-222（案例）、367-369、374-378（分析）。

大²⁰²；其透過網際網路延伸至「雲端」的處理功能，讓其儲存功能更趨近無限²⁰³。因此，電子設備儲存的資訊質、量，終究與一般「容器」所能容納者有所不同。從而，當「容器類推」可能對隱私權產生不利的影響時，美國法院實務上也有解除「容器類推」的見解。舉例來說，在附帶搜索的層面，2009年俄亥俄州最高法院在Smith案中²⁰⁴，即表明不應採取「容器類推」，其中的一個主要論點，即是手機存放大量數位資訊，與密閉容器內有限的物理狀態不同²⁰⁵。後來在不同巡迴上訴法院在若干案件中，也有認為附帶搜索手機不應「容器類推」²⁰⁶。2014年，聯邦最高法院在Riley v. California一案

²⁰² 參施育傑，同前註72，頁31、50。

²⁰³ 就此科技影響層面，可以說是跨越不同比較法的考量點，例如：德國（線上搜索案）：BVerfGE 120, 274 (303 ff.); 《網路犯罪公約》第19條（對於已儲存之電腦資料搜索及扣押）。為避免議題過大而失焦，本文就上述裁判、條約不多做論述，其相關翻譯、整理，可參照施育傑，同前註72，頁143-144、460。

²⁰⁴ State v. Smith, 124 Ohio St.3d 163 (2009). 基礎事實：Northern用藥過度被送到醫院，後來同意與到場警方合作，聯繫上游毒販Smith、約在Northern住處交易毒品，過程均經警方記錄，後來警方逮捕到場的Smith，並在其身上扣得手機、在現場扣得古柯鹼；警方後來（部分在警局完成）檢視手機內容，發現相關號碼與通話紀錄（*id.* at 163-64）。

²⁰⁵ *Id.* at 168 (“[E]ven the more basic models of modern cell phones are capable of storing a wealth of digitized information wholly *unlike* any physical object found within a closed container. We thus hold that a cell phone is *not a closed container* for purposes of a Fourth Amendment analysis.”) (emphasis added).

²⁰⁶ United States v. Flores-Lopez, 670 F.3d 803 (7th Cir. 2012); United States v. Wurie, 728 F.3d 1 (1st Cir. 2013).

中²⁰⁷，明確指出「手機」的功能相當多樣，與一般可附帶搜索之物件所含質、量有所不同²⁰⁸。尤其手機儲存容量相當龐大，與一般附帶搜索受到物理限制、導致有限的資訊範圍，其間也有明顯區別²⁰⁹。從而，附帶搜索之範圍並不及於手機內容²¹⁰。

綜上，電子設備雖然得以用「容器類推」作為考量原則，但其與一般物理容器所能容納之資訊質量、延伸的使用方式（例如連結雲端），既然存在相當不同之處²¹¹；因此，在規範解釋權利保障的角度，電子設備及其內容資訊本身的實際特性，反而會相當程度地影響規範解釋與適用²¹²。此一特性，於解釋同意搜索及其相關

²⁰⁷ Riley v. California, 573 U.S. 373 (2014). 引介參：溫祖德，同前註14，頁206-214。

²⁰⁸ *Id.* at 393 (“[C]ell phones differ in both a quantitative and a qualitative sense from other objects that might be kept on an arrestee’s person. [...]many of these devices are in fact minicomputers [...]. They could just as easily be called cameras, video players, rolodexes, calendars, tape recorders, libraries, diaries, albums, televisions, maps, or newspapers.”).

²⁰⁹ *Id.* (“[O]ne of the most notable distinguishing features of modern cell phones is their immense storage capacity. Before cell phones, a search of a person was limited by physical realities and tended as a general matter to constitute only a narrow intrusion on privacy.”).

²¹⁰ *Id.* at 403.

²¹¹ 亦即，關於搜索電子設備的「載體」與「資訊」，兩者必須分開觀察。對此並可參施育傑，數位證據的載體、雲端與線上取證——搜索扣押與類型化的觀點，裁判時報，64期，2017年10月，頁57-63。

²¹² 例如本文相關美國法「同意搜索電子設備的案例」中，「上鎖」與「密碼」存在著類似性（是否隔絕他人）或不同處（是否目視可見），即為重要關鍵，並詳後述。

類型時，同樣是必須注意而可能轉折的地方。

(二)應用於第三人同意搜索的問題

在第三人同意搜索電子設備的議題上，關於電子設備是否適用「第三人同意搜索」的層面，法院實務大致採取肯定見解²¹³。但其如何適用，其核心疑義在於：「容器」雖然還是類推的基礎，但「密碼」類同「上鎖」、卻又難以直接觀察、得由鑑識軟體忽略保護機制的特性，成為關鍵的難解因素。

詳言之，一般物理性質的「容器」，被告可以透過「上鎖」及其物理呈現方式，藉以隔離他人的支配權限，並宣示個人對其內容的高度隱私期待²¹⁴。在此情形，「共同權限」的同意範圍，並不及於該「上鎖容器」之內，也不會具備「表現權限」的外觀²¹⁵。而電子

²¹³ 除本文前述各該案例（電腦）之外，第六巡迴上訴法院於2018年的 *U.S. v. Gardner*, 887 F.3d 780 (6th Cir. 2018), 亦明確指出手機適用第三人同意搜索（“[...] the third-party consent exception to the warrant requirement applies to cell phones all the same, just like other essential ‘effects’ protected by the Fourth Amendment.”. *Id.* at 783-84）。巡迴上訴法院於 *Gardner* 案中，認定該第三人具備表現權限外觀。理由是：在未成年人性販運的案件中，該未成年第三人使用該手機聯絡客戶、與客戶約會期間也只持有該手機，且其知悉手機密碼，並將該手機交給警方，任何一個合理的執法者均會認為其實際支配該手機（*id.* at 784）。即便該第三人曾告知警方手機所有人是被告，也仍然可認為有共同權限的表現外觀（*id.*）。

²¹⁴ See *Block*, 590 F.2d 535, 541.

²¹⁵ 被告既然已經隔絕第三人對容器內容的支配力，則第三人縱使「同意」搜索上鎖容器，也無法「表現」自身有同意權限的外觀；倘若執法人員逕自以強制力開鎖，無法透過所謂的「合理性」正當化。

設備及其內容（以下簡稱「電子設備」）的密碼保護機制²¹⁶，也類同「上鎖」性質，同樣可以隔絕他人支配、並據以表達其欲保護自身資訊隱私²¹⁷。但是，電子設備本身的「上鎖」機制（＝密碼保護），一方面不容易目視可見，另一方面又可透過鑑識軟體直接忽略，導致電子設備縱使客觀上存在密碼，但其保護功能趨向無用化²¹⁸，也難以一般性地標示出個人的合理隱私期待。此時，倘若要讓電子設備的密碼發揮原來的作用，顯然無法比照「上鎖」的「物理外觀」而尋求解決方式。因此，探求「上鎖外觀」本身以外的事證或程序，應該是較為可行的方法。

（三）解決方式

何謂探求「上鎖外觀」本身以外的事證或程序？具體來說，藉由強化觀察外部環境、物件的客觀狀態，避免僅因概括的近用外觀，而恣意地擴張第三人同意搜索範圍；另外，透過執法人員的探知義務，得以使「密

²¹⁶ 以一般使用電子設備的經驗來說，密碼基本上在兩者呈現保護機制的功能：第一是登入電子設備本身的密碼（＝電子設備的密碼），第二則是具體內容檔案或資料的密碼（＝電子設備內容的密碼）。但為行文簡要、且不至於妨礙論述與理解，本文以下均以「電子設備」簡稱之。

²¹⁷ 參前述 *Trulock* 判決（*Trulock*, 275 F.3d at 402-03）、*Buckner* 判決（*Buckner*, 473 F.3d. at 553-54）、*Andrus* 判決（*Andrus*, 483 F.3d. at 718）。

²¹⁸ 如果對照一般物體，打個比方：這就如同允許執法人員取得第三人同意後，無令狀使用X光機透視所有上鎖容器內容。

碼」一定程度地回復其作用。

首先，從電子設備所處的區域、電子設備本身的物件性質強化觀察，可以得出是否有同意權限的初步結論。以前述Morgan案（電腦位在共用區域）、Buckner案（電腦位於共同生活區）為例，其電腦的位置，或許可認為屬於共同權限範圍；但該二案件中，電腦本身是否呈現特殊外觀、具體有無其他細節，並不清楚，應該還需要釐清。但在Andrus案中，電腦既然位於被告房內，而老Andrus僅在被告門開啟時得自由入內，那麼老Andrus是否能一般性地近用系爭電腦，就顯得相當可疑，而無法僅據外部環境認定共同權限。

其次，透過執法人員的探知義務，可以進一步深入確認同意權限，並回復密碼的效用。以前述具備「密碼」的案件為例，Buckner案的Michelle已經自稱其不懂電腦、只是玩玩接龍，而當時系爭電腦正在運作、螢幕指示燈也亮著，執法人員得以簡要地詢問現場電腦運作、登入或密碼情形²¹⁹。Andrus案中，老Andrus的同意權限已經在外觀呈現模糊情狀，執法人員有進一步探詢電腦使用狀況、帳號與密碼的義務。

²¹⁹當然，也可能在監督機制下，以一般使用方式確認有無密碼保護機制。不過，這樣的操作是否可能與鑑識原則抵觸，必須要有更清楚的案件內容及專業資訊，因此本文不列為建議方式。

三、同意搜索與電子設備：我國法適用的建議

(一)一般性的應用標準

單獨同意搜索電子設備時，考量同意權單一、且同意人可支配該電子設備內的資訊，其與一般「容器類推」並無特別不同。此時，可得搜索與否、得以搜索之範圍，均取決於同意權人的自願性。不過，必須注意的是，電子設備如果與網際網路連結時，同意權人可能無法預見有取得「容器外」資訊的問題，而可能發生同意搜索範圍的爭議。就此，本文認為：於同意搜索電子設備時，不宜僅告知或記載搜索客體為「電磁紀錄」，建議於自願受搜索同意書面一併記載「自該設備延伸而空間分離之儲存設備內，與本案相關之（特定資料）電磁紀錄」，以避免爭議²²⁰。

(二)共同權限

雖然電子設備的內容有無經過部分「上鎖」，沒有辦法僅從設備外觀確認，但仍可透過本文前述案例歸納與理論基礎，確認個案中對於內容資訊的共同使用權限，避免僅以載體的占有、支配形式作為判斷標準。本文認為，判斷的步驟可以從搜索順序觀察，以區域—物件—內容之三層次，依序判斷。

首先，「區域」的參考指標，例如電子設備位於何

²²⁰ 此類記載方式之建議，可參照施育傑，同前註211，頁69（於今狀）。

空間、何種置物平台²²¹。其次，「物件」本身的參考指標，例如電子設備的類型、功能²²²、外觀有無可得區分單獨或共用的特徵²²³，越貼近個人使用的電子設備，共同使用的可能性也應該越低²²⁴。最後，「內容」的判斷，則應透過執法人員的探知義務而確保，以進一步確認同意搜索者，對相關電子設備的「內容」具有共同權限。諸如詢問同意搜索者相關購買、使用知識²²⁵，或在不違背鑑識原則之下，由執法人員確認設備本身的使用、密碼狀況²²⁶、資料夾的特殊名稱或各種可能的資訊²²⁷，並可於鑑識時，與同意搜索者所回答的問題相互比對²²⁸。

²²¹ 例如：共用區域的客廳，或個人單獨的臥房；客廳餐桌上或個人臥房的書桌抽屜。

²²² 例如：桌機、電競筆電、文書筆電、手機型號、外殼或使用架。

²²³ 例如：筆電上有無個人姓名貼紙、手機殼外型、顏色或飾品。

²²⁴ 例如：手機因其性質本即貼近個人使用，縱使置放於同一居住空間，原則應非共同權限所及。

²²⁵ 例如：購買時間、購買價錢、如何購買；如何開機、有無各別單獨使用者名稱、使用者資料、主要用途或密碼為何。

²²⁶ 例如：有無相關的用戶、密碼或登入欄位。必須說明的是：針對不同的電子設備，可能有不同的鑑識步驟，因此本文並未建議以重開機、操作電子設備的模式確認上述事項。不過，執法人員見到電子設備的當下，該物件可能仍在運行之中，仍然可能知悉相關設備使用或密碼狀況（例如畫面就停在要輸入使用者帳號／密碼的狀況），此時不應「裝成」沒看到而特意迴避。

²²⁷ 例如：特殊的資料夾名稱、使用時間、瀏覽網址或設備的地理定位資訊等。

²²⁸ 例如：鑑識過程中，倘若發現相關資料與同意搜索者所回答者差異甚多時，就應該懷疑其同意權限相當可疑。

本文上述建議，目的在於透過事前的程序確認，將「偽」共同權限的風險降到最低。尤其電子設備內容所以獲得的資訊相當廣泛，鑑識技術又可以使密碼、保護機制無效化；倘若僅由支配載體的第三人貿然同意後即可全面性地搜索，這時候的電子設備，可能不僅有「容器」的性質或作用而已，反而比較像是「任意門」或「百寶袋」，而得通往任何地方、取得任何物品，但卻欠缺保護機制，並不妥適。最後，倘若同意搜索者實際上並無共同權限時，執法人員是否履行探知義務，亦可作為證據排除的重要參考因素²²⁹。

(三)表現權限

依據本文意見，我國法不能直接引用表現權限，因此關於同意搜索電子設備的問題亦同。不過，實務見解的動向，是否可能轉往承認表現權限的類型，還在未定之天。倘若將來承認了表現權限，本文仍然建議，應該在搜索電子設備的議題上，參酌前述的判斷步驟。

伍、結 論

據上，簡要整理本文觀點如後：

一、在美國法的案例中，同意搜索的原始基礎是權利拋棄。同意搜索可基本區分為兩種類型，分別是共同權限與表現權限。共同權限的核心，是因為共同權限者

²²⁹ 參同前註197（刑訴第158條之4的立法理由）。

有權近用、控制空間或物件，而得基於自身權利同意受檢視，從而被告「承擔」受到搜索的「風險」。至於表現權限，是以搜索的「合理性」為根據。

二、美國法針對同意搜索電子設備的問題，以「容器類推」作為基礎，並且以密碼作為重要的參考點。但在表現權限的案例中，無法藉由設備外觀查知密碼，鑑識方法亦可忽略密碼存在，因此密碼影響的作用降低。

三、本文認為，我國法得以適用單獨同意搜索與共同權限，但不能支持表現權限的類型。但美國第四修正案的「合理性」，可以在我國法及具體個案之中參照衡酌，尤其是適當界定（限縮）共同權限範圍、作為執法人員事前探知義務的基礎，並可成為證據排除的審查依據。

四、本文建議，同意搜索電子設備，宜於書面載明是否包括透過網路延伸儲存空間的電磁紀錄。在共同權限的類型，應依照區域—物件—內容三個層次，透過具體情狀的不同、執法人員的探知義務，以事前程序釐清電子設備的使用權限。若屬違法搜索，探知義務之履行與否，亦可作為證據排除的參考因素。

參考文獻

一、中文文獻

- 王兆鵬（1999）。經同意之搜索。《法學叢刊》，44（4），75-89。
- 王兆鵬、張明偉、李榮耕（2018）。《刑事訴訟法（上）》（四版）。新學林。
- 李榮耕（2008）。Yes, I do！——同意搜索與第三人同意搜索。《月旦法學雜誌》，157，102-125。
- 李榮耕（2012）。電磁紀錄的搜索及扣押。《國立臺灣大學法學論叢》，41（3），1055-1116。https://doi.org/10.6199/NTULJ.2012.41.03.05
- 林裕順（2016）。同意搜索→同意受檢。《月旦法學教室》，163，27-29。https://doi.org/10.3966/168473932016050163008
- 林鈺雄（2020）。《刑事訴訟法（上）》（十版）。自版。
- 施育傑（2017）。數位證據的載體、雲端與線上取證——搜索扣押與類型化的觀點。《裁判時報》，64，55-71。
- 施育傑（2020）。數位、科技與刑事程序干預處分——資訊框架理論之建構（已出版博士論文）。國立政治大學。
- 施育傑（2020）。科技時代的偵查干預處分——兼論我國法方向。《月旦法學雜誌》，306，154-174。
- 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》，27，67-80。
- 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第一七三一號判決。《裁判時報》，26，139-146。https://doi.org/10.3966/207798362014040026012
- 溫祖德（2015）。行動電話內數位資訊與附帶搜索——以美國聯邦最高法院見解之變遷為主。《月旦法學雜誌》，239，198-220。

<https://doi.org/10.3966/102559312015040239010>

- 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（8），28-43。
[https://doi.org/10.6509/TLM.201208_63\(8\).0003](https://doi.org/10.6509/TLM.201208_63(8).0003)
- 謝志鴻（2009）。同意搜索。《月旦法學雜誌》，165，231-244。
- 薛智仁（2020）。同意搜索之基本問題(一)。《法務通訊》，3002，3-6。
- 薛智仁（2020）。同意搜索之基本問題(二)。《法務通訊》，3003，3-6。
- 薛智仁（2020）。同意搜索之基本問題(三)。《法務通訊》，3004，6。

二、英文文獻

- Kerr, O. S. (2018). *Computer Crime Law* (4th ed.). West Academic.
- LaFave, Wayne R. (2020). *Search and Seizure* (6th ed.). Thomson Reuters.