

員警執行搜索扣押之合法性界限
－評桃園地方法院 109 年審訴緝字
第 5 號刑事判決

許福生*

目次

壹、前言

貳、案例事實

參、相關爭點

肆、相關執行搜索扣押之規範與作業程序

一、搜索之相關規範

二、扣押之相關規範

三、「執行搜索扣押作業程序」

* 中央警察大學警察政策所教授。



伍、實務判決

- 一、違法搜索
- 二、違法逮捕
- 三、違法驗尿
- 四、證據排除—無罪

陸、評析

- 一、檢查與搜索之區別
- 二、同意搜索之合法性界限
- 三、強制驗尿之合法性依據
- 四、證據排除法則之權衡基準

柒、結論與建議

- 一、結論
- 二、建議



摘要

員警在從事犯罪偵查時，為發現犯罪嫌疑人或犯罪證據或其他可得沒收之物，常須執行搜索扣押等強制處分以發現真實，但執行搜索扣押等強制處分時若恣意、惡意逾越法定程序發生，法院為「遏阻違法偵查」目的會排除該等證據，造成無法實現司法正義且影響民眾對警察支持與信賴。就以桃園地方法院 109 年審訴緝字第 5 號刑事判決為例，甲某日載妻子違停為警盤查，經「同意」自該車副駕駛座置物處及下方垃圾桶內，扣得其所有之海洛因 1 包及注射針筒 2 枝，復經採集尿液送驗有施用第一級毒品海洛因，被移送後起訴。然本案在法院審理時，甲承認吸毒，但主張員警無搜索票，未徵得他「同意」搜索車子，因他「只有同意看，你們怎麼可以翻」，且事後又逼他簽「自願搜索同意書」，「不然老婆小孩不能回去」。法院最後基於本案係「違法搜索」、「違法逮捕」、「違法驗尿」，所扣案證據及據此而衍生各項證據為「遏阻違法偵查」目的均被排除，導致判被告「無罪」。面臨現行刑事訴訟重心從「以發現真實為中心的證明力問題」移轉至「以正當程序為中心的證據能力問題」，今後員警辦案應更落實程序正義，認清強制處分權之合法界限，並加強實務判決書分析，以作為執法合法性之依據。



4 警大法學論集第三十九期（ 109 年 10 月 ）

關鍵字：搜索、扣押、檢查、強檢驗尿、證據排除法則



壹、前言

依據我國現行相關法律規定，檢察官為刑事程序上唯一偵查主體，司法警察（官）只不過是偵查輔助機關¹。但是偵查犯罪可謂結合法律知識、偵查技術與科學知識整合工作，勢必無法全由檢察機關自行配置相當人力與設備自行偵查，仍須其他司法警察機關協助不可。因而現行法律規定，輔助機構的功能，主要在於協助檢察官偵查犯罪，並不及於終結偵查之處分。（1）就偵查發動而言，司法警察知有犯罪嫌疑時，係本於追查犯罪職權及偵查法定原則，一方面開始調查犯罪嫌疑，必要時得封鎖現場為即時勘察、並通知犯罪嫌疑人、證人到場詢問；二方面應報告該管檢察官。（2）就強制處分發動而言，除具備特殊要件之例外情形（如現行犯與準現行犯逮捕、逕行拘提、附帶搜索、逕行搜索、同意

1 依據現行刑事訴訟法之規定，警政署署長、警察局局長、警察總隊總隊長、憲兵隊長官或依法令關於特定事項得行相當於前者司法警察官之職權者等人員，於其管轄區域內為一級司法警察官，有協助檢察官偵查犯罪之職權。至於警察官長、憲兵隊官長、士官或依法令關於特定事項得行司法警察官之職權者等人員，為二級司法警察官，應受檢察官之指揮，偵查犯罪。此外，警察、憲兵或依法令關於特定事項得行司法警察之職權者等人員，為司法警察，應受檢察官及司法警察官之命令，偵查犯罪。許福生，刑事政策學，元照，2017年2月三版，頁269。



搜索、附帶扣押、另案扣押等），司法警察必須事先獲得法官或檢察官之核准；（3）但就強制處分執行而言，司法警察則為主要執行機關（如執行拘提、通緝、逮捕現行犯之解送、犯嫌即時訊問、羈押之執行、搜索之執行、扣押之執行）²。

縱使警察人員只是居於輔助的地位協助偵查犯罪，但是實際上警察人員仍任第一線偵查工作，且絕大多數刑事案件，係經由警察人員偵查後，移送該管檢察官。況且警察人員在從事犯罪偵查時，為發現被告（含犯罪嫌疑人）或犯罪證據或其他可得沒收之物，常須執行搜索扣押等強制處分以發現真實；但執行搜索扣押等強制處分時難免會侵害人權，因而為保護人民免受非法之搜索扣押，原則上搜索應用搜索票，搜索票由法官簽發，惟因搜索扣押本質上乃帶有急迫性、突襲性之處分，有時稍縱即逝，若均必待聲請搜索票之後始得行之，則時過境遷，勢難達其搜索之目的，故刑事訴訟法承認有不用搜索票搜索例外情形，稱為無令狀搜索或無票搜索³。

由於「無令狀搜索」欠缺公正客觀法官把關，難免會有逾越法定程序發生，造成法院為「遏阻違法偵查」目的排除該等證據，無法實現司法正義且影響民眾對警察支持與信賴。就以桃園地方

2 林鈺雄，刑事訴訟法，元照，2007 年 9 月五版，頁 145。

3 參照最高法院 107 年台上字第 2850 號刑事判決。



法院 109 年審訴緝字第 5 號刑事判決而言，法官很直白地問說：警專畢業，在校期間曾修讀刑事訴訟法及警察職權行使法等課程，深悉「『搜索』是已經到物的裡面，而『檢查』只有目視外觀或是表面的觸摸，查緝本案當時亦知「『檢查』不等於『搜索』」，「你們這個就是學校教的正確方式不去理會，而跟著學長亂搞便宜行事，反正很少嫌疑人或被告敢對於警察的作為提出質疑，養成你們肆無忌憚、恣意妄為，不顧程序正義的作法及心態，還可自我麻痺、自我催眠，說誤認檢查、檢視等同於搜索？」員警竟然回答：「如法官所述，我畢業之後就沒有精進法律的認知。」如此判決也引來媒體負面報導：「警用奧步搜毒蟲再拿親人威脅他簽自願搜索同意書」⁴。因而員警執行搜索扣押等強制處分權時，應深入了解其合法界限，執法之前，先合法再論方法。

本此理念，本文即以桃園地方法院 109 年審訴緝字第 5 號刑事判決為基礎，探討員警執行搜索扣押時應遵守的法定程序為何？因此，本文在結構上分為如下幾個部分：首先說明本文之動機與構想，接著論述本案例事實及相關爭點、相關執行搜索扣押之規範與作業程序，之後探討此實務判決並提出評析，以作為本文之結論與建議。

4 聯合報，2020 年 4 月 24 日 A10 版。



貳、案例事實

甲基於施用第一級毒品之犯意，於某時分為警採尿回溯 26 小時內，在某不詳處所，以不詳方式，施用海洛因 1 次。嗣於當日下午 4 時許，因乘坐其配偶乙所駕駛自用小客車，違規臨停於 7-11 前紅線上為警盤查，員警請車上人員下車盤查身份，甲配偶乙表示車上有小孩，僅甲與乙下車受檢。

員警請甲自行取出褲子口袋內物品供檢查，檢查無異樣後，員警丙問甲說「車子我們瞄一下就好，我們看一下」，甲回答說「去看、去開」。員警丙就先打開左前門去查看駕駛座情形，看到前座中央扶手上有一零錢包，「就拿來零錢包打開拉鍊翻找零錢包裡面的物品」，翻找之後，再將拉鍊關上，放到座椅上，再將中央扶手上的手機拿下來，「打開中央扶手的蓋子翻找中央扶手下置物箱內之物品」，翻找結束關上蓋子。蹲下身探頭去看駕駛座座椅下有無物品，之後關上左前門，再到車子左後方，打開左後車門，「掀起腳踏墊，查看踏墊底下有無藏放東西」，之後又「打開左後座座椅椅墊上，盒蓋有小叮噠圖案之置物盒，翻找置物盒裡的物品」，關上盒蓋放回座椅上，關上左後車門。再從車後繞到右前門外，此時右前門是開啟的，員警丙請坐在副駕駛座上的小孩下車，此時可看到副駕駛座前方的置物箱箱蓋是緊閉的，員警丙「打開置物箱蓋，從裡面取出壹包裝有白色粉末之夾

鏈袋」，並問這是什麼，之後將這包夾鏈袋交給另一員警丁，員警丙繼續查看副駕駛座，踏板到置物箱底下的情形，然後從副駕駛座踏板前方拉來壹個沒有蓋子的垃圾桶，「取出垃圾桶內的上層的物品，之後取出壹個塑膠袋，再繼續取出垃圾桶內之物品」，此時可以看到垃圾桶桶底，員警丙隨即說這是什麼、問這是什麼，請甲過來看，之後甲承認針筒及夾鏈袋是他的。

員警問兩人是否施用毒品，女子否認，後警方詢問針筒及夾鏈袋是誰的，乙聲稱是朋友留下的，但甲承認扣案物是自己的，之後員警請甲及同車之乙回去做筆錄，乙質疑警方作為的合法性認為警方這樣做是違法的，員警丙對乙說搜車子是經過甲同意的，乙說車主有同意嗎？員警丙說有啊並手指向甲，此時甲說「我只有同意看，你們怎麼可以翻」？然員警丙就回說你再跟我「拗」，我們都有錄影，之後員警一再要求甲及乙回警局尿檢，而乙一再質疑警方執法的合法性，員警還是一再的要求乙及甲配合，之後員警丙就跟乙說「不是今天你說不懂不想回去就沒事了」，並手指向甲說「你有做錯該怎麼負責就該怎麼承擔，今天小孩子在場不想給你難看」，員警丙就講說「沒有辦法這是刑案，不是交通違規能勸導就好」，最後甲只好上巡邏車，乙自行駕車一起前往保安警察大隊。復經員警採集尿液送驗，呈現甲有施用一級毒品海洛因事實。



參、相關爭點

- 一、何謂檢查？何謂搜索？兩者有何區別？
- 二、同意搜索合法界限為何？
- 三、強制驗尿合法規範為何？
- 四、違法搜索所獲得證據及衍生證據應否排除？

肆、相關執行搜索扣押之規範與作業程序

一、搜索之相關規範

（一）搜索之基本概念

搜索係指以發現被告（含犯罪嫌疑人）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。依照搜索目的，可分為在於發現「犯罪證據或可得沒收之物」的調（偵）查搜索，常緊隨扣押程序；以及在於發現「被告」之拘捕搜索，搜索之後通常緊隨拘捕。又依搜索對象，可區分為對「被告」及對「第三人」之搜索，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；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。另搜索，以有無搜索票為基準，可分為「有令狀搜索」（有票搜索）與「無令狀搜索」（無票搜索），且以「有令狀搜索」為原則，「無令狀搜索」為例外。

（二）有令狀搜索

「有令狀搜索」，搜索應用搜索票，搜索票由法官簽發，法官並得於搜索票上，對執行人員為適當指示，亦即以法院（官）為決定機關，目的在保護人民免受非法之搜索、扣押。搜索票，應記載下列事項：一、案由。二、應搜索之被告、犯罪嫌疑人或應扣押之物。但被告或犯罪嫌疑人不明時，得不予記載。三、應加搜索之處所、身體、物件或電磁紀錄。四、有效期間，逾期不得執行搜索及搜索後應將搜索票交還之意旨。

檢察官於案件偵查中如認有搜索必要時，除依刑訴法第 131 條第 2 項所定情形外，應以書面記載搜索票應記載之事項，並敘述理由，聲請該管法院核發搜索票；又司法警察官因調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據，認有搜索之必要時，須先報請檢察官許可後，才可向該管法院聲請核發搜索票。

至於法院審查是否符合搜索條件，依據搜索是對被告或第三



人為之，審查要件有所不同。對被告以「必要時」即得核發搜索票；若係對第三人搜索，則必須「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者」為限。法官審查時，只能就合法性審查，而不能就合目的性的審查。檢察官應就搜索條件負舉證責任，但以自由證明為以足，無庸經過嚴格的證據調查程序，縱為傳聞證據，亦可用以證明，亦不以直接審理原則為必要，因此無庸傳訊證人等相關人士，且其程度達於「合理根據」即可，無庸至「確信心證」。「合理根據」具體內涵可細分為三①「存在」犯罪嫌疑之合理根據。②「存有」搜索標的之合理根據。③「存於」搜索範圍之合理根據。故搜索被告之「必要時」為(①+②)，搜索第三人之「有相當理由」需(①+②+③)⁵。

最後，法院認該聲請不合法或並無核發搜索票必要時，應駁回之，檢察官或司法警察官對於駁回聲請之裁定，不得聲明不服；倘若法院審查後，認為聲請合法且有必要時，得裁定准予搜索，並簽發搜索票。至於搜索，除由法官或檢察官親自實施外，由檢察事務官、司法警察官或司法警察執行；檢察事務官為執行搜索，必要時，得請求司法警察官或司法警察輔助。

5 林鈺雄，搜索扣押註釋書，元照，2001年9月，頁68。



（三）無令狀搜索

因搜索本質帶有急迫性、突襲性之處分，有時稍縱即逝，若均必待聲請搜索票之後始得行之，則時過境遷，勢難達其搜索目的，故刑事訴訟法乃承認不用搜索票而搜索之例外情形，稱為無令狀搜索或無票搜索，依該法之規定，可分為：第 130 條附帶搜索、第 131 條第 1 項逕行搜索、第 131 條第 2 項緊急搜索及第 131 條之 1 同意搜索等共 4 種。此種搜索，也應遵守法定程式，否則仍屬違法搜索。

1. 附帶搜索

附帶搜索係指檢察官、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。本條立法目的乃在維護人身安全及避免被告湮滅隨身證據，故其要件須有合法的拘提或逮捕並限於即時實施，搜索範圍也限於身體、隨身物件、使用之交通工具及立即可觸及之處所，且應受比例原則限制，不可漫無目的搜索，亦即必須是合理懷疑被告或犯罪嫌疑人可能會隨身攜帶犯罪證據及其他違禁物或可能傷害他人之物品，為保護執法人員或現場第三人之安全，並避免被告湮滅證據，才得搜索。

換言之，附帶搜索之範圍，以被告或犯罪嫌疑人之身體、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為限。其中所謂「立即可觸及之處所」乙語，自與刑訴法第131條之「住宅」、「其他處所」不同；前者必須是在逮捕、拘提或羈押被告或犯罪嫌疑人所在地附近，而可立即搜索之處所，至於後者，則無此限制。如逾此立即可觸及之範圍而逕行搜索，即係違法搜索⁶。

至於附帶搜索無庸於事後陳報法院，被搜索人對於附帶搜索之合法性有疑義時，僅得於本案中主張搜索不當依刑訴法第416條提起準抗告加以救濟。

2. 逕行搜索

逕行搜索指檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察，雖無搜索票，得逕行搜索住宅或其他處所之情形，與前述附帶搜索不同者在於附帶搜索是以合法的拘提或逮捕為前提，惟逕行搜索須有下列情形之一始得為之：（1）因逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押，有事實足認被告或犯罪嫌疑人確實在內者。（2）因追躡現行犯或逮捕脫逃人，有事實足認現行犯或脫逃人確實在內者。（3）有明顯事實足信為有人在內犯罪而情形急迫者。此種搜索的範圍僅限住宅或其他處所，目的是在發現「人」的拘

6 參照最高法院107年度台上字第2850號刑事判決。



捕搜索，並非係扣押物或違禁物的搜索，故不得翻箱倒櫃作地毯式搜索。因此種搜索其目的純在迅速拘捕被告、犯罪嫌疑人或發現現行犯，亦即得以逕行進入人民住宅或其他處所，搜索之對象，在於「人」而非「物」；倘無搜索票，但卻以所謂緊急搜索方法，逕行在民宅等處所搜索「物」，同屬違法搜索⁷。

若於屋內逮捕人犯後，除被告身體或立即可及之處所外，住宅可否搜索？我國實務見解認為：司法警察（官）於逮捕通緝之被告時，若僅係基於發現通緝被告之目的，而對通緝被告之住所或其他處所逕行搜索之情形，其於發現通緝之被告而將其逮捕後，必須基於執法機關之安全與被逮捕人湮滅隨身證據之急迫考量，始得逕行搜索被告身體，又因其逮捕通緝被告逕行搜索之目的已達，除為確認通緝被告之身分以避免逮捕錯誤，而有調查其身分資料之必要外，不得任意擴大範圍，復對被告所在之住宅及其他處所再為搜索，始符刑事訴訟法保障人民不受非法及不當搜索之意旨⁸。另美國判例承認「有限度之搜索」，但只能於屋內各處走動，以目光搜索有無危害警察安全之人或物，如在目光所及之處看到應扣押物，亦能扣押，此即所謂保護性掃瞄搜索（Protective Sweep）。

7 參照最高法院 107 年度台上字第 2850 號刑事判決。

8 參照最高法院 91 年度台上字第 5653 號刑事判決。

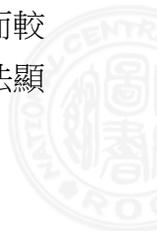


至於其事後審查，若由檢察官為之者，應於實施後三日內陳報該管法院；由檢察事務官、司法警察官或司法警察為之者，應於執行後三日內報告該管檢察署檢察官及法院；法院認為不應准許者，應於五日內撤銷之。搜索執行後未陳報該管法院或經法院撤銷者，審判時法院「得宣告」所扣得之物，不得作為證據，惟其審查標準是依照刑事法第 158 條之 4 權衡理論為之。此外，檢察官或檢察官指揮檢察事務官、司法警察(官)所為之逕行搜索，被搜索人得依刑訴法第 416 條提起準抗告，且對此搜索、扣押經撤銷者，審判時法院得宣告所扣得之物，不得作為證據。

3. 緊急搜索

緊急搜索係指檢察官於偵查中確有相當理由認為情況急迫，非迅速搜索，二十四小時內證據有偽造、變造、湮滅或隱匿之虞者，得逕行搜索，或指揮檢察事務官、司法警察官或司法警察執行搜索，並層報檢察長。其立法目的係為迅速取得證據以便保全，故其要件僅檢察官得為之，且有相當理由認為情況急迫，非迅速搜索，24 小時內證據有偽造、變造、湮滅或隱匿之虞方可，至於司法警察（官）應先向檢察官報備，得其核可，基於指揮之性質而為之。

本項規定搜索的主體限為檢察官，排除司法警察官、司法警察，然檢察官行偵查時，究有多少機會可能發動緊急搜索？而較有可能發動緊急搜索的警察機關竟然無發動緊急搜索權？立法顯



然有未能兼顧偵查實際情況之虞。倘若司法警察（官）執行職務時，面臨必須蒐集、保全證據而緊急搜索之急迫情形，此時應如何處理？就法律解釋而言，檢察官除親自實施搜索外，亦得「指揮檢察事務官、司法警察官或司法警察執行搜索」。因而，無須檢察官親自到場「指揮」，司法警察（官）如認有保全證據而緊急搜索之必要，即向檢察官報備，經核可後應得緊急搜索。報備之方式，並無一定要式限制，以電話請求執勤檢察官核准，亦無不可。如同依現行警察機關執行搜索扣押應行注意要點第 13 條規定：檢察官依本法第 131 條第 2 項指揮警察人員執行逕行搜索，應請簽發指揮書，如以言詞為之者，應將其指揮內容詳載於公務電話紀錄簿，執行完竣後應請求補發指揮書。警察人員於偵查中認有本法第 131 條第 2 項所定之情事，得主動報請值日檢察官或指揮偵辦該案件之檢察官，指揮執行逕行搜索。

至於事後審查若由檢察官或檢察官指揮檢察事務官、司法警察（官）所為之緊急搜索，被搜索人得依刑訴法第 416 條提起準抗告，由檢察官指揮檢察事務官、司法警察（官）所為之緊急搜索，應層報檢察長。且由檢察官為之者，應於實施後三日內陳報該管法院；由檢察事務官、司法警察（官）為之者，應於執行後三日內報告該管檢察署及法院，未陳報或經撤銷者，有證據排除法則之適用。



4. 同意搜索

同意搜索係指：「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。」至同意搜索，必須經受搜索人「自願性」地同意，亦即該同意，必須出於受搜索人之自主性意願，非出自執行人員明示或暗示之強暴、脅迫、隱匿身分等不正方法，或因受搜索人欠缺搜索之認識所致，否則，仍非適法。又此同意權限之有無，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。況且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。另執行搜索之書面祇能在搜索之前或當時完成，不能於事後補正，否則其搜索難認合法⁹。

至於同意搜索無庸於事後陳報法院，被搜索人對於同意搜索之合法性有疑義時，僅得於本案中主張搜索不當依刑訴法第 416

9 參照最高法院 107 年度台上字第 2850 號、108 年度台上字第 839 號刑事判決。



條提起準抗告加以救濟。

（四）搜索應注意事項

搜索婦女之身體，應命婦女行之，但不能由婦女行之者，不在此限。搜索應保守秘密，並應注意受搜索人之名譽。政府機關或公務員所持有或保管之文書及其他物件應扣押者，應請求交付；但於必要時得搜索之。軍事上應秘密之處所，非得該管長官之允許，不得搜索；前項情形，除有妨害國家重大利益者外，不得拒絕。有人住居或看守之住宅或其他處所，不得於夜間入內搜索或扣押；但經住居人、看守人或可為其代表之人承諾或有急迫之情形者，不在此限。於夜間搜索或扣押者，應記明其事由於筆錄。日間已開始搜索或扣押者，得繼續至夜間。稱夜間者，為日出前，日沒後¹⁰。

10 有人住居或看守之住宅或其他處所，不得於夜間入內搜索或扣押。但經住居人、看守人或可為其代表之人承諾或有急迫之情形者，不在此限。於夜間搜索或扣押者，應記明其事由於筆錄。刑事訴訟法第一百四十六條第一項、第二項定有明文。是欲在上開處所行夜間搜索或扣押，自以已取得「住居人、看守人或可為其代表之人承諾」或「有急迫之情形」者為限。刑事訴訟法對夜間搜索之實施，既有意予以限制在特定情形下始可實施，基於人權之保障，為避免偵查機關實施強制處分之搜索、扣押時，侵害個人之隱私權及財產權，就刑事訴訟法關於搜索、扣押之規定，自不容許任意為擴張解釋，以確保實施刑事訴訟程序之公務員不致違背法定程序實施搜



（五）搜索得使用強制力情形

抗拒搜索者，得用強制力搜索之，但不得逾必要之程度。因搜索及扣押得開啟鎖局、封緘或為其他必要之處分。執行扣押或搜索時，得封鎖現場，禁止在場人員離去，或禁止前條所定之被告、犯罪嫌疑人或第三人以外之人進入該處所。對於違反前項禁止命令者，得命其離開或交由適當之人看守至執行終了。搜索或扣押暫時中止者，於必要時應將該處所閉鎖，並命人看守。

（六）搜索時在場之人

在有人住居或看守之住宅或其他處所內行搜索或扣押者，應命住居人、看守人或可為其代表之人在場；如無此等人在場時，得命鄰居之人或就近自治團體之職員在場。在政府機關、軍營、軍艦或軍事上秘密處所內行搜索或扣押者，應通知該管長官或可為其代表之人在場。當事人及審判中之辯護人，得於搜索或扣押

索、扣押，否則對人權之保障自有不周。是以該條第一項規定之「承諾」、「急迫情形」，均應為嚴格之解釋。而該項之「承諾」，亦應以當事人之自願且明示之同意為限，而不包括當事人未為反對表示之情形，亦不得因當事人未為反對之表示即擬制謂當事人係默示同意，否則在受搜索、扣押之當事人因不諳相關法律規定不知可否為拒絕之表示，而執行之公務員復未主動、明確告知所得主張之權利時，偵查機關即可藉此進行並擴大夜間搜索，變相侵害當事人之隱私權及財產權，該規定之保護無異形同具文（參照最高法院 96 年度台上字第 5508 號刑事判決）。



時在場。但被告受拘禁，或認其在場於搜索或扣押有妨害者，不在此限。搜索或扣押時，如認有必要，得命被告在場。行搜索或扣押之日、時及處所，應通知前二項得在場之人。但有急迫情形時，不在此限。

（七）搜索後之處理

經搜索而未發見應扣押之物者，應付與證明書於受搜索人。如有發現應扣押之物，應依扣押程序予以扣押。如發現應拘捕之被告，應依法拘捕；如未發現應拘捕之人，亦應付與證明書予受搜索人。檢察官或司法警察官於聲請核發之搜索票執行後，應將執行結果陳報核發搜索票之法院，如未能執行者，應敘明其事由。

二、扣押之相關規範

（一）扣押之基本概念

扣押係指為保全可為證據或得沒收或得追徵之物，而對其暫時占有之強制處分，與搜索係在尋找犯罪證據或人有所不同¹¹。

11 按刑事訴法第一百三十三條所稱扣押者，係保全可得為證據或得沒收之物，而對物之暫時占有或對權利禁止變動之強制處分，解釋上除物以外，權利亦包括之，故凍結帳戶使受處分人對存款禁止提領亦屬之。參照最高



另為保全追徵，必要時得酌量扣押犯罪嫌疑人、被告或第三人之財產。對於應扣押物之所有人、持有人或保管人，得命其提出或交付，應扣押物之所有人、持有人或保管人無正當理由拒絕提出或交付或抗拒扣押者，得用強制力扣押之。扣押不動產、船舶、航空器，得以通知主管機關為扣押登記之方法為之。扣押債權得以發扣押命令禁止向債務人收取或為其他處分，並禁止向被告或第三人清償之方法為之。依本法所為之扣押，具有禁止處分之效力，不妨礙民事假扣押、假處分及終局執行之查封、扣押¹²。據此，現行法有兩種扣押原因，一為「證據扣押」，另一為「保全執行扣押」。

扣押客體，一是「可為證據之物」，目的在於保全證據，以利追訴並且防止湮滅；二是「得沒收之物」，目的在於保全將來沒收之執行。扣押通常伴隨搜索程序，原則上於搜索票內會記載應扣押之物，故此時扣押票即等同搜索票，其簽發當由法官決定。扣押執行機關則為檢察官、檢察事務官或司法警察（官），法院於審理中發現應扣押之物時，亦得為扣押。

法院 103 年台抗字第 720 號刑事裁定。

12 2016 年刑事訴訟法為配合刑法增訂以追徵為沒收替代處分的一般性規定，增訂為保全追徵之扣押規定；並就不動產、船舶、航空器、債權等扣押標的，增訂特殊扣押方法，以應事實上之需求，並明定扣押具有禁止處分之效力（參照刑訴法修正條文第一百三十三條）。



另外，非附隨於搜索之扣押，刑訴法第 133 條之 1 第 1 項規定：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。法官之裁定，應記載下列事項：一、案由。二、應受扣押裁定之人及扣押標的。但應受扣押裁定之人不明時，得不予記載。三、得執行之有效期間及逾期不得執行之意旨；法官並得於裁定中，對執行人員為適當之指示。核發第一項裁定之程序，不公開之。

（二）有令狀扣押與無令狀扣押

有令狀扣押，包含持搜索票所為之扣押，通常在搜索票內會記載應扣押之物，其扣押物通常亦係在搜索中發現；以及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。至於無令狀的扣押：係指無搜索票所生之扣押及緊急扣押，其種類包含如下：

1. 附帶搜索之扣押：附帶搜索時，若發現可為證據或得沒收之物亦得扣押。
2. 附帶扣押：指執行搜索或扣押時，發現「本案」應扣押之物而為搜索票所未記載者，亦得扣押之。
3. 另案扣押：指實施搜索或扣押時，發現「另案」應扣押之



物，亦得扣押之，但其發現應僅限於「意外的、偶然的發現」，且所謂「另案」，則不論案件是在偵查中、審判中均屬之，甚至包括未發覺之案件亦包含在內。

另為了避免「釣魚式」的搜索扣押，刑訴法就附帶扣押規定準用搜索的事後審查，亦即扣押者必須在扣押後三日內陳報法院，法院並應於五日內撤銷違法的附帶扣押，但就另案扣案並未有相同規定。然目前最高法院的見解認為：刑事訴訟法第152條規定之「另案扣押」，係源自於「一目瞭然法則（Plain View Doctrine）」，亦即執法人員在合法執行本案搜索、扣押時，若在目視範圍以內發現另案應扣押之物，得無令狀予以扣押之¹³。

13 所謂「一目瞭然法則」，其最原始之意係指警察在合法搜索時，違禁物和證據落入警察目視範圍內，警察得無令狀扣押該物，後擴及於警察執行其他合法行為時，依目視所發現應扣押之物，亦得扣押。美國聯邦最高法院認為無令狀扣押固然會影響人民權益，惟權衡利害得失，仍認應允准司法警察為相當範圍之扣押行為，亦即僅容許警察以「目視」之方式所發現其他證據或違禁品時，始得為扣押行為，而不允許警察為另一次搜索之行為。且為免「一目瞭然法則」被濫用，必須符合下列要件：(1) 限於為合法的搜索、拘提或其他合法行為時，發現應扣押之物；(2) 必須有相當理由相信所扣押之物為證據或其他違禁物；(3) 僅得以目光檢視，不得為翻動或搜索之行為。「一目瞭然法則」本來僅適用於「扣押」之行為，惟後來被擴張適用到「一目瞭然搜索」(有相當理由所為之簡單翻動)，並且實務上另以類推適用之方式，承認適用於所謂「一嗅即知」及「一觸即知」等範圍。參照王兆鵬，刑事訴訟法講義，元照，2005年9月，頁202-209。

所謂另案，不以已經發覺之案件為限，以便機動性地保全該證據，俾利於真實之發現及公共利益之維護；但為避免執法人員假藉一紙搜索票進行所謂釣魚式的搜括，此之扣押所容准者，應僅限於執法人員以目視方式發現之其他證據，而非授權執法人員為另一個搜索行為。本條就另案扣押所取得之物，雖僅規定「分別送交該管法院或檢察官」，而無類如同法第 137 條「附帶扣押」第 2 項準用第 131 條第 3 項之規定，應報由法院事後審查該扣押之合法性，惟鑒於其仍屬事先未經令狀審查之扣押，對扣押物而言，性質上與無票搜索無殊，故案件遇有司法警察機關實施「另案扣押」時，法院自仍應依職權審查其前階段之本案搜索是否合法，苟前階段之搜索違法，則後階段之「另案扣押」應屬第二次違法，所取得之證據應予排除；至若前階段之搜索合法，則應就個案之具體情節，審視其有無相當理由信其係得為證據或得沒收之物？是否為司法警察意外的、偶然的發現？以及依扣押物之性質與有無扣押之必要性，據以判斷「另案扣押」是否符合法律之正當性，並有刑事訴訟法第 158 條之 4 規定之適用¹⁴。

4. 緊急扣押

刑訴法第 133 條之 2 規定：偵查中檢察官認有聲請前條扣押裁定之必要時，應以書面記載前條第三項第一款、第二款之事

14 參照最高法院 103 年度台上字第 448 號刑事判決。



項，並敘述理由，聲請該管法院裁定。司法警察官認有為扣押之必要時，得依前項規定報請檢察官許可後，向該管法院聲請核發扣押裁定。檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察於偵查中有相當理由認為情況急迫，有立即扣押之必要時，得逕行扣押；檢察官亦得指揮檢察事務官、司法警察官或司法警察執行。前項之扣押，由檢察官為之者，應於實施後三日內陳報該管法院；由檢察事務官、司法警察官或司法警察為之者，應於執行後三日內報告該管檢察署檢察官及法院。法院認為不應准許者，應於五日內撤銷之。第一項及第二項之聲請經駁回者，不得聲明不服¹⁵。

前開規定賦予檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察偵查中對於應扣押物（得沒收之物），在未經搜索（有令狀或無令狀搜索）且無扣押裁定下得逕行扣押之緊急處分權。故刑訴法

15 2016年刑事訴訟法修正，認為非附隨於搜索之扣押，亦為對於人民財產權之干預，爰應採令狀與相對法官保留原則，明定應經法官裁定，始得為之，以落實憲法強制處分應符合法律保留原則與正當法律程序要求之意旨。但於情況急迫時，明定得不經法官裁定，逕行扣押，以資因應，惟應於事後陳報法院審查（參照刑訴法增訂條文第一百三十三條之一、第一百三十三條之二）。另非附隨於搜索之扣押，得命檢察事務官、司法警察官或司法警察執行，自應交與扣押裁定；發現本案應扣押之物為扣押裁定所未記載者，亦得扣押之；執行時，自亦應提示扣押裁定。（參照刑訴法修正條文第一百三十六條、第一百三十七條、第一百四十五條）



第 133 條之 1 第 1 項（得為證據之物而扣押）、第 133 條之 2 第 3 項、第 4 項之增訂，可謂明確賦予司法警察（官）獨立之緊急扣押權¹⁶。

（三）對扣押物之處置

扣押，應制作收據，詳記扣押物之名目，付與所有人、持有人或保管人。扣押物，應加封緘或其他標識，由扣押之機關或公務員蓋印。扣押物，因防其喪失或毀損，應為適當之處置。不便搬運或保管之扣押物，得命人看守，或命所有人或其他適當之人保管。易生危險之扣押物，得毀棄之。得沒收之扣押物，有喪失毀損之虞或不便保管者，得拍賣之，保管其價金。

（四）扣押之限制

政府機關、公務員或曾為公務員之人所持有或保管之文書及其他物件，如為其職務上應守秘密者，非經該管監督機關或公務員允許，不得扣押；前項允許，除有妨害國家之利益者外，不得拒絕。郵政或電信機關，或執行郵電事務之人員所持有或保管之郵件、電報，有左列情形之一者，得扣押之：一、有相當理由可信其與本案有關係者。二、為被告所發或寄交被告者。但與辯護

16 黃朝義，刑事訴訟法，新學林，2017年9月五版，頁290。



人往來之郵件、電報，以可認為犯罪證據或有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞，或被告已逃亡者為限；為前項扣押者，應即通知郵件、電報之發送人或收受人；但於訴訟程序有妨害者，不在此限。

（五）扣押之發還

扣押物若無留存之必要者，不待案件終結，應以法院之裁定或檢察官命令發還之；其係贓物而無第三人主張權利者，應發還被害人。扣押物因所有人、持有人或保管人之請求，得命其負保管之責，暫行發還。被告經檢察官不起訴或緩起訴處分後，扣押物應即發還，但法律另有規定、再議期間內或聲請再議中或聲請交付審判中，遇有必要情形，或應沒收或為偵查他罪或他被告之用應留存者，不在此限。前述應發還被害人之贓物，應不待請求即行發還。如係暫行發還而無他項諭知，於判決後，即視為已有發還之裁定。扣押物未經諭知沒收者，應即發還。但上訴期間內或上訴中遇有必要情形，得繼續扣押之。扣押物之應受發還人所在不明，或因其他事故不能發還者，檢察官應公告之；自公告之日滿六個月，無人聲請發還者，其物歸屬國庫。

（六）扣押物之聲請撤銷扣押

得沒收或追徵之扣押物，法院或檢察官依所有人或權利人之聲請，認為適當者，得以裁定或命令定相當之擔保金，於繳納



後，撤銷扣押；又刑訴法第 119 條之 1 之刑事擔保金之存管、計息、發還作業規定準用之。

（七）留存物準用扣押規定

被告、犯罪嫌疑人或第三人遺留在犯罪現場之物，或所有人、持有人或保管人任意提出或交付之物，經留存者，準用刑訴法第 139 條至第 142 條之 1 之規定¹⁷。

三、執行搜索扣押作業程序

警政署依據刑事訴訟法第 42 條、第 43 條、第 88 條之 1 第 3 項、第 122 條至第 153 條之規定，制訂有執行搜索扣押作業程序

17 本條之法理依據係源自於同意法則，係經由所有人、持有人或保管人本於意思自由任意提出，而由國家機關加以留存占有，故與典型扣押有所不同，才有準用之規定。如同最高法院 103 年台上字第 3029 號刑事判決即指出：刑事訴訟法第 143 條後段規定「所有人、持有人或保管人任意提出或交付之物，經留存者」，乃學理上所稱之「任意提出」，雖與同法第 122 條以下規定之搜索處分，同為取得證物（或得沒收之物）之手段，惟任意提出係由物之所有人、持有人或保管人在意思自由之下而為自主之提出，並未有國家機關之強制力介入，非屬強制處分，對相關人侵害甚微，實施之社會成本亦較小，核與搜索之要件迥然不同，亦無令狀原則及法官保留原則適用之餘地。倘該證物係經由所有人、持有人或保管人本於意思自由任意提出而留存，且係與本案具有關聯性者，則該證物之取得即與法定程式無違，而有證據能力，自得作為認定本案事實之證據。



如下：

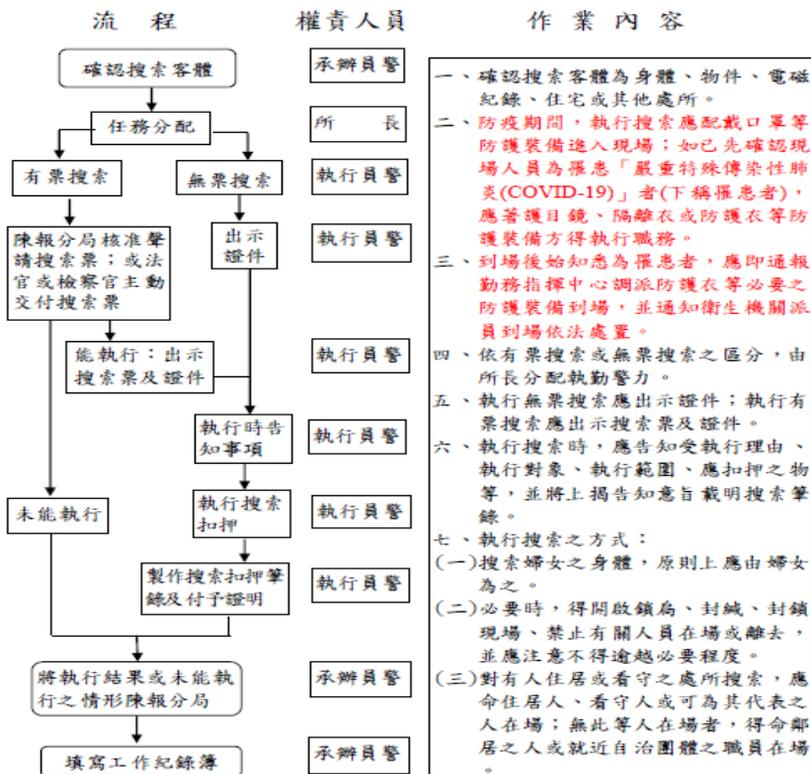
執行搜索扣押作業程序

（第一頁，共三頁）

一、依據：

- （一）刑事訴訟法第四十二條、第四十三條、第八十八條之一第三項、第一百二十二條至第一百五十三條。
- （二）警察偵查犯罪手冊第六章第八節。
- （三）檢察官與司法警察機關執行職務聯繫辦法。
- （四）警察機關執行搜索扣押應行注意要點。
- （五）傳染病防治法。
- （六）嚴重特殊傳染性肺炎防治及紓困振興特別條例。

二、分駐(派出)所流程：



（續下頁）

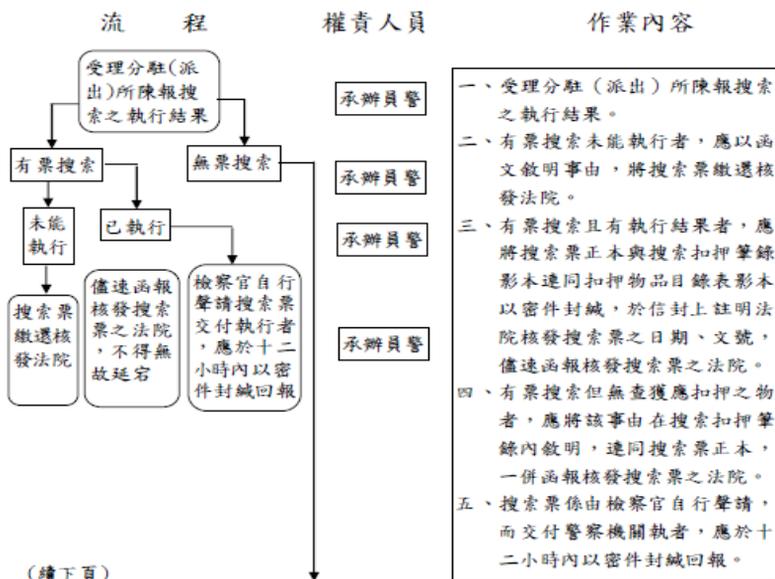


(續)執行搜索扣押作業程序
(第二頁, 共三頁)

流 程 權 責 人 員 作 業 內 容

(四)對有人住居或看守之處所，原則上不得於夜間搜索。但經承諾或有急迫情形者不在此限；於夜間搜索或扣押者，應記明其事由於筆錄。日間已開始搜索或扣押者，得繼續至夜間。
八、執行搜索發現本案應扣押之物或另案應扣押之物，均得扣押之。
九、執行搜索、扣押後，應製作筆錄，並請受執行人及在場人簽名、蓋章或按指印。
十、將搜索扣押執行結果或未能執行之情形陳報分局。

三、分局流程：



(續下頁)



(續)執行搜索扣押作業程序

(第三頁,共三頁)

流 程	權責人員	作業內容
<ol style="list-style-type: none">1.對人之緊急搜索：執行後三日內分別函報該管檢察官及法院2.附帶搜索：案件移送法院或檢察官時，再附卷移送3.依八十八條之一第三項準用附帶搜索及對人之緊急搜索：應即陳報檢察官及法院4.對物之緊急搜索：十二小時內以密件封緘回報檢察官5.同意搜索：案件移送法院或檢察官時，再附卷移送	承辦員警	<ol style="list-style-type: none">六、執行刑事訴訟法第一百三十一條第一項對人之緊急搜索或第一百三十七條第一項附帶扣押者，應於執行後三日內同時分別函報該管檢察署檢察官及法院。七、執行刑事訴訟法第八十八條之一第三項準用第一百三十條附帶搜索及第一百三十一條第一項對人之緊急搜索者，應即陳報檢察官及法院。八、執行刑事訴訟法第一百三十一條第二項對物之緊急搜索者，應於十二小時內以密件封緘回報檢察官，俾檢察官陳報法院。

四、使用表單：

- (一)搜索票聲請書。
- (二)搜索扣押筆錄。
- (三)扣押物品收據/無應扣押之物證明書。
- (四)扣押物品目錄表。

五、注意事項：

- (一)搜索應保守秘密，並注意受搜索人之名譽。
- (二)警察機關自行聲請搜索票執行者：應備妥聲請書，由分局長以上之司法警察官具名，並由案件承辦人或熟悉案情之人攜帶警察人員服務證，親自持聲請書及有關事證資料，報請檢察官許可後，再向管轄法院值日法官聲請簽發。
- (三)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。
- (四)依刑事訴訟法第八十八條之一第三項規定，執行逕行拘提者，準用附帶搜索及對人之緊急搜索。
- (五)執行搜索時，執行人員應出示證件表明身分，持搜索票執行者，並應先出示搜索票，告知受執行理由、執行對象、執行範圍、應扣押之物等，並將上揭告知意旨載明搜索筆錄。
- (六)將搜索扣押執行結果或未能執行之情形陳報分局。
- (七)防疫期間，受搜索人或在場人為罹患者、疑似罹患者、居家隔離或居家檢疫者時，勤務結束後，執行搜索及接觸扣押物之人員應使用肥皂水、洗潔液或乾洗手液洗手，並清消應勤裝備，以保持衛生安全。



伍、實務判決

本案之判決，基本上可拆解為違法搜索、違法逮捕、違法驗尿，是以扣案之證據及據此而衍生之各項證據，基於「遏阻違法偵查」目的應排除，故而主文諭知被告甲無罪¹⁸。

一、違法搜索

本案法院認為「檢查」或「搜索」均屬對隱私權之干預，基於法律保留原則，皆須有法律依據方得為之，雖經受檢查或搜索者「同意」情況下，基於基本權之捨棄，固得合法為之，然得執行者自只侷限於經「同意」之範圍內，不得假「檢查」之名，而濫行「搜索」之實，故而所扣海洛因及針筒皆係違法搜索所得。

按「檢查」僅可由外部目視觀察、檢視，非如「搜索」般可翻查、找尋，甚或變更、移動物之儲存方式及除去、破毀物之遮避、掩藏、隱匿外觀，又不論「檢查」或「搜索」咸屬對隱私權之干預措施，基於法律保留原則，皆須有法律依據方得為之。雖在經受檢查或搜索者「同意」情況下，緣於隱私權係屬可處分之基本權，固得合法為之，然得執行者自祇侷限於經「同意」之範圍內，殊不得假藉繞道「檢查」之名而曲解其意遂濫行「搜索」

18 以下之說明參照臺灣桃園地方法院 109 年度審訴緝字第 5 號刑事判決。



之實，否則類此「偷渡」之行徑要難脫免淪沈恣意違法之境！準此，員警丙既僅詢以「車子我們瞄一下就好，我們看一下」等語，並未明確曉示得否「搜索」，則其意顯只尋求同意「檢查」，如是而已。因此，被告甲只說「去看、去開」，是此示以同意之言行，當只針對「檢查」而為，範圍殊無擴及「搜索」之意，此復觀諸被告於當場即執「我只有同意看，你們怎麼可以翻」等語，為此打臉員警之舉益明。

既祇同意「檢查」自小客車，惟員警丙竟「就拿來零錢包打開拉鍊翻找零錢包裡面的物品」、「打開中央扶手的蓋子翻找中央扶手下置物箱內之物品」、「掀起腳踏墊，查看踏墊底下有無藏放東西」、「打開左後座座椅椅墊上，盒蓋有小叮噹圖案之置物盒，翻找置物盒裡的物品」、「打開置物箱蓋，從裡面取出壹包裝有白色粉末之夾鏈袋」、「取出垃圾桶內的上層的物品，之後取出壹個塑膠袋，再繼續取出垃圾桶內之物品」，諸此作為都已屬「搜索」，在乏法律依據，更未經被告之同意，員警丙竟逕自恣意如此為之，顯屬「非法搜索」，從而所扣該包海洛因及2支針筒，皆係經違法搜索始起獲扣案之證物。

二、違法逮捕

法院接著認為因非法所查獲之毒品而逮捕被告甲，屬非法逮捕，是以事後方補簽之「自願受搜索同意書」，絕非出於被告之



真摯同意，自不得以此回溯使搜索轉為合法之依據，則此份同意書充其量僅具掩蓋「違法搜索」之「遮羞布」而已。

扣案之海洛因及針筒既獲自非法途徑，並基於「遏阻違法偵查」理由應予排除，則本案亦不得以「有相當理由憑認被告係持有第一級毒品之現行犯」為由加以逮捕，因而此逮捕當屬「不法」。被告既遭員警非法逮捕，自由橫遭剝奪，受人宰制，內心驚恐萬分，事所必然，且被帶回警局經非法剝奪人身自由期間，緣已身處他人矮簷之下，周遭環境形成之震懾、壓迫性暨因此滋生之無助感，勢必遠甚於仍在「檢查」現場之公共場域，是處此險境且更隻身孤立無援情勢下，當祇存聽任予取予求之途，何能猶保有絲毫意思形成及意思實現之自主性而膽敢違逆員警之要求？是以事後方補簽之「自願受搜索同意書」，絕非出於被告之真摯同意，自不得以此回溯使搜索轉為合法之依據。

三、違法驗尿

本案法院接著認為因員警非法逮捕被告甲，故後續對被告尿液採集亦為非法。亦即被告甲既係為警非法逮捕，自猶無刑事訴訟法第 205 條之 2 後段所定「對於經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告，有相當理由認為採取尿液得作為犯罪之證據時，並得違反其意思採取之」之適用，是以員警對被告之尿液採集同淪為不法。換言之，本件之搜索係屬非法，並將進而累及使逮捕、尿



液採集俱成非法。

四、證據排除—無罪

本案依照訴訟程序來分析，可以拆解成三大重大違失—「違法搜索」、「違法逮捕」、「違法驗尿」，是以扣案之海洛因、針筒及以此為據而衍生之各項證據，包括搜索扣押筆錄、自願受搜索同意書、鑑定書、濫用藥物檢驗報告，率未能通過刑事訴訟法第 158 條之 4 所定「權衡原則」之檢驗，或更兼屬「毒樹之果實」，為貫徹「遏阻違法偵查」之目的，這些證據均應排除而無證據能力，均不得援為本案證據。

按「犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實」，「被告或共犯之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符」，又「不能證明被告犯罪或其行為不罰者，應諭知無罪之判決」。故被告甲固坦誠有本案施用第一級毒品之犯行，唯此僅有單一自白，尚乏其他證據可佐其自白真實性，是以揆諸前開法條說明，自屬不能證明被告犯罪，而應為「無罪」之諭知（如表 1）。



表 1 本案法院判決之思維

案例事實	本案爭點	違法搜索	違法逮捕	違法驗尿	證據排除	判決結果
<p>甲某日載妻子違停為警盤查，經「同意」自該車副駕駛座置物處及下方垃圾桶內，扣得其所有之海洛因 1 包及注射針筒 2 枝，復經採集尿液送驗有施用第一級毒品海洛因，被移送後起訴。然在法院審理時，甲承認吸毒，但主張員警無搜索票，未徵得他「同意」搜索車子，因他「只有同意看，你們怎麼可以翻」，且事後又逼他簽「自願搜索同意書」，「不然老婆小孩不能回去」。</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. 檢查與搜索之區別？ 2. 符合同意搜索之界限？ 3. 符合強制驗尿之規範？ 4. 違法搜索所獲得證據及引申證據應否排除？ 	<p>「檢查」或「搜索」均屬對隱私權之干預，雖經受檢查或搜索者「同意」情況下，基於基本權之捨棄，固得合法為之，然得執行者自只侷限於經「同意」之範圍內，不得假「檢查」之名，而濫行「搜索」之實，又未經被告「同意搜索」情況下，「打開置物箱蓋從裡面取出壹包裝有白色粉末之夾鏈袋」，顯屬「非法搜索」，從而所扣該包海洛因及 2 支針筒，皆係違法搜索所得之證物。</p>	<p>因非法所查獲之毒品而逮捕被告甲，屬非法逮捕，是以事後方補簽之「自願受搜索同意書」，絕非出於被告之真摯同意，自不得以此回溯使搜索轉為合法之依據，則此份同意書充其量僅具掩蓋「違法搜索」之「遮羞布」而已。</p>	<p>因員警非法逮捕甲，故後續對被告尿液採集亦為非法。亦即甲既係為警非法逮捕，自猶無刑事訴訟法第 205 條之 2 後段所定「對於經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告，有相當理由認為採取尿液得作為犯罪之證據時，並得違反其意思採取之」之適用，是以員警對甲之尿液採集同淪為不法。</p>	<p>本案可拆解成三大重大違失—「違法搜索」、「違法逮捕」、「違法驗尿」，是以扣案之海洛因、針筒及以此為據而衍生之各項證據，率未能通過刑事訴訟法第 158 條之 4 所定「權衡原則」之檢驗，或更兼屬「毒樹之果實」，為貫徹「遏阻違法偵查」之目的，這些證據均應排除而無證據能力，均不得援為本案證據。</p>	<p>無罪 縱使被告甲坦誠有施用第一級毒品之犯行，唯僅此單一自白，尚無其他證據可佐其自白真實性下，故判決被告「無罪」。</p>

資料來源：作者自製



陸、評析

一、檢查與搜索之區別

按「檢查」僅能由當事人身體外部及所攜帶物品的外部觀察，就目視所及範圍加以檢視，並對其內容進行盤問，或要求當事人任意提示，並對其提示物品的內容進行盤問，即一般學理上所稱「目視檢查」。警察在一般臨檢盤查時，僅得實施「目視檢查」，但如有警察職權行使法第7條（查證身分之措施）第1項第4款所定要件，「若有明顯事實足認其有攜帶足以自殺、自傷或傷害他人生命或身體之物者，得檢查其身體及所攜帶之物」，在此的「檢查」相當於美國警察實務上所稱「拍搜檢查（Frisk）」，即使未得當事人同意，得以手觸摸其身體衣服及所攜帶物品外部。然警察職權行使法所定之「檢查」為警察基於行政權之作用，係指為避免危及安全所為衣服外部或所攜帶物件之拍觸，有別於刑事訴訟法所規範的司法「搜索」，不得進行深入性搜索。因此，檢查時不得有侵入性行為，如以手觸摸身體衣服內部或未得當事人同意逕行取出其所攜帶物品，而涉及搜索行為。另須注意拍觸檢查亦有別於一般為取得犯罪證據或基於證據保全目的之傳統搜索，亦非逮捕後之附帶搜索，因此不得擴大其所允許之目的範



圍，而為證物之搜尋¹⁹。

至於刑事訴訟法之搜索，除具急迫性、突襲性或同意性之無令狀搜索不用搜索票情形外，原則上應依法聲請搜索票，才可進行翻查、找尋，甚或變更、移動物之儲存方式及除去、破毀物之遮避、掩藏、隱匿外觀等「搜索」行為，與「檢查」僅可由外部目視觀察、檢視確實有所不同。故本案員警丙「就拿來零錢包打開拉鍊翻找零錢包裡面的物品」、「打開中央扶手的蓋子翻找中央扶手下置物箱內之物品」、「掀起腳踏墊，查看踏墊底下有無藏放東西」、「打開左後座座椅椅墊上，盒蓋有小叮噠圖案之置物盒，翻找置物盒裡的物品」、「打開置物箱蓋，從裡面取出壹包裝有白色粉末之夾鏈袋」、「取出垃圾桶內的上層的物品，之後取出壹個塑膠袋，再繼續取出垃圾桶內之物品」等行為，均屬「搜索」而非「檢查」，故應依刑事訴訟法有關「搜索」之規定來檢視此等行為是否符合「搜索」之規定。

二、同意搜索之合法性界限

搜索，以有無搜索票為基準，可分為「有令狀搜索」與「無令狀搜索」，有「有令狀搜索」，應用搜索票。由於本案係因被

19 蔡庭榕著，許福生主編，警察職權行使法與案例研究，警察法學與案例研究，五南，2020年2月，頁70-2。



告甲違規臨停為線上巡邏員警所盤查，並請甲同意其「車子我們瞄一下就好，我們看一下」，甲回答說「去看、去開」後搜索到車上有海洛因及針筒等物，引發後續甲遭員警強制逮捕及強制驗尿，因而本案之爭執重點是員警「無令狀搜索」是否符合「同意搜索」之合法性要件，而屬合法搜索或違法搜索。

依照刑訴法第 131 條之 1 同意搜索之規定：「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」，屬於「無令狀搜索」型態之一，其理論依據最主要是「基本權的捨棄」。按搜索原本是國家機關為了干預人民身體、財產與居住自由等基本權的高權行為，但因被搜索人同意而喪失干預基本權性質，被搜索人同意取代國家法律成為發動搜索根據。況且同意搜索能夠免除司法警察聲請搜索票負擔，也讓當事人能提早洗刷自己犯罪嫌疑，然而卻有一定風險，此一風險來自人民與國家權力的差距，在擁有優勢地位的警察徵求同意搜索時，人民可能擔心拒絕同意反而會讓自己顯得有犯罪嫌疑，只好同意其原本不會接受的搜索。因此，同意搜索正當性基礎完全建立在受搜索人有效同意上，所以「同意權限」、「自願性同意」及「同意表示」，成為判斷搜索合法性的關鍵所在²⁰。

20 薛智仁，同意搜索之基本問題（一），法務通訊，第 3002 期，2020 年 5



（一）同意權限

同意權限之有無，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²¹。再者，同意權人應係指偵查或調查人員所欲搜索之對象，而及於被告或犯罪嫌疑人以外之人。又在數人對同一處所均擁有管領權限之情形，如果同意人對於被搜索之處所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²²。

（二）自願性同意

自願性同意，即該同意「以一般意識健全具有是非辨別能力之人，因搜索人員之出示證件表明身分與來意，均得以理解或意識到搜索之意思及效果，而有參與該訴訟程序及表達意見之機

月 1 日，頁 3。

21 參照最高法院 107 年度台上字第 2850 號刑事判決。

22 參照最高法院 105 年度台上字第 1892 號刑事判決。



會，可以自我決定選擇同意或拒絕，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺或其他公權力之不當施壓所為之同意為其實質要件。況且自願性同意之搜索，不以有『相當理由』為必要；被搜索人之同意是否出於自願，應依案件之具體情況包括徵求同意之地點、徵求同意之方式、同意者主觀意識之強弱、教育程度、智商等內、外在一切情況為綜合判斷其自願性²³」。況且，「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，否則其搜索難認合法」²⁴。換言之，「自願性同意」，必須出於受搜索人自主性意願，非出自執行人員明示或暗示之強暴、脅迫、隱匿身分等不正方法，或因受搜索人欠缺搜索之認識所致，且為衡平人民與警察之間的資訊與權利落差，並課予搜索人員告知受搜索人有權拒絕之義務。

（三）同意之表示

本條但書明訂：「執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄」，屬於同意表示之程序規範，目前實務認為執行搜索之書面祇能在搜索之前或當時完成，不能於事後補正²⁵。換言

23 參照最高法院 106 年度台上字第 258 號刑事判決。

24 參照最高法院 108 年度台上字第 839 號刑事判決。

25 參照最高法院 108 年度台上字第 839 號刑事判決。



之，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。倘若受搜索人對其簽署自願受搜索之同意書面有所爭執，攸關是否出於自願性同意之判斷及搜索所取得之證據有無證據能力之認定，法院自應深入調查，非可僅憑負責偵訊或搜索人員已證述非事後補簽同意書面，即駁回此項調查證據之聲請。該項證據如係檢察官提出者，依刑事訴訟法 156 條第 3 項之相同法理，法院應命檢察官就該自願性同意搜索之生效要件，指出證明之方法²⁶。

是以，本案被告甲只同意員警「去看、去開」之「檢查」而已，不能將其同意範圍任意擴及「搜索」之意，此復觀諸被告於當場即執「我只有同意看，你們怎麼可以翻」等語明顯可知。故員警等任意「打開置物箱蓋從裡面取出壹包裝有白色粉末之夾鏈袋」等作為，在無「搜索票」之情況下，再加上「這份同意書是在搜到東西帶回警局時簽名的」，「當時我有問說可以不簽名嗎，警察說不能不簽名，若我不簽名，我老婆和小孩子不能回去」，是以事後方補簽之「自願受搜索同意書」，不符「同意搜索」要件，顯屬「違法搜索」。所以員警於法院審理為證時亦不諱言：

26 參照最高法院 100 年度台上字第 7112 號刑事判決。



「在徵詢被告的意見應該是並不太合法」，「只有到得看到的權利不能搜索」，「從打開小錢包開始就已經不合法」，因而所扣案之該包海洛因及2支針筒，皆係經違法搜索始起獲之證物，極為明顯²⁷。

27 倘若本案若是在被告同意員警「去看、去開」，當員警一打開車門，依「目視」即可發現白色粉末之夾鏈袋及針筒，如此便符合前述所言「一目瞭然法則」，經詢問而無正當理由時，而「有事實足認其有施打毒品犯罪之虞者」，得依警察職權行使法第8條第2項後段進一步「檢查交通工具」，要求其開啟置物箱（含後車箱）接受檢查，且在有相當理由憑認此白色粉末之夾鏈袋為海洛英一級毒品時，便可以持有一級毒品為由，依現行犯逮捕之並帶回驗尿。如同臺灣桃園地方法院108年度審訴字第61號刑事判決即引用「一目瞭然法則」，而認同下列案件員警之搜索、扣押程序屬合法。即員警某日在某處盤查證人甲，查獲其持有毒品海洛因1包，由於證人甲當時甫購得該毒品，故員警在證人甲陪同下前往其購買毒品之某套房查緝販賣海洛因之人。因而本有相當理由懷疑屋內涉有販賣毒品犯罪，依據刑事訴訟法第131條第1項第3款之事由，本得即為逕行搜索，並非惡意不為搜索票之聲請。又司法警察在門外以「目視」方式發現屋內茶几處放置扣案之削尖吸管及電子磅秤，並在獲得被告同意打開門讓我們進去，又在不用翻找下發現垃圾桶裡面的殘渣袋後，認被告涉犯施用毒品罪嫌，再將被告逮捕，逮捕後，自得依據刑事訴訟法第130條附帶搜索，並在被告所在之上開套房內再行扣得被告施用毒品所用之海洛因1包、菸頭1枚、注射針筒1支、殘渣袋1只及吸食器1組，且此處之附帶扣押，業已依刑事訴訟法第137條第2項之規定，準用同法第131條第3項，於3日內陳報法院，並經法院准許，是以本案員警之搜索、扣押程序自屬合法，扣案之海洛因等物品，均有證據能力。

三、強制驗尿之合法性依據

民主法治國家，公權力不能隨便對人民採取尿液，必須要符合法律規定。關於偵查中採尿的規定，最主要有依刑事訴訟法第 204 條之 1 規定由檢察官核發鑑定許可書，或依刑事訴訟法第 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，對於經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告，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」。

在本案中，警方並沒有向檢察官聲請鑑定許可書，況且被告係為警非法逮捕，自無刑事訴訟法第 205 條之 2 所定「對於經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告，有相當理由認為採取尿液得作為犯罪之證據時，並得違反其意思採取之」此規定之適用。本案被告係以毒品現行犯被強制將其帶回警局採尿，然被告並不符現行犯之逮捕，且亦非經其同意而自願採尿²⁸。又本案被告亦非

28 實務上有判決認為犯罪嫌疑人固得同意採取尿液配合調查，惟此似檢查身體或「侵入性搜索」之概念，因而此處之「同意」，至少應與刑事訴訟法第 131 條之 1 同意搜索之要件為相同解釋，亦即必須被告係出於自願性之真摯同意（參照臺灣高等法院 107 年度上訴字第 2522 號刑事判決）。



毒品危害防制條例第25條所定得報請檢察官許可強制採驗之「毒品調驗人口」，自不得違反被告之意願而強制採驗尿液²⁹。是以，員警對被告之尿液採集淪為不法甚明。

四、證據排除法則之權衡基準

（一）證據排除法則之基本概念

刑事訴訟禁止「不計代價、不問是非、不擇手段」的真實發現，其發現真實，必須在實質正當法律程序下進行，始為法所許可。因而，關於違反法定程序所取得之證據，該證據是否有證據

29 毒品危害防制條例第25條規定：「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。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。前二項人員採驗尿液實施辦法，由行政院定之。警察機關或執行保護管束者依第一項規定通知少年到場採驗尿液時，應併為通知少年之法定代理人」。



能力，在美國及日本便有發展出證據排除法則，德國即有證據禁止法則，以解決此證據法則。有鑑於此，1995 年大法官釋字第 384 號解釋，提出實質正當法律程序，逐漸改變我國實務之見解，而開始運用這個法則。特別是最高法院 87 年度台上字第 4025 號判決從正當法律程序、訴訟基本權之行使及受公平審判權利之保障，針對違反法定程序之通訊監察，指出如符合「違法之重大性」及「抑制違法之相當性」兩項要件者，該通訊監察所得資料不得作為證據，成為最高法院第一件採行證據排除法則之重要判決。之後，立法者為了嚴謹證據法則，乃於 2001 年增訂刑事訴訟法第 416 條第 2 項及 2002 年增訂刑事訴訟法第 131 條第 4 項，規定有關「證據排除法則」，更於 2003 年 9 月 1 日生效之刑事訴訟法第 158 條之 4 增訂有關「證據排除法則」之原則性規定，其結果不僅對於供述證據，甚至對於非供述證據，若有違法取得之證據，均可能發生排除之效果，而正式開啟我國刑事訴訟法制採行證據排除法則之新頁。

按我國刑事訴訟法第 154 條第 2 項規定：「犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實」，明白表示證據裁判原則，因而證據在刑事訴訟程序中即扮演著認定事實的重要角色。然而，在刑事證據之處理上，向來素有爭議者，係違法蒐集之證據，應否認其有證據能力的問題；換言之，即證據在蒐集過程中，其程序存有瑕疵時，該證據應如何處理的問題，向來在證據法則上受到激烈地討論，此即為違法蒐集證據有無證據能力的問

題³⁰。因此，違法蒐集證據，原則上應否定其證據能力的規範法則，在證據法則上謂之「違法蒐集證據之排除法則」，或稱為「證據排除法則」³¹。

（二）證據排除法則之理論依據

證據排除法則之理論依據主要有 1. 憲法保障說：認為使用違法蒐集之證據，是違反憲法正當法律程序；2. 司法廉潔說：認為使用違法蒐集之證據，是司法機關背離了國民的信賴，而損及司法之廉潔性；3. 抑制效果說：認為證據排除法則之目的係在於嚇阻政府不法權力之行使。儘管上述三說皆有其無法圓滿說明之處，但是證據排除法則是根據上述三種理論建立起來的，因此證據排除法則理論依據，本文認為應以抑制效果說為核心，同時考量規範說及司法廉潔說，綜合分析考量。況且就我國刑事訴訟法第 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

30 所謂證據能力係指能夠作為犯罪事實認定資料（即作為嚴格證明之用）的資格，無證據能力之證據，在審判中即不能用以證明被告之犯罪事實。所謂證明力，係指在具有證據能力的前提之下，能影響法官心證形成的證據價值。因此，證據能力是證據的「資格」問題，證明力則是證據的「價值」問題；必須先具備證據的資格，才有證據的評價問題。

31 黃朝義，同註 15，頁 601；田口守一，刑事訴訟法，弘文堂，2001 年 4 月 3 版，頁 300。



定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護。」其立法理由謂：「按刑事訴訟重在發見實體真實，使刑法得以正確適用，形成公正之裁判，是以認定事實、蒐集證據即成為刑事裁判最基本課題之一。然而，違背法定程序蒐集、調查而得之證據，是否亦認其有證據能力，素有爭議。英美法系國家由於判例長期累積而形成證據排除法則（**Exclusionary Rule of Evidence**），將違法取得之證據事先加以排除，使其不得作為認定事實之依據。然而，反對者則主張『不能因為治安官之錯誤，讓犯人逍遙法外。』亦即無法忍受只有某一小瑕疵，就癱瘓了整個刑事訴訟程序，且因治安之要求及現實之需要，排除法則例外情形之適用有漸廣之趨勢。日本在戰後受美國影響，採『相對排除理論』，德國之『權衡理論』亦為多數主張，亦即法院在裁判時應就個案利益與刑事追訴利益彼此間權衡評估。由此可知當前證據法則之發展，係朝基本人權保障與社會安全保障兩個理念相調和之方向進行，期能保障個人基本人權，又能兼顧真實之發見，而達社會安全之維護。因此，探討違背法定程序取得之證據，是否具有證據能力，自亦不能悖離此一方向。」此種觀點似乎著重在於綜合考量憲法保障說、司法廉潔說及抑制效果說，但對於主體只限於實施刑事訴訟程序之公務員而言，似乎重點在於抑制效果說³²。

32 許福生，論證據排除法則與警察因應之道，日新，第5期，2005年9月，



（三）證據排除法則之排除標準

證據排除法則之排除標準，主要有 1. 絕對排除說：當違法蒐集之證據被認為違反正當法律程序時，該證據應立即地加以排除。2. 相對排除說：以違法情節之重大性，且從抑制違法偵查的觀點而言，如容許作為證據並不適當者應予掛除。3. 權衡原則說：係指任何違反取證規定的案件中，均須作個案衡量，才能決定證據是否應加以排除³³。的確，採取絕對排除說確實可實現憲法保障機能，然誠如批判者所言，如果認為程序違法就排除證據，可能會使「罪犯因為偵查人員的疏失，得以逍遙法外」。因此，日本在戰後受美國影響所採「相對排除理論」以及德國所採之「權衡理論」，認為法院在裁判時應就個案利益與刑事追訴利益彼此間權衡評估，藉以調和保障個人基本人權，又能兼顧真實之發見，而達社會安全之維護，不過是彼此間於排除範圍及程度上有所差異罷了。況且在我國的刑事訴訟法上與日本相同，對於證據取得之程序設有多樣規範的狀況下，所謂違反法定程序的概念本具相對性，依違法情節的差異而區分不同的排除基準，是有

頁 79-80。

33 陳運財，違法證據排除法則之回顧與展望，月旦法學雜誌，第 113 期，2004 年 10 月，頁 42。

其道理³⁴。

就我國刑事訴訟法第 158 條之 4 立法理由而言，對於法官於個案權衡時，須斟酌 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及 7. 證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度等各種情形。此處七項權衡因素，未必係併存之關係，甚者多係「互斥」關係者，很顯然易見的例子：第 3 點所謂「侵害被告權益之輕重」，與第 4 點所謂「犯罪所生之危害」，即係公、私益相互衝突競合，而勢必須利益衡量者，同樣的情形也發生在第 1、2 點與第 3 點之權衡如何取捨。至第 5 點則係考量未來有無「抑制

34 我國刑事法學者王兆鵬教授指出：採相對排除原則最大的缺點為模糊、不明確，會造成法官在裁量的過程中，可能因一己的主觀、喜惡、自我就個案決定證據應否排除，在不同法院，或同一法院之不同法官，因各自行使「裁量權」，而產生不同法律效果。故其主張應以絕對排除為原則，除非證據排除不能達到嚇阻效果時，證據使例外的不予排除。因而建議具體條文為：「違背法定程序致侵害人民權益而取得之證據應予排除。但若排除證據不能達到嚇阻違法取證之目的，不在此限。」（參照王兆鵬，刑事訴訟講義（一），翰蘆圖書，2002 年 8 月，頁 31-35。）王兆鵬教授的見解，其目的無非在限縮法官的裁量權，避免法官因個人好惡適用法律，導致證據取捨標準不一。惟如此的建議，並未為現行刑事訴訟法第 158 條之 4 條所採。



違法偵查」之可能性，第6點更係引進國外盛行之所謂「假設偵查流程理論」或「必然發現之例外」法理。換言之，七項權衡因素標準係「例示」而非「列舉」之標準，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。甚至最高法院雖已經開始引用該七項權衡因素，要求事實審法院遵行權衡法則，惟正因為各項因素的具體內涵不明，以及有無先後，或係排他或併存等關係未明，最高法院似仍並未於個案中提出更為具體明確之操作標準，使得雖有標準，卻陷入似無標準的窘境（參見最高法院92年度台上字第6786號判決、93年度台上字第2573號判決、93年度台上字第3854號判決）³⁵。

確實，如此權衡的結果，可能會讓法官「跟著感覺走」，導致重罪案件證據幾乎不可能排除的結果。如同林鈺雄教授所言：許多案例中可能根本沒有所謂的權衡，法官或許只是以權衡理論之名，粉飾預先定好的審理結果；認知淺薄的法官，甚至會誤以為，反正是權衡，不免繫於主觀認定，因此量出什麼結果，都不違法。果真如此，則權衡理論只不過替法官「跟著感覺走」的思考方式，提供一個美名。至此，以確定性及法安定性交換而來的「個案正義」，恐怕也只是海市蜃樓³⁶。

35 參照臺灣高等法院107年度上訴字第2522號刑事判決。

36 林鈺雄，從基礎案例談證據禁止之理論與發展，刑事訴訟之運作－黃東熊



然而，權衡法則最主要是能給法官就該個案利益與刑事追訴利益彼此間權衡評估，況且所謂「權衡」絕非漫無標準，更非任由法官恣意判斷，如同學說上便有提出所謂「三段審查基準說」，歸納評定之標準及順位如下：1. 法院首先審查，追訴機關是否恣意、惡意違法取證？答案肯定時，該證據應予禁止使用。2. 答案否定時，繼續審查被違反之取證禁止，其法規範目的為何？該目的是否因違法取證行為而終極受損？使用該證據損害，是否會加深或擴大？如果會加深或擴大，則證據應禁止使用。3. 如果不會，或者根本無法探知規範目的時，則得權衡個案，判斷被告個人利益與國家之追訴利益孰先孰後。追訴機關違法程度、被告涉嫌犯罪輕重乃其中關鍵之指標³⁷。此外，最高法院 87 年度台上字第 4025 號判決，即具體將權衡因素著重於「違法之重大性」及「抑制違法之相當性」兩項要件者，足見所謂權衡法則，絕非漫無方法、標準，而任憑法官主觀感覺之法則。

因此，臺灣高等法院 107 年上訴字第 2522 號刑事判決便有參考上述「三段審查基準說」認為：1. 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

教授六秩晉五華誕祝壽論文集，五南，1997 年 11 月，頁 35。

37 林鈺雄，搜索扣押註釋書，元照，2001 年 9 月，頁 48。



得有「抑制違法偵查」之效果者，原則上應即禁止使用（權衡第1、2及5項因素）。2. 其次，如非惡意之違反，仍應審究所違反法規範之保護目的，以及所欲保護被告之權利為何（包括憲法上之基本權，及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者，否則仍應禁止使用該項證據，亦即除非極端殘暴的嚴重犯罪而有不得已之例外，絕對不得祇因為被告所犯為重罪，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程序權受侵害時，仍以禁止使用為原則（權衡第3、7項及第4項因素）。3. 最後，始考量「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，而如依法定程序有無發現該證據之必然性，以作為原則禁止之唯一例外（權衡第6項因素）。

是以，本案係員警假「檢查」之名而濫行「搜索」之實，係屬恣意妄為，不顧程序正義，並進而累及使逮捕、尿液採集皆成非法，即從員警主觀意圖係假「檢查」之名而濫行「搜索」之實之恣意、惡意違法情節來看，依「三段審查基準說」第一段之觀察，便符合違法所取得之證據應予排除，為達「遏阻違法偵查」之目的考量，證據應予禁止使用。再者，本案因員警無善意例外及「一目瞭然法則」之適用，已無須另行衡量被告權利侵害及追訴利益，是以本案所扣案之海洛因、針筒及以此為據而衍生之各



項證據，包括搜索扣押筆錄、自願受搜索同意書、鑑定書、濫用藥物檢驗報告均違相當性或更兼屬「毒樹之果實」，應予禁止使用。又以本案員警或檢察官並無其他已合法發動之調查或偵查作為，更無須再審酌「假設偵查流程理論」或「必然發現之例外」等例外，應有證據能力情形。

柒、結論與建議

一、結論

本案事實是甲某日載妻子違停為警盤查，經「同意」自該車副駕駛座置物處及下方垃圾桶內，扣得其所有之海洛因 1 包及注射針筒 2 枝，復經採集尿液送驗有施用第一級毒品海洛因，被移送後起訴。然在法院審理時，甲承認吸毒，但主張員警無搜索票，未徵得他「同意」搜索車子，因他「只有同意看，你們怎麼可以翻」，且事後又逼他簽「自願搜索同意書」，「不然老婆小孩不能回去」。最後法院認為「檢查」或「搜索」均屬對隱私權之干預，基於法律保留原則，皆須有法律依據方得為之，雖經受檢查或搜索者「同意」情況下，基於基本權之捨棄，固得合法為之，然得執行者自只侷限於經「同意」之範圍內，不得假「檢查」之名，而濫行「搜索」之實，又未經被告「同意搜索」情況下，「打開置物箱蓋從裡面取出壹包裝有白色粉末之夾鏈袋」，顯屬



「非法搜索」，從而所扣該包海洛因及2支針筒，皆係經違法搜索所得之證物。接著本案法院認為因非法所查獲之毒品而逮捕被告甲，屬非法逮捕，是以事後方補簽之「自願受搜索同意書」，絕非出於被告之真摯同意，自不得以此回溯使搜索轉為合法之依據，則此份同意書充其量僅具掩蓋「違法搜索」之「遮羞布」而已。又因員警非法逮捕被告甲，是以不能依刑事訴訟法第205條之2後段所定「對於經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告，有相當理由認為採取尿液得作為犯罪之證據時，並得違反其意思採取之」為之，警方又沒向檢察官聲請鑑定許可書，且亦未經其同意而自願採尿，亦非毒品危害防制條例第25條所定得報請檢察官許可強制採驗之「毒品調驗人口」，自不得違反被告之意願而強制採驗尿液，故員警對被告之尿液採集同淪為不法。

是以，本案基本上可拆解為違法搜索、違法逮捕、違法驗尿，所扣案之證據及據此而衍生之各項證據，法院最後基於「遏阻違法偵查」目的排除該等證據，導致縱使被告甲坦誠有施用第一級毒品之犯行，唯僅此單一自白，尚無其他證據可佐其自白真實性下，判決被告「無罪」。

二、建議

（一）認清執法之合法界限

刑事訴訟禁止「不計代價、不問是非、不擇手段」的真實發



現，其發現真實，必須在實質正當法律程序下進行，始為法所許可。縱使當前犯罪型態，通常隨證據之浮現而逐步演變，可能原先不知有犯罪，卻因行政檢查，偶然發現刑事犯罪，因而員警依警察職權行使法或警察勤務條例等法律規定執行攔檢盤查勤務工作時，若發覺受檢人員行為怪異或可疑，有相當理由認為可能涉及犯罪，得依據刑事訴訟法之相關規定執行搜索。惟依據刑事訴訟法，以「有令狀搜索」為原則，「無令狀搜索」（或稱「無票搜索」）為例外，即因搜索本質帶有急迫性、突襲性之處分，有時稍縱即逝，若均必待聲請搜索票之後始得行之，則時過境遷，勢難達其搜索目的，故刑事訴訟法乃承認不用搜索票而搜索之例外情形，稱為「無令狀搜索」，惟此種搜索，也應遵守法定程式，否則仍屬違法搜索。目前實務上執行之搜索，除有符合刑事訴訟法所規定現行犯或準現行犯情形，自可執行逮捕及後續之附帶搜索外，一般以「同意搜索」為主，惟同意搜索正當性基礎完全建立在受搜索人有效同意上，惟如遇當事人不同意搜索，即無法發現犯罪證據。特別是在我國現行刑事訴訟普遍承認「證據排除法則」後，程序合法與否的爭執與裁定，成為實體真實先決條件，對於犯罪嫌疑人或被告的違法取證，法院必須調查並說明其取捨理由，為了程序正義而可犧牲實體真實，可謂是刑事訴訟上重大



哲學思想改變，從「以發現真實為中心的證明力問題」移轉至「以正當程序為中心的證據能力問題」³⁸。

面臨現行刑事訴訟重心轉移至「正當法律程序」要求下，員警依警察職權行使法執行攔檢盤查以及依刑事訴訟法執行搜索、扣押、逮捕等強制處分，均需在嚴謹的法律授權始得執行，且在執行過程中，亦須符合比例原則，不得逾越必要程度。倘若在執勤過程中，如因法治觀念或經驗不足情形，經當事人採取救濟手段，事後檢視發現員警攔檢盤查事由不正當，或以非法程序取得犯罪證據，當事人之處分可能遭撤銷，且為無罪之判決，甚或員警身陷囹圄，殊為不值。故警察今後辦案應更落實程序正義，認清強制處分權之合法界限，並加強實務判決書分析，以作為執法合法性之依據。

倘若司法警察（官）執行職務時，面臨必須蒐集、保全證據而有緊急搜索之急迫情形時，應即向檢察官報備，經核可後得緊急搜索。報備之方式，並無一定要式限制，以電話請求執勤檢察

38 面臨現行刑事訴訟重心的轉移，警察今後辦案將會受到一定的影響與衝擊，例如（1）取證程序的合法性，自然成為最重要的先決條件，成為審判中新的「訴訟標的」；（2）法院成為「警察的警察」，在決定證據是否排除前，法院必須先裁定警察行為是否違法，而成為警察的督導機關；（3）執法人員成為審判中另一個被審判的對象，導致傳統上扮演控訴者的警察或檢察官，變身成為審判中的被審者。許福生，同註 32，頁 85-6。



官核准，亦無不可，避免以臨檢之名而來行緊急搜索，畢竟臨檢與緊急搜索之目的、本質、發動要件及程序均不同。本此理念，現行「執行搜索扣押作業程序」有關注意事項，針對無票搜索部分的注意事項，特別是「同意搜索」方面，應在參考實務對於無票搜索應遵守的法定程序，適度加以補充說明之。

（二）持續改善績效文化

傳統警察機關對於協助偵查犯罪的心態，幾乎均係發掘線索、佈線列偵、鎖定嫌犯、逮捕結案，即大功告成。然而國家賦予警察犯罪調查權之最終目的應不止於此，惟有將犯罪者歷經刑事司法審理終結，並為有罪判決確定，才是社會正義得以伸張的時刻。然長久以來，警察基於績效評比的考量之下，乃著重在警察「移送書」所載罪名與嫌疑犯人數上，而較漠視法庭內所發展出的法治精神與證據法則，而遭受諸多批評³⁹。

現行證據排除法則已在我國法制與實務生根發展，法院將成為「警察的警察」，將審查警察的取證程序是否合法？其違背法定程序而取得的證據有無證據能力？縱使違背法定程序而取得的

39 陳瑞仁著，林山田主持，如何由法制面提升警察辦案品質，刑事訴訟法改革對案，元照，2000年10月，頁465；詹德恩，略論刑事訴訟程序之變革對司法警察機關的衝擊，刑事法雜誌，第47卷第6期，2003年12月，頁87。



證據，其有無證據能力，仍應審酌人權保障及公共利益之均衡維護，始足資認定。然實務上現也漸將學說上的「三段審查基準說」逐漸帶入個案審查中，倘若員警係恣意、惡意地以違法手段取得證據，基於「遏阻違法偵查」目的是會排除該等證據。因此，警察人員應改變以往以績效導向為辦案的模式，在遂行協助犯罪偵查的過程中，應嚴格遵守程序正義原則，確實踐行法律中對犯罪嫌疑人的人權保障規定，才能落實摘奸發伏、打擊不法，維護社會正義的功能。否則縱使辛苦取得證據，倘若違法取證所違反法定程序之情節甚為嚴重，傷害人民對司法公平公正之信賴，而為抑制偵查機關違法之取證，基於公平正義，該違法取證所得證物或相關證言，將會被排除。

如同彰化地方法院 107 年訴字第 329 號刑事判決所言：「本案承辦員警，以『騙票』（拿過去的蒐證照片透過檢察官向法院聲請搜索票）之違法手段取得搜索票，固已接受司法審判而付出代價（犯刑法第 216 條、第 213 條之行使公務員登載不實文書罪），然而身為執法人員的警察卻做出如此嚴重的違法行為，可能與警界長期以來的績效文化脫不了關係。……本院仍希望警界高層除了以績效管考基層員警之外，也能真心替這些在第一線辛苦值勤的員警們著想，思考如何為員警提供安全無虞的設備環境、正確完善的法治教育，讓『執法之前，先要守法』的觀念，內化在每位員警的心中」。



又以最近某派出所 4 名官警裁槍換取績效，犯下假藉職務上之權力故意犯非法搜索、縱放人犯與偽造文書等罪判決確定案（參照最高法院 109 年台上字第 2320 號刑事判決），警政署除重申各警察機關應依法行政並落實程序正義，違者嚴懲並追究連帶責任外，署長更語重心長表示「各級幹部應勇於承擔轄區治安責任，嚴禁各單位有匿報案件或績效造假情事，違者將嚴懲不貸，同時追究考監責任，避免影響民眾對警察的支持與信賴」。確實，為改善績效文化及強化警察專業，警政署自 2015 年 4 月起對外「減少協辦業務」達 20 餘項，自 2018 年起對內「取消專案評比計畫」計 52 項；警政署強調未來也將持續滾動檢討修正，以減輕警察同仁工作負擔，提高工作效能，更可專注於「治安」與「交通」工作上⁴⁰。因此，持續改善績效文化、落實程序正義、先合法、再論方法，確實是值得我國警察持續關注的議題。

（三）賦予司法警察機關主管長官對物之緊急搜索權

現行緊急搜索規定搜索的主體限為檢察官，排除司法警察官、司法警察，然檢察官行偵查時，究有多少機會可能發動緊急搜索？而較有可能發動緊急搜索的警察機關竟然無發動緊急搜索權？立法顯然有未能兼顧偵查實際情況之虞。為解決此偵查實務

40 參照自由時報，2020 年 8 月 12 日報導。



之落差，未來應修正刑事訴訟法第 131 條第 2 項條文，賦予司法警察機關主管長官對物之緊急搜索權。即現行刑事訴訟法第 131 條第 2 項規定，僅檢察官有對物的緊急搜索權，惟實際上負責第一線偵查者為司法警察官或司法警察，遭遇緊急狀況較多，須報請檢察官指揮始得為之，協調聯繫緩不濟急，各項物證可能稍縱即逝，相關證物滅失後，徒留難以回復之憾。又依同條第一項規定，司法警察人員既得對住宅或其他處所執行逕行搜索，依舉重明輕之法理，對於物證之緊急搜索，應無須經檢察官指揮始得執行之。故未來應明定司法警察機關主管長官，對於證據有偽造、變造、湮滅或隱匿之虞者，亦得發動緊急搜索，以應事實需要。

