

第二節



強制處分

SECTION. 2 --> CONCEPT 1 搜索與扣押

CONCEPT 2 拘束人身自由的強制處分

- (一) 羈押
- (二) 拘提與逮捕
- (三) 其他拘束人身自由之強制處分

CONCEPT 3 其他強制處分之有關考題

CONCEPT

搜索與扣押

示範【103 警特三等第 3 題】

2-2-1 搜索

附帶搜索。

非法官所核發。

甲遭人檢舉販賣毒品海洛因，經警方初步查證屬實，因此向檢察官報告，由檢察官簽發拘票交由警方派員前往甲之住處逕行拘提到案，警方人員到達後，除立即壓制甲外，並對甲之身體及隨身皮包搜查，找出小包裝之毒品海洛因 15 包；嗣由甲帶同警方人員進入其所居住之房間搜索，在床鋪下查出土製鋼管槍 1 枝及子彈 4 顆，予以扣押為證。試問本案拘提、搜索、扣押是否均合法，請分別說明其理由。

搜索票？無令狀搜索事由？

解題關鍵 ▶▶

- (一) 「檢察官」所簽發之「拘票」得否進入甲宅拘提甲？
- (二) 若(一)之答案為「肯定」，則「依題目所給之時間順序」對：警方搜查甲之身體及隨身皮包，找出小包裝之毒品海洛因 15 包；以及搜索甲之房間，在床鋪下查出土製鋼管槍 1 枝及子彈 4 顆等兩項搜索及兩項扣押之行為予以檢討即可。
- (三) 若(一)之答案為「否定」，「僅」會對警方搜查甲之身體及隨身皮包，找出小包裝之毒品海洛因 15 包；以及搜索甲之房間，在床鋪下查出土製鋼管槍 1 枝及子彈 4 顆等證據之證據能力造成影響（毒樹果實原則的問題）。惟本題僅命讀者討論「拘提、搜索、扣押是否均合法」，讀者於作答時似可暫時忽略此爭點（但若考題有問證據能力則還是要討論）。

題型分析 ▶▶

本題為典型強制處分考題，照題目所列之拘提（一項拘提行為）、搜索（兩項搜索行為）、扣押（兩項扣押行為），分點分段作答即可。

擬答 ▶▶（約 919 字）

本案「拘提、搜索、扣押」是否均「合法」，試分述如下：

- (一) 警方之「拘提」行為，「合法」：

依刑事訴訟法第 77 條第 1 項及第 3 項準用第 71 條第 4 項，檢察官於偵查中得核發拘票拘提甲；又依同法第 78 條第 1 項，拘提，由司法警察或司法警察官執行。因此，警方之「拘提」（甲）行為，「合法」。

- (二) 警方進入甲住處，侵犯甲對其住宅之「合理隱私期待」，構成「搜索」，該行為之「合法性」如以下：

1. 依刑事訴訟法第 128 條第 1 項，警方無搜索票，原則「不得」搜索甲住處。
2. 惟警方既持檢察官核發拘提甲之「拘票」，可否依刑事訴訟法第 131 條第 1 項第 1 款，「執行拘提」，有事實足認甲確實在內者，而無搜索票，得逕行搜索甲住處？
 - (1) 依法條文義，應採肯定說。

(2) 惟學者有不同見解（否定說），因現行法雖刪除檢察官核發搜索票之權利，卻疏漏未刪除其核發拘票之權利，刑事訴訟法第 131 條第 1 項第 1 款應解釋為：僅法官核發之拘票，方得進入被告之住宅或其他處所進行緊急搜索；若檢察官所核發之拘票，仍須另一張搜索票²⁸。

(三) 承(二)，「不論」警方進入甲住處行為「合法與否」，均「不影響」其餘「搜索、扣押」行為合法性。其餘「搜索、扣押」行為是否合法，如以下所述：

1. 即便警方進入甲住處行為「違法」，並「不影響」其餘「搜索、扣押」行為之「合法性」，僅可能因「毒樹果實原則」，影響海洛因 15 包；以及土製鋼管槍 1 枝及子彈 4 顆等證據之證據能力。

28 又，若欲進入「第三人」（被告以外者）之住宅或其他處所搜索被告，僅法官之拘票仍不足，須再取得另一張搜索票（對第三人之住宅或其他處所）。王兆鵬，刑事訴訟法講義，2010 年 9 月，頁 176-179。

類似見解：最高法院 99 年度台上字第 1398 號判決：「刑事訴訟，旨在確認國家具體之刑罰權，為保全證據並確保訴訟之進行，固有容許以拘提替代傳喚及搜索、扣押等強制處分之必要，惟此等強制處分之執行，因足以侵害個人之人身自由或隱私權、財產權，刑事訴訟為落實憲法保障人權之理由，乃有正當法律程序之規定，以維持司法之純潔性。本件偵查程序進行中，關於以下各強制處分之執行，是否符合正當法律程序之規定，尚有疑義：① 刑事訴訟法第七十七條第三項、第七十六條為確保被告到庭應訊，於偵查程序之進行，固賦予檢察官簽發拘票，以逕行拘提代替傳喚之『對人的強制處分』權。惟同法第七十六條並定有拘提事由之限制，除須被告犯罪嫌疑重大之條件外，尚須有『無一定之住所或居所』、『逃亡或有事實足認為有逃亡之虞』、『有事實足認為有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞』或『所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪』等事由之一者，始得為之。卷查本件第一審檢察官簽發拘票，命逕行拘提上訴人，依檢察官於民國九十八年一月二十日簽分偵案之簽呈所載，似係以台灣雲林地方檢察署九十七年度他字第四九七號毒品危害防制條例案件，資為依據。惟遍查本案全部卷證，並無所謂他字案卷之存在，其是否具備逕行拘提之法定事由，即有疑義。② 拘提乃『對人的強制處分』，與搜索、扣押之『對物的強制處分』，迥不相同。檢察官偵查中，如須實施搜索、扣押，依法必先取得法官核發之搜索票，否則，須有刑事訴訟法第一百三十一條緊急或急迫情況，其搜索、扣押始告適法。故如容許司法警察（官）執檢察官簽發之拘票（對人的強制處分）以實施搜索、扣押（對物的強制處分），無異鼓勵『假拘提之名而行搜索、扣押之實』，以規避法院就搜索、扣押之合法性審查。本件偵查程序中，司法警察（官）係執有檢察官簽發之拘票，非法院核發之搜索票，且既已拘提上訴人到案，能否認有情況緊急而得逕行搜索、扣押之相當理由，其合法性，甚有疑義。③ 依刑事訴訟法第二百三十條、第二百三十一條規定，司法警察（官）因偵查犯罪，本有『勘察、採證』之權，其執行『勘察、採證』，根本無庸獲得同意。而所謂『勘察、採證』之權，尚不能包括『搜索、扣押』在內，蓋前者應指對於物件或場所現時存在之狀況，親身體驗、進而採證而言，後者則須透過搜尋而發現搜索標之物之存在，始進而取得、扣留而言。『搜索、扣押』，因足以侵害個人之隱私權及財產權，須符合法律所定之正當程序，方屬合法。本件上訴人雖簽具所謂『勘查採證同意書』，能否視之為上訴人同意『搜索、扣押』，饒有研求之餘地。

2. 警方持合法之檢察官核發之拘票，依刑事訴訟法第130條，於拘提甲後，對甲之身體及隨身攜帶之物件（皮包）搜查（附帶搜索），「合法」；該找出之小包裝之毒品海洛因15包，得依刑事訴訟法第137條第1項為本案（甲涉嫌販賣海洛因）之「附帶扣押」。
3. 然而，甲帶同警方人員進入其所居住之房間搜索，因甲已受拘提，無刑事訴訟法第131條第1項第1款之緊急搜索（人）；與同法第130條之附帶搜索事由。故，若非甲依刑事訴訟法第131條之1為「自願性同意」（同意搜索）；或警察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，報請檢察官指揮其依刑事訴訟法第131條第2項為緊急搜索（物）外，該土製鋼管槍1枝及子彈4顆，「不可」依刑事訴訟法第152條為「另案扣押」（甲涉嫌販賣海洛因，非槍彈）。

類似考題

■ 102 四等書記官、執達員、執行員第4題第1小題

題目

甲駕駛其所有之自用小客車搭載乙，因違規行車為司法警察丙、丁攔停。丙於檢視甲、乙下車所出示身分及駕駛證件後，因聞到甲身上散發濃濃酒味，乃要求甲以呼氣方式測試檢定酒精濃度，甲予以拒絕並拔腿跑離。丙迅速自後追及甲，加以拘捕。旋丙、丁查知乙有施用毒品犯罪前科，無持搜索票，即逕行搜索甲、乙之身體及甲所駕駛自用小客車，惟並無所獲。丙、丁認有調查犯罪情形及蒐集證據之必要，乃不顧甲、乙之反對，在所屬派出所採取乙排放之尿液；將甲帶往醫院採取其體內血液，分別送請檢驗（尿液中有無毒品反應、血液中酒精濃度若干）。請附理由回答下列問題：

(一) 丙、丁所為之拘捕及搜索，是否適法？

至於本件『搜索、扣押』之實施，既無情況緊急而得逕行搜索之相當理由，已如前項所述，則上訴人在搜索筆錄上所簽署『依刑事訴訟法第一百三十一條之一經受搜索人同意執行搜索。受搜索人簽名：甲○○』云云，似難直認上訴人有同意搜索之真意。」

提示

(-) 丙、丁所為之拘捕及搜索，是否適法，如以下討論：

1. 丙、丁拘捕甲，「合法」：

(1) 本題中，甲身上有濃濃酒味，可能觸犯刑法第 185 條之 3 第 1 項第 1、2 款「一、吐氣所含酒精濃度達每公升零點二五毫克或血液中酒精濃度達百分之零點零五以上。二、有前款以外之其他情事足認服用酒類或其他相類之物，致不能安全駕駛」之「不能安全駕駛罪」。

(2) 本題中，警察丙聞到甲身上散發濃濃酒味，甲拒絕受酒精濃度測試並拔腿跑離，丙迅速自後追及並加以拘捕甲，該「拘捕」行為「合法」：

① 若甲於服用酒類時或服用後即時為丙發覺，丙可依刑事訴訟法第 88 條第 1、2 項規定，依「現行犯」「逮捕」甲。

② 甲身上有濃濃酒味，丙或可依刑事訴訟法第 88 條第 3 項，因甲「身體露有犯罪痕跡，顯可疑為不能安全駕駛之犯罪人」，依「準現行犯」規定，「逮捕」甲。

③ 甲身上散發濃濃酒味，犯不能安全駕駛罪之嫌疑重大，經丙盤查而逃逸，丙「可」依刑事訴訟法第 88 條之 1 第 1 項第 3 款，「逕行拘提」甲。

2. 丙、丁搜索甲、乙之身體及甲自用小客車之合法性，試分述於以下：

(1) 丙、丁搜索甲之身體、及其自用小客車，「合法」：

依刑事訴訟法第 130 條，丙丁於合法拘捕甲之後，得逕行「附帶搜索」其身體，以及所使用之交通工具。

(2) 丙、丁搜索乙之身體，「不合法」：

乙縱有施用毒品犯罪前科，惟未經丙丁拘捕，丙丁亦未持搜索票，除非乙依刑事訴訟法第 131 條之 1 同意丙丁搜索其身體；或丙丁依同法第 131 條第 2 項認情況急迫，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，經報請檢察官同意後，搜索乙身體，否則此搜索，不合法。

■ 103 四等法警第 3 題

題目

甲因涉嫌竊取某銀樓之金飾，經檢察官合法傳喚無正當理由不到場，檢察官遂簽發拘票，命司法警察乙執行拘提。當甲由工作場所走出，準備駕車離去時，乙即上前出示拘票並表明來意。當乙將甲解送至地檢署後，又返回甲停放車輛之地點，

對車輛予以搜索，並在後行李箱中發現銀樓所失竊之金飾，乙遂將金飾予以扣押。
試問：乙之搜索及扣押行為是否合法²⁹？

提示

乙之搜索、扣押行為，「不合法」：

- (一) 司法警察乙持檢察官所發之拘票合法拘提甲，依刑事訴訟法第 130 條，雖無搜索票，得逕行搜索甲之身體、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。
- (二) 惟本題中，乙於解送甲之後，方搜索甲之車輛，「非」合法之附帶搜索：
1. 依最高法院 102 年度台上字第 293 號判決意旨³⁰：「刑事訴訟法第一百三十條所規定之附帶搜索，係為因應搜索本質上帶有急迫性、突襲性之處分，難免發生時間上不及聲請搜索票之急迫情形，於實施拘捕行為之際，基於保護執行人員人身安全，及防止被拘捕人逃亡與湮滅罪證，在必要與不可或缺之限度下所設令狀搜索之例外規定。」
 2. 又，依最高法院 100 年度台上字第 2966 號判決意旨³¹：「附帶搜索之目的

29 類似題目：「甲警察在路上巡邏，攔下乙臨檢，甲要求乙拉下車窗，乙拉下車窗後，甲發現乙為通緝犯，甲立即逮捕乙，此時甲在乙身邊看到一包提袋，甲立即抓住提袋，並把提袋打開，果然裏面藏了一包結晶狀的毒品，甲立即予以扣押。後經檢察官偵查，除乙之通緝罪名外，檢察官另以乙涉嫌犯買賣毒品罪起訴乙，請問甲所取得毒品是否具有證據能力？（104 三等觀護人第 1 題）」

不同於 103 四等法警第 3 題，甲依刑事訴訟法第 87 條第 1 項對乙為合法逮捕時，提袋位於乙立即可觸及之處所，應為對乙為合法之附帶搜索（刑訴 § 130 文義）。

30 「刑事訴訟法第一百三十條所規定之附帶搜索，係為因應搜索本質上帶有急迫性、突襲性之處分，難免發生時間上不及聲請搜索票之急迫情形，於實施拘捕行為之際，基於保護執行人員人身安全，及防止被拘捕人逃亡與湮滅罪證，在必要與不可或缺之限度下所設令狀搜索之例外規定。本件原審以警方依檢察官所核發拘票執行拘提孫○○時，發現孫○○與廖○○一起駕駛、搭乘小客車正欲離開，為防止執法人員遭受被拘捕人之攻擊，及防止其湮滅隨身證據，即出示拘票，並對其等及該小客車為附帶搜索，因認警方所為上開附帶搜索合於刑事訴訟法第一百三十條之規定，經核並無不合。」

31 「刑事訴訟法第一百三十條之附帶搜索及第一百三十一條第一項之緊急搜索，係為因應搜索本質上帶有急迫性、突襲性之處分，難免發生時間上不及聲請搜索票之急迫情形，於實施拘捕行為之際，基於保護執行人員人身安全，防止被逮捕人逃亡與湮滅罪證，在必要與不可或缺之限度下所設令狀搜索之例外規定；其前提均應以有合法拘捕或羈押行為之存在為必要，但前者搜索之目的在於『發現應扣押物』（找物），因此對於受搜索人所得『立即控制』之範圍及場所，包括所使用具機動性之汽、機車等交通工具均得實施搜索，並於搜索過程中就所發現之物予以扣押之處分；而後者之搜索則著重在『發現應受拘捕之人』（找人），其執行方式應受拘捕目的之限制，除於搜索進行過程中意外發現應扣押之物得予扣押外，不得從事逸出拘捕目的之搜索、扣押行為，並應於拘捕目的達成後立即終止，但為防止執法人員遭受被拘捕人之攻擊，防止其湮滅隨身證據，此際，自可對該被拘捕人之身體、隨身攜帶之物件、所使用之交通工具及其立即可觸及之

在於『發現應扣押物』（找物），因此對於受搜索人所得『立即控制』之範圍及場所，包括所使用具機動性之汽、機車等交通工具均得實施搜索，並於搜索過程中就所發現之物予以扣押。」

3. 因此，本題中，乙返回甲停放車輛之地點，對甲車予以搜索：

(1) 由於乙「搜索時」，甲已被逮捕並解送地檢署，該車輛「非」甲所得「立即控制」之範圍及場所。

(2) 且甲已被捕，「無」保護執行人員人身安全，及防止被拘捕人逃亡與湮滅罪證之必要，「不應容許」乙對甲車進行急迫性、突襲性、且無令狀之「附帶搜索」。

(三) 故，乙若「未」依刑事訴訟法第 131 條之 1 取得甲之「自願性同意」，對甲車行「同意搜索」；或「未」因考量到甲汽車之「機動性」，「類推適用」刑事訴訟法第 131 條第 2 項，認有「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，於報請檢察官許可後，對甲車進行「緊急搜索」；乙之搜索及扣押行為，因「不具」搜索票，又「不具」無令狀搜索、及無令狀扣押（刑事訴訟法第 137、152 條須以「合法搜索」為前提）之例外事由，乙之行為，「違法」。

■ 104 原民四等法警第 1 題

題目

警察甲進行臨檢時，首先發現汽車駕駛人乙目光呆滯，再進一步依據其多年辦案經驗判斷出乙臉上有長期吸食毒品的症狀，而懷疑乙車內應有毒品，因此強迫乙打開汽車供其檢查。不久後，甲在汽車座椅下發現極微量的安非他命，並立即將乙逮捕。試問，此安非他命有無證據能力？請詳細敘明理由。

提示

甲除非有其他無令狀搜索之合法事由，該安非他命之證據能力，依刑事訴訟法第 158 條之 4，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護而定：

(一) 依釋字第 535 號解釋，判斷警察執行臨檢勤務有何應遵守之要件時，當以現行警察職權行使法之規定為解釋之準據。就警察職權行使法第 2 條第 2 項、第 6 條、

處所實施附帶搜索。就此拘捕之是否合法、搜索與扣押程序有無合理之依據，則由法院為事後審查以判斷所扣押之物得否為證據。」

第7條而言，雖賦予警察機關在公共場所對人民實施臨檢之權限，但以「查明被臨檢人之身分」為臨檢之目的，只有當有明顯事實足認被臨檢人有攜帶足以自殺、自傷或傷害他人生命或身體之物者，方得檢查其身體及所攜帶之物。

(二) 又，依最高法院 99 年度台上字第 4117 號判決意旨³²：警察人員在公共場所臨

- 32 本判決要旨基本上可以處理本題全部爭點，值得一讀：「警察勤務條例第十一條第三款關於臨檢之要件，司法院大法官會議於民國九十年十二月十四日釋字第五三五號解釋中為合憲性解釋之補充說明，立法院參照上開解釋之意旨，於九十二年六月二十五日制定警察職權行使法並公布施行，其中已明確規範警察實施臨檢之要件，既以透過制定法規範之方式，授權並限制警察勤務中臨檢之發動程序與權限，則在檢視警察執行臨檢勤務有何應遵守之要件時，當以現行警察職權行使法之規定為解釋之準據，若警察職權行使法規定欠備時，方參考前述解釋意旨而為認定。就警察職權行使法第二條第二項、第六條、第七條規定內容觀之，雖授權警察機關得在公共場所或合法進入之場所施以臨檢，但以『具合理懷疑』為發動之門檻，且以查明被臨檢人之身分為原則，亦即雖賦予警察機關在公共場所對人民實施臨檢之權限，但以『查明被臨檢人之身分』為臨檢之目的，只有當有明顯事實足認被臨檢人有攜帶足以自殺、自傷或傷害他人生命或身體之物者，方得檢查其身體及所攜帶之物。至警察人員在公共場所臨檢時若發現被臨檢人有犯罪嫌疑時，得否逕行檢查被臨檢人隨身攜帶之物品？警察職權行使法未有明文規定，應參照前揭解釋意旨，依其他法定程序處理之。但若被臨檢之人不符前述逕行檢查其身體及其所攜帶之物或得拘提、逮捕進而為搜索、扣押之要件時，鑒於警察職權行使法之上開規定，係依照前揭解釋意旨所制定對於警察人員在公共場所實施『臨檢』措施之授權性規範，警察職權行使法第七條第一項第四款既明定，僅在『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』之情況下，授予警察人員可以檢查被臨檢人物品之權限，應認檢查被臨檢人所攜帶之物毋寧是臨檢程序之例外情況，在不符合前述規定下，警察人員應不許以臨檢名義檢查被臨檢人之物品，避免警察以臨檢之名，行搜索之實，以不需法官保留之臨檢檢查行為取代應經法官保留之搜索行為，而對於人權之保障造成戕害。第一百三十條附帶搜索需符合逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押時之要件；第一百三十一條第二、三項所定之逕行搜索，權限歸屬於檢察官，並非司法警察，若由司法警察執行之，亦必須由檢察官指揮始得，亦必須於執行後三日內報告於該管檢察署檢察官及法院，否則均為侵害人民財產權與隱私權之違法搜索行為；而第一百三十一條之一所稱之『同意搜索』，應經受搜索人出於自願性同意，此所謂『自願性』同意，係指同意必須出於同意人之自願，非出自於明示、暗示之強暴、脅迫。法院對於證據取得係出於同意搜索時，應審查同意之人是否具同意權限，有無將同意意旨記載於筆錄由受搜索人簽名或出具書面表明同意之旨，並應綜合一切情狀包括徵求同意之地點、徵求同意之方式是否自然而非具威脅性、警察所展現之武力是否暗示不得拒絕同意、拒絕警察之請求後警察是否仍重複不斷徵求同意、同意者主觀意識之強弱、年齡、種族、性別、教育水準、智商、自主之意志是否已為執行搜索之人所屈服等加以審酌。對於違法搜索扣押所取得之證據，除法律另有規定外，為兼顧程序正義及發現事實真實，應由法院於個案審理中，就個人基本人權之保障及公共利益之均衡維護，依比例原則及法益權衡原則，予以客觀之判斷，亦即宜就(一)違背法定程序之程度。(二)違背法定程序時之主觀意圖(即實施搜索、扣押之公務員是否明知違法並故意為之)。(三)違背法定程序時之狀況(即程序之違反是否有緊急或不得已之情形)。(四)侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重。(五)犯罪所生之危險或實害。(六)禁止使用證據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序，有無發現該證據之必然性。(八)證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度等情狀予以審酌，以決定應否賦予證據能力。而上開情狀，乃權衡決定應否賦予證據能力之前提，自當調查明白，否則，無從為客觀之判斷與取捨，即有調查職責未盡之違法。上訴人是否確實符合刑事訴訟法第一百三十一條之一同意搜索之規定，原判決均未置一詞，若上訴人在該客觀情狀下，將包包供警察搜索是出於『真摯之同意』，即無逕行搜索可言，又何須以本件

檢時若發現被臨檢人有犯罪嫌疑時，得否逕行檢查被臨檢人隨身攜帶之物品？警察職權行使法未有明文規定，應參照釋字第 535 號解釋，依其他法定程序處理之。但若被臨檢之人不符前述得逕行檢查其身體及其所攜帶之物或得拘提、逮捕進而為搜索、扣押之要件時，鑒於警察職權行使法之上開規定，係依照前揭解釋意旨所制定對於警察人員在公共場所實施「臨檢」措施之授權性規範，警察人員應不許以臨檢名義檢查被臨檢人之物品，避免以不需法官保留之臨檢檢查行為取代應經法官保留之搜索行為。

(三) 因此，本題中，若甲不具備刑事訴訟法第 130 條之附帶搜索、第 131 條第 2 項之緊急搜索（物）、以及第 131 條之 1 的同意搜索事由時，甲搜索乙汽車並發現安非他命，該安非他命乃違反法定程序而取得之證據，依刑事訴訟法第 158 條之 4，其證據能力，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護而定。

■ 101 地特三等法制第 4 題

題目

因有人檢舉甲提供其住處為賭博場所及聚眾賭博，警察隨即派員到現場，當場查獲聚集不特定人以「麻將」及「撲克牌」賭博財物，並扣得供賭博用之賭具及數萬元賭資。因認被告甲涉犯刑法第 266 條第 1 項前段之普通賭博罪、第 268 條之意圖營利提供賭博場所及聚眾賭博等罪嫌，經檢察官起訴。開庭時，甲坦承有於上開時、地提供場所供 A 等人打麻將及玩撲克牌，並以金錢論輸贏等情，惟堅決否認有何普通賭博及意圖營利供給賭博場所與聚眾賭博等犯行，辯稱：案發當天為農曆年假即將結束之週日，在場之 B 等人均為其子 A 之友人，因過年期間至其住所聚會，一時興起在自家玩麻將及撲克牌，案發地點為其住宅，警察不但沒有搜索票，自願搜索同意書也是警察事後請甲之女兒 C 補簽等語³³。C 亦表示開門時

證物係警察人員於逕行搜索程序所查扣，卻未於執行後三日內呈報該管檢察署檢察官及法院，存有『些許行政上瑕疵』，而依刑事訴訟法第一百五十八條之四權衡法則判斷其證據能力。原判決對於權衡決定應否賦予證據能力前提之上開諸情狀，均未調查查明，無從為客觀之權衡判斷，又以本件證物係警察人員於逕行搜索程序所查扣，而未於執行後三日內呈報該管檢察署檢察官及法院，存有『些許行政上瑕疵』，適用權衡法則判斷其證據能力，而與同意執行搜索之卷證資料不符，非惟理由不備、調查職責未盡，亦有理由矛盾之違法。」

- 33 類似題目：「警員甲持拘票至有毒品前科乙之住處執行拘提時，發現房間內桌上置有毒品之吸食器，認為乙持有毒品，雖無搜索票且經乙表示反對，仍執意開啟桌子之抽屜，果然發現海洛因 10 包。乙迫於現實，乃依警員甲之要求補簽搜索同意書附卷。試問：(一) 本件搜索是否合法？(二) 其因此扣得之海洛因 10 包，可否作為認定乙非法持有第一級毒品有罪之證據？(104 四等書記官、執達員、執行員第 3 題)」

警察未出示證件，也未告訴她可以拒絕同意。而警察則辯稱接獲檢舉，抵達現場後，發現當場有人從事賭博行為，因這也算是現行犯，進門後，叫大家不要動，就開始搜東西了。試問警察之所為是否合法？

提示

警察進入甲宅進行搜索之合法性，試分述於以下³⁴：

- (一) 警察進入甲宅，侵犯甲對其住居隱私權之合理隱私期待，構成刑事訴訟法之「搜索」，依刑事訴訟法第 128 條第 1 項，須具備搜索票方得為之。
- (二) 本題中，警察「未」具備搜索票而搜索甲宅，原則上不合法；惟刑事訴訟法另有其他三種「無令狀搜索」（無票搜索）事由，警察行為是否因具備該無令狀搜索事由而合法，如以下討論：
 - 1. 附帶搜索：
 - (1) 依刑事訴訟法第 130 條，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。
 - (2) 本題中，警察非為逮捕或執行拘提、羈押甲後，方對甲宅進行搜索，「不構成」附帶搜索。
 - 2. 同意搜索：
 - (1) 依刑事訴訟法第 131 條之 1，搜索，經受搜索人出於自願性同意者，得不使用搜索票。
 - (2) 本題中，自願搜索同意書乃警察事後請甲之女兒 C 補簽，警察未出示證件，也未告訴 C 可以拒絕同意此等情狀，是否該當「自願性同意」？依實務

又，警員甲要求補簽同意書之行為，依最高法院 100 年度台上字第 7112 號判決意旨，違反刑事訴訟法第 131 條之 1 但書，所取得之證據（例如本題之海洛因），應依刑事訴訟法第 158 條之 4 權衡其證據能力：「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。**……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，依刑事訴訟法第一百五十六條第三項之相同法理，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。」

34 本題案例事實並未給清楚（有關緊急與同意搜索之事實），所以關於警察行為之合法性，不一定要下定論，假設情形討論即可。