臺灣臺北地方法院刑事判決

113年度簡上字第55號

上訴人

即被告 鄭亦村

選任辯護人 黃正龍律師

舒建中律師

李岳洋律師

上列上訴人即被告因違反毒品危害防制條例案件，不服本院民國113年2月19日113年度簡字第249號第一審刑事簡易判決（聲請簡易判決處刑案號：113年度偵字第2273號），提起上訴，本院管轄第二審合議庭判決如下：

主 文

上訴駁回。

事 實

一、鄭亦村基於持有第二級毒品及持有第三級毒品純質淨重5公克以上之犯意，於民國112年9月3日15時許，在新北市新店區新烏路，自年籍不詳綽號『東哥』之成年男子收受含有第二級毒品四氫大麻酚成分之電子菸、菸彈及含有第三級毒品4-甲基甲基卡西酮成分之果汁包後，將上開毒品及吸食器放在包包（下稱本案包包）內，再置於其所使用之APL-8823號自用小客車副駕駛座之地上。嗣於翌（4）日23時29分許，鄭亦村駕駛上開車輛行經臺北市大安區市民大道4段與光復南路口，為執行路檢勤務之警員攔檢並下車，經鄭亦村先後自行自行車上取出其隨身之包包（下稱隨身包包）、本案包包供檢查，而發現在隨身包包內裝有沾有第三級毒品愷他命之電子磅秤及本案包包內之含有第二級毒品四氫大麻酚之大麻菸彈9個、沾有第二級毒品四氫大麻酚之電子煙機身1支、含有第三級毒品4-甲基甲基卡西酮成分之果汁包73個（總淨重123.34公克，驗前總純質淨重共12.29公克），始知悉上

01 情。

02 二、案經臺北市政府警察局大安分局報告臺灣臺北地方檢察署檢
03 察官聲請簡易判決處刑。

04 理 由

05 壹、程序部分

06 一、被告鄭亦村及其辯護人固於本院審理時爭執臺北市政府警察
07 局大安分局自願受搜索同意書、搜索扣押筆錄、扣押物品目
08 錄表、扣案沾有第三級毒品愷他命之電子磅秤、含有第二級
09 毒品四氫大麻酚之大麻菸彈9個、沾有第二級毒品四氫大麻
10 酚之電子煙機身1支、含有第三級毒品4-甲基甲基卡西酮成
11 分之果汁包73個之證據能力，並辯稱：上開自願受搜索同意
12 書非出於被告自願，且係於搜索後始簽署，而扣案毒品則係
13 未經被告同意，逕為違法搜索扣押，程序不合法，均不具證
14 據能力等語。惟查：

15 (一)、按搜索，經受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票；
16 但執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄。刑
17 事訴訟法第131條之1定有明文。此處「同意搜索」，係指受
18 搜索人出於自願性之「真摯同意」。受搜索人是否出於自願
19 性之「真摯同意」，應依個案情節判斷被告之真意。執行搜
20 索人員有無將受搜索人同意意旨記載於筆錄，由受搜索人簽
21 名或出具書面表明，為判斷標準之一，事實審法院應綜合一
22 切情狀包括徵求同意之地點、徵求同意之方式，是否自然而
23 非具威脅性、警察人員是否暗示不得拒絕同意、同意搜索者
24 主觀意識之強弱、教育程度及自主之意志是否已為執行搜索
25 人員所屈服等，加以審酌（最高法院112年度台上字第5540
26 號刑事判決意旨參照）。又刑事訴訟法第43條之1增訂檢察
27 事務官、司法警察官、司法警察行搜索、扣押時，準用同法
28 第42條搜索、扣押筆錄之製作規定，係92年2月6日公布，9
29 月1日施行，而第131條之1規定之自願性同意搜索，則是90
30 年1月12日公布，7月1日施行，該條但書所定「但執行人員
31 應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄」之程序性規範

要件，依立法時程之先後順序，立法者顯然無意將此之筆錄指為第42條之搜索、扣押筆錄。因此，現行偵查實務通常將「自願同意搜索筆錄（或稱為自願受搜索同意書）」與「搜索扣押筆錄」二者，分別規定，供執行搜索人員使用。前者係自願性同意搜索之生效要件，故執行人員應於執行搜索場所，當場出示證件，先查明受搜索人有無同意權限，同時將其同意之意旨記載於筆錄（書面）後，始得據以執行搜索，此之筆錄（書面）祇能在搜索之前或當時完成，不能於事後補正（最高法院100年度台上字第7112號刑事判決意旨可參）。

(二)、被告於警詢、偵查中第1次受檢察官訊問時均未就搜索過程之合法性表示意見，並於第1次受檢察官訊問時表明對於逮捕過程沒有意見等語（見毒偵卷第97頁）；復於偵查中第2次受檢察官訊問時先供稱：我對於警察搜索查扣過程有意見等語（見毒偵卷第97頁），但嗣改稱：我願意認罪，希望聲請簡易判決處刑，沒有其他陳述等語（見毒偵卷第97頁），是被告於搜索、逮捕之初隻字未提其有不同意警員搜索或係在警員壓力下始簽署自願受搜索同意書之情狀，並在偵查中第2次受檢察官訊問之末改以不再細究搜索查扣過程之合法性，願意認罪，以及於檢察官向本院聲請以簡易判決處刑後至原審判決前，即未再向原審爭執搜索所得證據之證據能力，則被告事後翻異其詞，辯稱警員搜索未經其明示或默示同意等語，是否確與客觀事實相符，尚需綜合其他證據始能判斷。

(三)、證人即到場執勤警員許家維於偵查中證稱：我們當天執行酒駕路檢勤務，有同事請駕駛下車，因為要避免有開車衝撞疑慮，而且要做酒測，會先請他們下來確認身上有無酒味，沒有酒味就沒有酒測，並請配合提供證件。我有先用警察隨身電腦查詢駕駛、乘客的身分，查到被告有毒品前科，下車後先檢查他們口袋有無小刀等尖銳物品，後來有詢問有無攜帶包包，被告他們說有，就請他們給我看隨身包包，他們自行

01 打開隨身包包，我看到隨身包包有一個電子磅秤還有一些夾
02 鏈袋，是乾淨未使用過，磅秤上有粉末，就現場檢驗，有第
03 三級毒品愷他命陽性反應，就詢問說要檢查本案包包，一開
04 始被告拒絕，被告說本案包包不是他的，而且不知道本案包
05 包內有什麼東西，後來被告還是有提供本案包包給我檢查，
06 因為是被告遞給我的，我認為被告是同意我檢查，我就打開
07 本案包包看，有看到果汁包、大麻煙彈。被告會同意給我們
08 看本案包包是因為我們有跟被告說，你自己帶的隨身包包有
09 愷他命及夾鏈袋，因而懷疑車上還有毒品，但因為第三級毒
10 品不能發動搜索，所以我們請被告配合等語（見毒偵卷第18
11 9至190頁），而證人許家維所為之證述亦與本院就現場警員
12 所配戴密錄器錄影畫面之勘驗結果大致相符（見本院卷二第
13 61至62、69至74頁），是現場警員在被告主動交付隨身包
14 包，並利用檢驗盒確認隨身包包內裝有沾有第三級毒品愷他
15 命之電子磅秤與夾鏈袋後，見副駕駛座地板處有置放本案包
16 包，進而詢問被告是否願意將本案包包交付檢查，被告除表
17 示本案包包並非其所有而為其友人之包包外，並未表明拒絕
18 之意思，更自行進入副駕駛座取出本案包包，又在警員請求
19 其打開本案包包確認內容物時，雖僅回應「這不是我的啊」
20 等語，而無明確拒絕警員搜索之意思，警員即對本案包包進
21 行檢查並查獲大麻煙彈、果汁包等毒品，惟客觀上被告雖有
22 默示同意搜索之外觀，然仍與受搜索人明確、真摯同意搜索
23 有別，實難謂警員所述其係基於被告自願同意而對被告進行
24 搜索之過程無瑕疵可指。再參照本院就現場警員所配戴密錄
25 器錄影畫面之勘驗結果（見本院卷一第61至62、69至74
26 頁），可知被告於遭警員搜索之前或當時，尚未簽署如偵卷
27 第29頁所示之自願受搜索同意書，則本件警員取得自願受搜
28 索同意書顯有未符合於搜索之前或當時完成自願受搜索同意
29 書簽署之情形，而與刑事訴訟法第131條之1之規範意旨相
30 悖，自難認屬合法之同意搜索。

31 (四)、然按刑事訴訟，係以確定國家具體之刑罰權為目的，為保全

01 證據並確保刑罰之執行，於訴訟程序之進行，固有許實施強
02 制處分之必要，惟強制處分之搜索、扣押，足以侵害個人之
03 隱私權及財產權，若為達訴追之目的而漫無限制，許其不擇
04 手段為之，於人權之保障，自有未周，故基於維持正當法律
05 程序、司法純潔性及抑止違法偵查之原則，實施刑事訴訟程
06 序之公務員不得任意違背法定程序實施搜索、扣押；至於違
07 法搜索扣押所取得之證據，若不分情節，一概以程序違法為
08 由，否定其證據能力，從究明事實真相之角度而言，難謂適
09 當，且若僅因程序上之瑕疵，致使許多與事實相符之證據，
10 無例外地被排除而不用，例如案情重大，然違背法定程序之
11 情節輕微，若遽捨棄該證據不用，被告可能逍遙法外，此與
12 國民感情相悖，難為社會所接受，自有害於審判之公平正
13 義，因此，對於違法搜索所取得之證據，為兼顧程序正義及
14 發現實體真實，應由法院於個案審理中，就個人基本人權之
15 保障及社會安全之維護，依比例原則及法益權衡原則，予以
16 客觀之判斷，亦即應就(一)違背法定程序之程度。(二)違背法定
17 程序時之主觀意圖（即實施搜索扣押之公務員是否明知違法
18 並故意為之）。(三)違背法定程序時之狀況（即程序之違反是
19 否有緊急或不得已之情形）。(四)侵害犯罪嫌疑人或被告權益
20 之種類及輕重。(五)犯罪所生之危險或實害。(六)禁止使用證據
21 對於預防將來違法取得證據之效果。(七)偵審人員如依法定程
22 序，有無發現該證據之必然性。(八)證據取得之違法對被告訴
23 訟上防禦不利益之程度等情狀予以審酌，以決定應否賦予證
24 據能力（最高法院93年台上字第664號刑事判決先例意旨參
25 照）。查本件警員雖係在執行搜索完畢後始由被告補具自願
26 受搜索同意書，惟審諸在場執勤警員係在被告主動自車上取
27 出包包，本於被告出於自主意願之默示同意，而就該包包進
28 行搜索進而查獲毒品，搜索過程平和，並無使用強制力，警
29 員主觀認知上係依據被告同意搜索查獲毒品再為逮捕，則其
30 違背法令之主觀意圖並非重大，且並未實質違反被告自由意
31 願，相較違反受搜索人意願而強行搜索之情節及被告受侵害

01 之權益尚屬輕微。況本件若未及時搜索扣押，該等毒品遭被
02 告藏匿或湮滅之可能性甚高，徒增警員事後蒐證之困難。本
03 院斟酌上開各情，就個人基本人權之保障及社會安全之維
04 護，依比例原則及法益權衡原則，予以客觀判斷，認本件取
05 得之證據即臺北市政府警察局大安分局自願受搜索同意書、
06 搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、扣案沾有第三級毒品愷他
07 命之電子磅秤、含有第二級毒品四氫大麻酚之大麻菸彈9
08 個、沾有第二級毒品四氫大麻酚之電子煙機身1支、含有第
09 三級毒品4-甲基甲基卡西酮成分之果汁包73個均具有證據能
10 力。被告及辯護人辯稱上開證據均無證據能力等語，難認有
11 據。

12 二、其餘資以認定本案犯罪事實之非供述證據，亦查無違反法定
13 程序取得之情，依刑事訴訟法第158條之4規定反面解釋，均
14 具證據能力。

15 貳、實體部分

16 一、上揭犯罪事實，業據被告於偵查中、本院審理時均坦承不諱
17 （見毒偵卷第192頁、本院卷二第60至61、96頁），並有臺
18 北市政府警察局大安分局搜索扣押筆錄、扣押物品目錄表、
19 自願受搜索同意書、毒品初步檢驗圖片說明表、交通部民用
20 航空局航空醫務中心112年9月19日航藥鑑字第0000000號毒
21 品鑑定書、內政部警政署刑事警察局112年12月13日刑理字
22 第1126064468號鑑定書、扣押物品照片在卷可稽（見毒偵卷
23 第33至37、47至51、153、165至169、172至173、205、207
24 至208頁），復有扣案沾有第三級毒品愷他命之電子磅秤、
25 含有第二級毒品四氫大麻酚之大麻菸彈9個、沾有第二級毒
26 品四氫大麻酚之電子煙機身1支、含有第三級毒品4-甲基甲
27 基卡西酮成分之果汁包73個可證。綜上，本案事證明確，被
28 告犯行堪予認定，應依法論科。

29 二、論罪科刑：

30 核被告所為，係犯毒品危害防制條例第11條第2項之持有第
31 二級毒品罪、同條第5項之持有第三級毒品純質淨重達5公克

01 以上罪。被告所為上開犯行，係一行為同時觸犯毒品危害防
02 制條例第11條第2項、第5項之罪名，為想像競合犯，應從一
03 重依毒品危害防制條例第11條第5項之持有第三級毒品純質
04 淨重5公克以上之罪處斷。原審以被告犯罪事證明確，援引
05 毒品危害防制條例第11條第2項、第5項、刑法第41條第1項
06 前段之規定，並審酌被告明知毒品對人體健康及社會秩序戕
07 害甚鉅，竟持有上開第二級毒品、超量之第三級毒品，惟其
08 犯後已坦承犯行，態度尚可，暨其素行、動機、目的、手
09 段、教育程度、家庭經濟狀況等一切情狀，判處有期徒刑3
10 月，如易科罰金，以新臺幣1,000元折算一日。復敘明扣案
11 之含有第二級毒品四氫大麻酚之大麻菸彈9個、沾有第二級
12 毒品四氫大麻酚之電子煙機身1支，應依毒品危害防制條例
13 第18條第1項前段規定宣告沒收銷燬；扣案之沾有第三級毒
14 品愷他命之電子磅秤、含有4-甲基甲基卡西酮之毒品果汁包
15 73個，應依刑法第38條第1項規定宣告沒收。核其認事用法
16 均無違誤，量刑亦屬妥適。

17 三、被告上訴意旨略以：本件警員執行搜索扣押，未經被告表明
18 同意，且自願受搜索同意書係事後簽署，搜索程序應屬違
19 法，扣案毒品、自願受搜索同意書、搜索扣押筆錄、扣押物
20 品目錄表均無證據能力等語。惟其所指本案相關證據均係違
21 法取得，無證據能力等語，尚屬無據，已如前述。被告徒以
22 前詞，提起本件上訴並要求撤銷原判決，難認為有理由，應
23 予駁回。

24 據上論斷，應依刑事訴訟法第455條之1第1項、第3項、第368
25 條，判決如主文。

26 本案經檢察官侯靜雯聲請以簡易判決處刑，檢察官楊淑芬到庭執
27 行職務。

28 中 華 民 國 114 年 3 月 31 日
29 刑事第十一庭 審判長法官 鄧鈞豪
30 法官 林記弘
31 法官 林承歆

01 上正本證明與原本無異。

02 不得上訴。

03

書記官 林雅婷

04 中 華 民 國 114 年 4 月 1 日