

臺灣高等法院花蓮分院刑事判決

114年度上易字第85號

上訴人 臺灣花蓮地方檢察署檢察官
被告 陳柏儒

上列上訴人因被告違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣花蓮地方法院114年度易字第114號中華民國114年7月21日第一審判決（起訴案號：臺灣花蓮地方檢察署113年度偵字第7249號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於沒收銷燬部分撤銷。
其餘上訴駁回。

理 由

- 一、公訴意旨略以：被告陳柏儒明知海洛因係毒品危害防制條例第2條第2項第1款規定之第一級毒品，依法不得持有，竟基於持有第一級毒品之犯意，於民國113年11月12日16時許為警查獲前之某時，在不詳地點，向姓名年籍不詳之人，取得含有第一級毒品海洛因成分之白色粉末1包後而持有之。嗣於113年11月12日16時許，為警在花蓮縣○○鄉○里○街00號之花蓮縣警察局新城分局（下稱新城分局）嘉里派出所（下稱嘉里派出所）內查獲，當場扣得第一級毒品海洛因1包（毛重0.1939公克，下稱扣案毒品）。因認被告涉犯毒品危害防制條例第11條第1項之持有第一級毒品罪嫌等語。
- 二、犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定其犯罪事實；不能證明被告犯罪者，應諭知無罪之判決，刑事訴訟法第154條第2項、第301條第1項分別定有明文。又認定不利於被告之事實，須依積極證據，苟積極證據不足為不利於被告事實

01 之認定時，即應為有利於被告之認定，更不必有何有利之證
02 據。

03 三、公訴意旨認被告涉犯前揭罪嫌，無非係以被告之供述、新城
04 分局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表及慈濟大學濫用藥物檢
05 驗中心鑑定書等為其論據。

06 四、訊據被告固坦承其於113年11月12日有騎乘徐志雄所有之車
07 牌號碼000-000號普通重型機車（下稱系爭機車）遭警方攔
08 查，且系爭機車中有一只灰色皮夾（下稱系爭皮夾），而系
09 爭皮夾內並置有扣案毒品等事實，但堅詞否認有何持有第一
10 級毒品犯行，辯稱：我是跟徐志雄借用系爭機車，扣案毒品
11 是徐志雄的，且我覺得員警搜索程序不合法，當時我也沒有
12 同意搜索等語。經查：

13 （一）本案查獲過程，係嘉里派出所之副所長汪建宏、警員蔡永
14 賢於113年11月12日14時45分許，在花蓮縣○○鄉○○路0
15 0號前，以系爭機車未裝後照鏡為由攔停被告進行盤查，
16 遭員警攔停後，被告旋即下車並提供其身分證統一編號配
17 合員警查驗身分，蔡永賢即在現場以警用電腦查詢確認系
18 爭機車並非贓車，被告則在汪建宏之要求下，開啟系爭機
19 車置物箱供汪建宏檢查，汪建宏於未先徵得被告同意之狀
20 況下，即自行從系爭機車置物箱內取出系爭皮夾觀看，但
21 當下並未發現扣案毒品，汪建宏僅觀看系爭皮夾內之證件
22 後，即追問被告為何持有系爭皮夾，被告旋表示「我沒有
23 同意搜索」，但汪建宏則以「我請你打開來，你就同意搜
24 索了」、「你是怕裡面有什麼東西喔，還同意搜索勒。你
25 又不是車主阿你，怎麼同意不同意」等語回應被告質疑，
26 嗣於同日14時54分後，汪建宏及蔡永賢雖未拘捕被告，但
27 仍要求被告配合前往嘉里派出所，系爭機車則由蔡永賢騎
28 回嘉里派出所。之後汪建宏在嘉里派出所內清點系爭皮夾
29 內物品時，發現扣案毒品，蔡永賢遂先於同日16時許，依
30 刑事訴訟法第130條對被告執行附帶搜索及扣押扣案毒品
31 後，始於同日16時10分許，依刑事訴訟法第88條規定，以

01 現行犯逮捕被告等節，業據證人即警員蔡永賢於原審時證
02 述明確（見原審卷第91至92頁），並有嘉里派出所職務報
03 告、新城分局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、執行逮捕
04 拘禁告知本人通知書、員警密錄器影像資料暨原審勘驗筆
05 錄（見新城分局16436號警卷第3、35至41、45、47頁，原
06 審卷第83至89頁）在卷可參，該部分之事實，堪已認定。

07 （二）本案員警檢查系爭機車置物箱之程序非屬適法，且已實質
08 上構成搜索：

09 1、依上開本案查獲過程可知，員警起初係因系爭機車未安裝
10 後照鏡之交通違規事由而予以盤查，依道路交通管理處罰
11 條例第7條第1項、違反道路管理事件統一裁罰基準及
12 處理細則第11條第1項第1款前段、第17條等規定，員警固
13 可就被告上開交通違規行為當場舉發而查驗其身分、車籍
14 資料，惟查驗目的僅以舉發交通違規及製作通知單為限，
15 而被告於員警進行身分查證時，已將其身分證統一編號告
16 知員警，員警自可透過警用電腦輸入被告身分證統一編號
17 及系爭機車車牌號碼之方式，查詢被告身分及機車車籍資
18 料，以完成當場舉發交通違規之程序，實不必要求被告開
19 啟密封之機車置物箱供其等檢查，是員警要求被告打開機
20 車置物箱供其檢查之舉，已超出舉發交通違規之範疇。

21 2、又被告雖有前揭交通違規情形，惟依原審勘驗員警密錄器
22 影像結果，可見員警上前盤查被告時，被告已將所騎乘之
23 機車停放於路旁並下車，此時被告已無駕駛行為，且被告
24 除表示不同意員警搜索外，並無何異常舉動而得合理懷疑
25 其將有危害行為，又不同意員警搜索本即為人民權利，當
26 不能僅以被告拒絕員警搜索即認得合理懷疑其涉有犯罪或
27 將有危害行為，否則刑事訴訟法關於令狀搜索及例外搜索
28 等規定無異形同具文，且卷內亦無證據足證此時員警已有
29 事實足認被告有犯罪之虞，其等當無適用警察職權行使法
30 第6條第1項、第7條第1項第4款、第8條第1項第2款、同條
31 第2項等規定，查證被告身分後進而檢查被告身體及所攜

帶之物或檢查系爭機車置物箱等權限，然員警卻仍不顧被告反對，繼續查看系爭機車置物箱及皮夾內物品，自屬搜索之行為無疑。

（三）本案員警之搜索、扣押程序均不合法

1、員警之毒品搜索程序，與刑事訴訟法第130條所定附帶搜索之要件不符：

（1）現行犯，不問何人得逕行逮捕之。因持有兇器、贓物或其他物件、或於身體、衣服等處露有犯罪痕跡，顯可疑為犯罪人者，以現行犯論。而檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押時，雖無搜索票，得逕行搜索其身體、隨身攜帶之物件、所使用之交通工具及其立即可觸及之處所，刑事訴訟法第88條第1項、第3項第2款、第130條分別定有明文。是附帶搜索之合法要件，係以「已合法逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押」為絕對前提，若司法警察（官）於逮捕程序完成前即進行搜索，該搜索即難認符合附帶搜索之要件。

（2）依證人蔡永賢於原審時證稱：搜索扣押筆錄、逮捕通知書都是我製作的，回到派出所後，副所長清點系爭皮夾內物品時，才發現扣案毒品，我們才以現行犯逮捕被告等語（見原審卷第91至92頁），並佐以新城分局搜索扣押筆錄、執行逮捕拘禁告知本人通知書上所記載之執行搜索及逮捕時間，可見本案開始執行搜索之時間係113年11月12日16時，逮捕時間則係同日16時10分等情，足認員警搜索發現扣案毒品前，並未先行逮捕被告，反而係在搜索發現扣案毒品之後，方以此為由依現行犯之規定逮捕被告，顯見員警係於被告未經「合法逮捕、拘提」之情形下，即對系爭機車、皮夾進行搜索，依前揭說明，顯不符合刑事訴訟法第130條附帶搜索之要件。

2、員警之毒品搜索程序，與刑事訴訟法第131條所定逕行搜索之要件不符：

01 (1) 刑事訴訟法第131條第1項規定，檢察官、檢察事務官、司
02 法警察官或司法警察，雖無搜索票，得於下列情形逕行搜
03 索住宅或其他處所：1.因逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘
04 提、羈押，有事實足認被告或犯罪嫌疑人確實在內者。2.
05 因追躡現行犯或逮捕脫逃人，有事實足認現行犯或脫逃人
06 確實在內者。3.有明顯事實足信為有人在內犯罪而情形急
07 迫者。此條容許之無令狀搜索，乃學理上所稱之「逕行搜
08 索」，係針對發現被告（人）而發動，必為拘捕搜索，除
09 在逮捕被告後結合刑事訴訟法第130條得對被告為附帶搜
10 索外，不得再為其他搜索；縱使為確定有無其他共犯足以
11 威脅警察安全或湮滅證據的目的，允許執行搜索員警得採
12 取所謂「保護性掃瞄搜索」，亦僅限於在目光所及處為
13 之，自不能再進而翻箱倒櫃實施調查搜索，二者有別，不
14 可不辨（最高法院110年度台上字第4099號判決意旨得
15 參）。

16 (2) 本案員警搜索系爭機車、皮夾之目的，係在尋找被告涉犯
17 違反毒品危害防制條例案件或其他犯罪之證物，核與本條
18 項逕行搜索之要件不符，不得以此為員警搜索程序之合法
19 依據。且本案執行搜索之員警既未在檢察官指揮下為之，
20 更無踐行同法第131條第3項應於事後陳報檢察署檢察官及
21 法院規定之可能，所為之對物緊急搜索，亦未符合法定要
22 件。

23 3、員警之毒品搜索程序，與刑事訴訟法第131條之1之同意搜
24 索之要件不符：

25 (1) 搜索，經受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票，
26 刑事訴訟法第131條之1定有明文。此乃基於權利自主原
27 則，於受搜索人明知有權拒絕搜索，卻仍本於自由意志，
28 願意拋棄憲法所保障之上開基本權而接受搜索時，亦屬法
29 之所許（最高法院112年度台上字第1842號判決意旨參
30 照）。

31 (2) 依前引密錄器影像暨原審勘驗筆錄及卷內相關資料，得知

01 本案員警於執行搜索前或同時，並未對被告明確表示欲執
02 行搜索之原因及用意，以使被告理解搜索之意涵，且未見
03 被告於接受員警搜索前，簽署自願受搜索同意書等相關文
04 件，何況於員警將系爭皮夾自系爭機車置物箱內取出時，
05 被告更向其等表示：我沒有同意搜索等語，足認被告並未
06 同意員警搜索系爭機車、皮夾及取出扣案毒品，應認本案
07 搜索與刑事訴訟法第131條之1同意搜索之要件不符。

08 4、綜上所述，本案搜索扣押行為，不符合附帶搜索、逕行搜
09 索、同意搜索之要件，係屬違法搜索扣押，其因此取得之
10 扣案毒品及衍生之毒品鑑定報告等證據，均係實施刑事訴
11 訟程序之公務員違背法定程序所取得之證據。

12 (四) 本案違法取得之證據，經依權衡原則判斷後，均認為無證
13 據能力：

14 1、違背法定程序蒐集、調查而得之證據，有無證據能力，我
15 國兼採「權衡理論」，於刑事訴訟法第158條之4明文：

16 「除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員因違背
17 法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人
18 權保障及公共利益之均衡維護。」其立法意旨除基於維持
19 正當法律程序、司法純潔性及抑制違法偵查之原則，防止
20 執法人員為達訴追目的而不計代價、不擇手段取證，另避
21 免僅因執法人員之輕微瑕疵，而使被告逍遙法外，有悖國
22 民感情。故對於違法搜索、扣押所得之證據，為兼顧程序
23 正義及發現實體真實，授權法院於個案審理中，就個人基
24 本人權之保障及社會安全之維護，依比例原則及法益權衡
25 原則，予以客觀之判斷，尤應斟酌：1.違背法定程序之程
26 度；2.違背法定程序時之主觀意圖（即實施搜索扣押之公
27 務員是否明知違法並故意為之）；3.違背法定程序時之狀
28 況（即程序之違反是否有緊急或不得已之情形）；4.侵害犯
29 罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重；5.犯罪所生之危險或
30 實害；6.禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效
31 果；7.偵審人員如依法定程序，有無發現該證據之必然性

(即假設偵查流程理論、必然發現之例外)；8.證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度等情狀，以決定應否賦予證據能力。上揭例示之權衡因素雖無絕對先後輕重之排序，亦非謂法院應逐一審酌、全數兼顧。但基於證據排除理論旨在抑制違法偵查，對於偵查機關主觀上是否惡意、恣意違法取證(即明知故犯、蓄意規避法律規定)、違背法定程序係屬輕微或重大，暨法院如排除該證據對預防將來違法取得證據之效果(即1.2.6.)，應列為重要判斷事項、詳予調查，本於職權審慎認定，並於理由中妥為記載，方為適法(最高法院112年度台上字第1370號判決意旨得參)。

2、員警之搜索扣押程序違反法定程序，業如前述，則因此取得之扣案毒品是否具有證據能力，依前揭所舉標準，權衡判斷如下：

(1) 違背法定程序之程度：本案員警於無搜索票且不符合無令狀搜索之要件下，逕將手伸入系爭機車置物箱內取出系爭皮夾而為搜索，又在尚未查悉任何犯罪跡證之狀況下，要求被告隨同返回派出所接受調查，實質上侵害被告之權益，可認違反法定程序之程度重大。

(2) 違背法定程序時之主觀意圖：搜索係對人民隱私權、財產權之重大干預，刑事訴訟法乃以令狀原則為核心，僅於具備法律明定之例外情形(如附帶搜索、逕行搜索、同意搜索)時，始得無令狀為之。此等法定要件，乃我國警察養成教育、在職訓練及常年學科測驗之基本教材，任一執行勤務員警均應熟稔於心。本案員警於執行搜索時，並未持有搜索票，更無任何符合無令狀搜索之客觀情狀存在，業如前述，則本案員警在無任何確信其不違法之基礎前提下，猶未採取任何避免違法搜索結果之防果措施，可認本案員警確有違背法定程序之主觀意圖。

(3) 違反法定程序時之狀況：本案員警係因被告違反交通規則，而在公眾往來之道路進行臨檢，被告亦已下車並提供

01 個人資料接受員警盤查，現場並無被告將持扣案毒品另行
02 犯案或湮滅罪證等緊急狀況，致使員警不得不當場以違反
03 法定程序之手段對系爭機車、皮夾發動搜索之情形存在。

04 (4) 犯罪所生之危險或實害：扣案毒品雖係違禁物，惟被告所
05 涉持有第一級毒品罪，其法定刑為3年以下有期徒刑、拘
06 役或新臺幣30萬元以下罰金，非屬重罪，且無證據證明被
07 告主觀上計畫或客觀上有持扣案毒品從事何犯罪行為，縱
08 認扣案毒品為被告所持有之物，其犯罪所生危害亦屬輕
09 微。

10 (5) 禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果：本案員
11 警於臨檢、盤查過程中行搜索罪證之實，並未遵守法定搜
12 索扣押程序，此於司法實務案例中實非罕見，是如排除員
13 警違法搜索扣得物品之證據能力，禁止使用員警違法採證
14 所取得證據，應足以使員警心生警惕，而收預防日後再次
15 違法取證之效。

16 (6) 偵審人員如依法定程序，有無發現該證據之必然性：本案
17 員警係於被告交通違規之狀況下攔檢被告，僅得對被告所
18 騎乘之系爭機車及被告外表為目視所及之檢查，對於層層
19 藏置於系爭機車置物箱及皮夾內之扣案毒品並無合法途徑
20 得以發見並扣押，是如排除員警違法搜索之情形，並無發
21 現該證據之必然性，而不符合「必然發現原則」之適用。

22 (7) 證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度：被告被
23 訴罪名為持有第一級毒品罪，倘扣案毒品不能作為證據，
24 自難認被告所為成立該罪，是以，扣案毒品足堪作為被告
25 涉有該罪之重要物證，進而員警違法搜索顯對被告訴訟上
26 之防禦生有重大不利益之影響。

27 (8) 綜上所述，經依比例原則及權衡原則衡酌上情後，認員警
28 就本案之違法搜索、扣押，違背法定程序之程度甚為關
29 鍵，並係在無任何急迫情形下故意違反法定程序，且被告
30 所涉之罪名屬輕罪，亦未對社會治安產生具體實害，如採
31 用此一違法取得之證據，對被告訴訟上防禦權甚不利益，

01 亦難遏阻員警故意規避令狀原則以不正取證之作為，是以
02 為導正員警取證觀念，維護被告之權益，爰依刑事訴訟法
03 第158條之4規定，排除違法取得之扣案毒品及衍生之毒品
04 鑑定報告等證據之證據能力。

05 五、綜上所述，本案經排除上開無證據能力之證據而不得以之作
06 為認定被告犯罪事實之證據後，並無其他任何證據足資證明
07 被告犯罪，況經本院依被告聲請傳喚證人徐志雄到庭後，證
08 人徐志雄亦證稱：被告有跟我借用系爭機車使用，系爭皮夾
09 及其內之扣案毒品均係我的，扣案毒品是我朋友寄放在我這
10 邊的，跟被告沒有關係，被告也不知道系爭機車內放有毒
11 品，我知道自己可能涉犯持有毒品罪，但這件事情真的跟被
12 告無關，不能去冤枉他等語（見本院卷第144至148頁），更
13 與被告所辯相符，益徵本案依檢察官所舉證據，尚無從證明
14 被告確有公訴意旨所指持有第一級毒品犯行，自應為其無罪
15 之諭知。

16 六、上訴駁回之理由（即原判決諭知無罪部分）

17 （一）原審認檢察官所提證據均無法證明被告有持有第一級毒品
18 犯行，而為被告無罪之諭知，其採證法則於法相容，亦與
19 經驗法則、論理法則無悖，自應予以維持。

20 （二）檢察官上訴意旨雖以：本案員警執行搜索程序雖有違法之
21 情形，然員警並未施以強制力而取得證據，且過程中言語
22 交談平和，可認員警違背法定程序之程度輕微、主觀上並
23 無故意或重大過失，程序之違反確有緊急或不得已之情
24 形，又本案侵害被告權益甚輕，但犯罪所生之實害重大，
25 禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果有限，是
26 依刑事訴訟法第158條之4規定權衡判斷後，應認扣案毒品
27 仍具有證據能力，而不應排除。原判決就證據排除部分，
28 認事用法有尚嫌速斷，有再商榷之餘地，請將原判決撤
29 銷，更為適當合法之判決等語為主張。

30 （三）然本案員警搜索程序顯然違法，且依權衡原則判斷後，認
31 扣案毒品不具有證據能力，業經本院一一說明於前，不再

一一贅述。惟本院必須重申者，被告本案所涉犯僅係法定最重本刑3年以下有期徒刑之罪，且所持有之第一級毒品數量甚微，倘若於犯罪態樣、犯罪情節、侵害法益程度及犯罪所生之危害均如此輕微之犯行下，經過權衡原則判斷後，仍認本案違法取得之證據具有證據能力而不得予以排除，試問尚有何種違法搜索案例於違背法定程序所取得之證據，經過權衡原則判斷後，仍得依法排除該違法取得證據之證據能力？若然，則刑事訴訟法所規定用以防制執法人員侵害人民憲法權利之諸多令狀原則、法官保留原則及證據排除法則，是否皆僅徒具形式，或將淪為具文？是綜合上情，檢察官之上訴為無理由，應予駁回。

七、撤銷之理由（即原判決諭知沒收銷燬部分）

（一）刑法沒收章於104年12月30日修正公布，並自105年7月1日起施行，修正後切合沒收之法律本質，明確定義沒收為「刑罰及保安處分以外之法律效果」，具有獨立性，而非刑罰從刑（刑法第2條立法說明參照），是若原判決僅沒收部分有所違誤，而於本案部分認事用法正確時，法院自得僅就原判決關於沒收部分撤銷。又於法院為不受理、免訴或無罪判決時，仍得單獨宣告沒收違禁物之目的，除基於訴訟經濟原則之考量外，更係為避免該等違禁物流通於外，對社會安全產生危險性，但倘該等違禁物仍有證據效用，逕予沒收可能導致待證事實越趨模糊，造成公益損害，且因該等違禁物並未逕予發還原持有人或被告而仍偵審機關扣押中，則於將來未能澄清其他犯罪時，檢察官仍得依刑法第40條第2項、刑事訴訟法第455條之34至36等規定，單獨就該等違禁物聲請法院沒收之，不致影響社會安全，是如法院依比例原則權衡後，認單獨宣告沒收該等違禁並非達成目的之整體公益危害最小及均衡之手段時，自可得不予宣告沒收。

（二）原審以扣案毒品經檢驗後含有第一級毒品海洛因成分，係屬違禁物，認雖不能證明被告犯罪，但基於訴訟經濟原

則，仍依檢察官之請求，就扣案毒品單獨宣告沒收銷燬等旨，固非無據。惟被告雖經宣告無罪，然依證人徐志雄於本院證述之內容，得認其可能另涉有持有第一級毒品罪嫌，足認扣案毒品仍有另案證據效用，為避免宣告沒收銷燬，導致其喪失證明功能，依前揭說明，本院認以不予宣告沒收銷燬更為妥適，而原判決僅就沒收銷燬部分容有未洽之處，依前揭說明，基於沒收之獨立性，本院自得僅就原判決關於沒收銷燬部分撤銷之。

八、職權告發

公務員因執行職務知有犯罪嫌疑者，應為告發，刑事訴訟法第241條定有明文。依證人徐志雄於本院時證述之內容及卷內相關證據資料，可知證人徐志雄另涉有持有第一級毒品罪嫌，此為本院於審理中因執行職務知悉上開犯罪嫌疑，爰依上開規定職權告發，由檢察官另為適法之處理。

據上論斷，依刑事訴訟法第368條、第369條第1項前段，判決如主文。

本案經檢察官顏伯融起公訴，檢察官吳聲彥提起上訴，檢察官詹益昌到庭執行職務。

中 華 民 國 115 年 5 月 29 日

刑事第三庭審判長法官 李水源

法官 謝昀璉

法官 吳明駿

以上正本證明與原本無異。

本件不得上訴。

中 華 民 國 115 年 5 月 29 日

書記官 李品慧