

最高法院刑事判決

111年度台上字第5324號

上訴人 陳穎冠

選任辯護人 盧國勳律師

陳建文律師

上列上訴人因違反毒品危害防制條例案件，不服臺灣高等法院中華民國111年8月30日第二審判決（110年度上訴字第3271號，起訴案號：臺灣桃園地方檢察署109年度偵字第18655、24120號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

理 由

一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

二、本件原判決綜合全案證據資料，本於事實審法院採證認事之職權，認定上訴人陳穎冠有如其事實欄所載之犯行，因而撤銷第一審之無罪判決，改判依想像競合犯之例，從一重論處上訴人犯毒品危害防制條例第11條第4項之持有第二級毒品純質淨重20公克以上罪刑（想像競合犯民國109年1月15日修正公布、同年7月15日施行前〈下稱修正前〉毒品危害防制條例第11條第1項之持有第一級毒品罪），暨諭知相關之沒收銷燬，已詳為敘述所憑之證據及論罪之理由。對於上訴人於原審審理時有關違法取證所辯各節，如何不可採取，已於理由內詳為指駁。核其所為論斷，俱有卷內證據資料可資覆

01 按，自形式上觀察，原判決並無足以影響其判決結果之違背
02 法令情形存在。

03 三、上訴意旨略以：

04 (一)原判決以臺灣桃園地方法院法官所核發之搜索票已載明搜索
05 範圍包括「身體：陳穎冠之身體」，遽認執行之司法警察自
06 得搜索上訴人之身體，以及「搜索之際上訴人所穿著褲子口
07 袋及所持手提袋」，有適用法則不當、理由不備之違法。

08 (二)原判決既認司法警察違背法定程序，搜索上訴人所持手提袋
09 內之鐵盒，並查扣其內藏放之毒品，卻以「毒品放置於上訴
10 人手提袋且以明顯鐵盒放置，數量非微，必然遭警發現為
11 由」，遽以權衡判斷而認定警方自該鐵盒內查扣之海洛因4
12 包及甲基安非他命13包，均具證據能力，有適用法則不當之
13 違誤。

14 (三)司法警察未主動告知上訴人得依刑事訴訟法第146條規定拒
15 絕夜間搜索，反而一再提醒上訴人：縱不同意夜間搜索，警
16 察亦可在天亮時進行搜索等語，顯見司法警察一再迫使上訴
17 人放棄拒絕夜間搜索之權利。原判決徒以司法警察搜索上訴
18 人住所前，已徵得上訴人口頭明示承諾夜間搜索，上訴人並
19 在搜索票上所載「同意夜間搜索」處簽名，並按捺指印為
20 由，遽認上訴人同意夜間搜索，故於上訴人住處查扣之海洛
21 因4包及甲基安非他命12包，應具證據能力，有適用法則不
22 當之違法。

23 四、惟按：

24 (一)對於被告或犯罪嫌疑人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其
25 他處所，於必要時得搜索之。刑事訴訟法第122條第1項定有
26 明文。又搜索票，應記載應加搜索之處所、身體、物件或電
27 磁紀錄，為同法第128條第2項第3款所明定。所稱「身
28 體」，除指身體可供藏放物品之器官或部位外，尚應包括執
29 行搜索之際，受搜索人身體當時所穿著之衣物，例如衣褲口
30 袋等足以藏放物品者，始屬合理；所指「物件」，參酌同法
31 第130條附帶搜索之規定，則指上述身體及所著衣物以外，

而屬受搜索人（被告、犯罪嫌疑人或第三人）所持有、掌控之物件，應包括「隨身攜帶之物件」在內。

原判決說明：依偵查卷附搜索票載明，受搜索人為上訴人，搜索範圍包括「身體：陳穎冠之身體」，司法警察自得搜索上訴人之身體、搜索之際上訴人所穿著之褲子口袋等旨。又該搜索票記載得搜索上訴人之「物件」，而上訴人所持手提袋，經原審勘驗司法警察之密錄器所攝搜索過程影片結果，足認係警方查獲上訴人時，其隨身攜帶之物件，自屬得為合法搜索之客體。原判決將上訴人所持手提袋，認為屬上訴人「身體」之範圍，固有未周，惟不影響判決結果。此部分上訴意旨泛詞指稱：原判決認為司法警察合法搜索上訴人之手提袋，有適用法則不當、理由不備之違法等語，自非合法之上訴第三審理由。

（二）按違法搜索扣押所取得之證據，若不分情節，一概以程序違法為由，否定其證據能力，從究明事實真相之角度而言，難謂適當；惟刑事訴訟之目的，固在發現真實，藉以維護社會安全，國家取證程序仍應合法純潔、公平公正，以保障人權。倘證據之取得非依法定程序，而法院若容許該項證據作為認定犯罪事實之依據有害於公平正義時，已違背憲法第8條、第16條所示應依正當法律程序保障人身自由、貫徹訴訟基本權之行使及受公平審判權利之保障等旨，仍應排除其證據能力。從而，違法取得之證據，未必即應排除或禁止法院使用，刑事訴訟法第158條之4規定：「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」。此即學說及實務通稱之「權衡法則」。所謂「審酌人權保障及公共利益之均衡維護」，係指法院必須依據個案衡量違法情節及私益侵害情節，究應如何操作，涉及憲法比例原則如何具體落實於刑事訴訟程序，正因為每件違法取得證據的案例情節容有不同，即便違反的是相同的證據取得禁止規定，其違法程度亦輕重有別，倘不許於個案中衡量受侵害

之基本權私益及國家刑事追訴的公益，恐無從得出妥適且趨於正確而具公平正義價值的裁判結果。惟所謂「權衡」亦絕非漫無標準，更非任由法官恣意判斷，參照刑事訴訟法第158條之4立法理由，法官於個案權衡時，允宜斟酌：1. 違背法定程序之情節；2. 違背法定程序時之主觀意圖；3. 侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重；4. 犯罪所生之危險或實害；5. 禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果；6. 偵審人員如依法定程序有無發現該證據之必然性；7. 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。此七項權衡因素係「例示」而非「列舉」，且未必係併存，甚者多係「互斥」之關係，各項因素間亦無先後輕重之排序，更非，也不可能要求法官就所有七項因素均應兼顧。具體審酌標準可以區分三段層次：首先，應區別偵查機關或審判機關之違法，於偵查機關違法取得之證據，且係惡意違反者，如禁止使用該項證據，足以預防偵查機關將來違法取得證據，亦即得有「抑制違法偵查」之效果者，原則上應即禁止使用該證據（此階段權衡第1.、2. 及5. 項因素）；其次，如非惡意違反法定程序者，亦即有善意例外時，仍應審究所違反法規範之保護目的，以及所欲保護被告或犯罪嫌疑人之權利性質（包括憲法基本權、法律上之實體及程序權），參酌國家機關追訴，或審判機關審判之公共利益（如被告犯罪所生之危險或實害程度），權衡其中究係被告之私益或追訴之公益保護優先，除非侵害被告之權利輕微，原則上仍應禁止使用該項證據，換言之，除非極端殘暴的嚴重犯罪而有不得已之例外，不得祇因被告所犯為「重罪」，即不去考量被告被侵害之權利，尤其是被告憲法上權利或足以影響判決結果之訴訟防禦權受侵害時（此階段權衡第3.、7. 及4. 項因素）。最末，始依「假設偵查流程理論」或「必然發現之例外」法理，視偵、審人員同時有無進行其他合法採證行為，如依法定程序有無發現該證據之必然性，

01 以作為例外具有證據能力之判斷（此時始權衡第6.項因
02 素）。

03 原判決以司法警察本即持有合法搜索票，雖於未向受搜索人
04 即上訴人出示前即先執行搜索，固有違反法定程序，惟審
05 酌：警方於搜索過程中既已出示搜索票，違背法定程序之程
06 度輕微。且由第一審勘驗搜索過程錄影可知，司法警察將上
07 訴人控制後，即已表明係有搜索票，僅因參與執行之司法警
08 察人數較多，一時尚難確定搜索票在何人手中，才先行搜索
09 上訴人隨身物件，堪認係因一時情況混亂，分工協調未盡完
10 備所致，顯非惡意不先行出示搜索票。況持有搜索票卻疏未
11 即時事前出示之情形，並非常見，以此為由禁止扣案毒品做
12 為證據使用，對於避免將來類似法定程序違反情事，所生助
13 益有限；於搜索尚在進行中，即已完成出示搜索票，對於上
14 訴人藉由知悉搜索票內容以確保搜索程序適切之權益，所生
15 侵害程度較輕。況不問有無違反執行搜索事先出示搜索票程
16 序，因毒品放置在上訴人手提袋中明顯可見之鐵盒內，且數
17 量非微，必然於搜索過程中遭警方發現。故以扣案毒品作為
18 證據，對於上訴人訴訟上之防禦並無不利益等情，因認執行
19 搜索在上訴人手提袋內查獲之毒品，均有證據能力等旨。已
20 詳為具體審酌人權保障及公共利益之均衡維護，依據個案衡
21 量違法程度及私益侵害輕重等情節，因而判斷具有適法之證
22 據能力，依上述說明，自屬適法有據。此部分上訴意旨泛指：
23 原判決所為權衡，有適用法則不當之違誤等語，難謂係
24 合法之上訴第三審理由。

25 (三)按有人住居或看守之住宅或其他處所，不得於夜間入內搜索
26 或扣押。但經住居人、看守人或可為其代表之人「承諾」或
27 「有急迫之情形」者，不在此限。刑事訴訟法第146條第1項
28 定有明文。此處所謂「承諾」，自應以當事人出於自願且明
29 示之同意為限。

30 原判決說明：上訴人坦承有在搜索票上親簽同意夜間搜索，
31 且觀諸卷附二紙針對該住宅核發之搜索票，其上空白處確載

有「同意夜間搜索住宅」字樣，並於該文字下有「陳穎冠」之簽名及按捺指印；又經第一審勘驗司法警察密錄器拍攝影片結果，顯示：司法警察將搜索票提示予上訴人，並詢問所載地址是否為上訴人之住所而為上訴人肯定，司法警察並告以現在是夜間，是否同意現在帶同警方至其住處搜索，「因為等一下5點天亮之後，還是可以進去，趕快弄一弄，省點時間，是否同意」，上訴人除點頭表示同意外，並在司法警察提醒下，再出言表示同意。警方即在搜索票上註記同意夜間搜索，交由上訴人簽名等情。足信司法警察係先向上訴人確認搜索票上所載「臺北市○○區○○街000巷0弄00號4、5樓」地址為上訴人之住所後，即表明因當時為夜間，是否同意前往搜索，所詢問題適切，過程平和，並無任何強暴、脅迫之情。至於徵詢過程中所提及：等到5點天亮後仍可搜索等語，核與法律規定相符，並無不實；所述：若同意夜間搜索，可節省時間等語，亦僅係提供上訴人衡酌，尚無不當，甚至主動詢問該住處有無同住家人，並顧慮夜間搜索可能影響上訴人之同住父親，表明願意盡量不予打擾，更徵員警於執法之際，已適度兼顧人情，並無於徵詢過程對上訴人施以「不得不同意」之壓力，就反覆詢問上訴人是否同意夜間搜索等情，實係傳達上訴人得決定同意與否之意思，否則無須反覆確認，更無「急促」欲取得上訴人同意之情。而搜索票上記載有夜間搜索相關注意事項，且上訴人於同意前已先由司法警察交付搜索票供其閱覽，堪認對其上所載夜間搜索需經同意之相關規定已有認識。可見上訴人同意夜間搜索，係出於真摯所為，且司法警察並無使用不正手段，是於取得上訴人同意後，持搜索票夜間開始搜索上訴人住處，核屬合法搜索，因此取得之證據（包含毒品），自有證據能力等旨。原判決已詳為敘述其所憑之證據及論斷之理由，且其所為論斷說明，尚與經驗、論理法則不悖，亦與客觀情狀相符，既未違背證據法則，自不得任意指為違法。此部分上訴意旨仍執陳詞，任意指稱：司法警察係一再迫使上訴人放棄拒絕夜

01 間搜索之權利，原判決遽認上訴人同意夜間搜索，而認於上
02 訴人住處查扣之毒品，均具證據能力，有適用法則不當之違
03 法等語，亦非適法之上訴第三審理由。

04 五、綜上所述，本件上訴意旨，係就原審採證認事職權之適法行
05 使，以及原判決已明確論斷說明之事項，再事或漫為爭執，
06 與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合。應
07 認本件上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

08 據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

09 中 華 民 國 112 年 2 月 9 日

10 刑事第五庭審判長法官 李錦樑

11 法官 周政達

12 法官 蘇素娥

13 法官 林婷立

14 法官 錢建榮

15 本件正本證明與原本無異

16 書記官 杜佳樺

17 中 華 民 國 112 年 2 月 16 日