

大學用書 2009年最新版

# 刑事訴訟講義

王兆鵬 著



 元照

## 本書簡介

刑事訴訟之內涵，近年一直處於變動的狀態，稍不留意，昔日熟悉之條文或判決，即遭廢止或變更。在此變動中，一些新興的重要理論也逐漸浮現與建立，如何掌握這些理論，成為學習刑事訴訟法最重要的課題。本書作者所撰論文常成為立法及實務之參考資料，本書因此最能掌握這幾年修法之重心：搜索扣押、當事人進行主義、對質詰問、傳聞法則、自白法則、證據排除法則、協商程序、證人拒絕證言權、審判之合併與分離等等。最高法院為因應新法，也有層出不窮的判決，本書詳為整理並以理論貫串分析之。為使讀者能清晰了解刑事訴訟之理論與實務現象，本書也使用了許多圖表對照說明。就最新修正之刑事訴訟法，本書提供完善之解釋與說明，對理論了解與實務運用皆有助益。

ISBN 978-957-41-6510-0



9 789574 165100



5C049PD

定價：850元



元照出版公司

地址：臺北市館前路18號5樓

電話：(02)2375-6688

網址：[www.angle.com.tw](http://www.angle.com.tw)

# 刑事訴訟講義



王兆鵬 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

刑事訴訟講義／王兆鵬著. -- 四版. -- 臺北  
市：王兆鵬出版：元照總經銷，2009.09 印  
刷  
面：公分

ISBN 978-957-41-6510-0 (平裝)

1. 刑事訴訟法

586.2

98013336

# 刑事訴訟講義

5C049PD

2009年9月 四版第1刷

作 者 王兆鵬  
出 版 者 王兆鵬  
總 經 銷 元照出版有限公司  
100 臺北市館前路 18 號 5 樓  
網 址 [www.angle.com.tw](http://www.angle.com.tw)  
定 價 新臺幣 850 元  
專 線 (02)2375-6688  
傳 真 (02)2331-8496  
郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-957-41-6510-0



# 改版序

這一版，又大改了。有些新的觀念，在未為最高法院接受、未為大法官採納、未成為立法前，我以較大的篇幅詳細闡述理論基礎及利弊得失。這幾年，最高法院、大法官、立法院逐漸接受我的見解了，過去的許多主張已成為現在當然之理，在這次改版中就將其簡化以免繁瑣。同時，在這幾年持續的研究中，有許多新的想法與主張，如撤回起訴、再審、一事不再理等等，因為觀念太新，我在放入本書中，仍以較大的篇幅呈現，希望能說服實務人士與立法機關。刑事訴訟之議題甚多，許多問題尚未深入研究，思想也未臻成熟，本書闕漏之處，敬請讀者不吝指正。

王兆鵬

2009年8月24日  
台灣大學法律學院

# 簡目

## 改版序

## 第一篇 導論

第一章	刑事訴訟目的.....	3
第二章	刑事訴訟的歷史.....	8
第三章	刑事訴訟與憲法之關係.....	14
第四章	證據用語辨析.....	24

## 第二篇 強制處分

第一章	強制處分介紹.....	31
第二章	證據排除法則.....	33
第三章	相當理由.....	67
第四章	令狀原則.....	84

## 第三篇 搜索、扣押及通訊監察

第一章	搜索扣押介紹.....	101
第二章	搜索扣押之客體.....	119
第三章	搜索票之聲請、審核與執行.....	137
第四章	附帶搜索.....	149
第五章	緊急搜索.....	161

第六章	同意搜索 .....	194
第七章	一目瞭然法則——附帶或另案扣押.....	206
第八章	通訊監察 .....	215
第九章	盤查與路檢 .....	229

## **第四篇 拘提及羈押**

第一章	短期拘束自由 .....	243
第二章	長期拘束自由——羈押.....	273

## **第五篇 自白與不自證己罪**

第一章	自白法則 .....	303
第二章	審判階段之緘默權.....	336
第三章	緘默權之效力 .....	346
第四章	不自證己罪保護之客體.....	369
第五章	測謊之證據能力 .....	378
第六章	自白與毒樹果實原則.....	387
第七章	緘默之證據能力 .....	401

## **第六篇 受律師協助的權利**

第一章	辯護制度 .....	413
第二章	平等與實質之辯護制度.....	419
第三章	受有效律師協助的權利.....	434
第四章	律師權的內容 .....	459

## 第七篇 起訴、不起訴裁量權控制

第一章	告訴乃論罪 .....	475
第二章	起訴裁量 .....	494
第三章	起訴審查 .....	514
第四章	撤回起訴與一事不再理 .....	526

## 第八篇 審 判

第一章	當事人進行主義與職權主義 .....	545
第二章	自 訴 .....	557
第三章	簡式、簡易、協商程序 .....	574
第四章	審判中被告之地位 .....	610
第五章	共同被告之合併及分離審判 .....	623

## 第九篇 證 據

第一章	證據保全 .....	643
第二章	舉證責任 .....	647
第三章	物證保管流程 .....	664
第四章	傳聞法則 .....	666
第五章	對質詰問權 .....	704
第六章	共犯或共同被告之陳述 .....	734
第七章	合併審判之證據法則適用 .....	738
第八章	證人調查 .....	748
第九章	拒絕證言權 .....	771
第十章	證人不自證己罪之拒絕證言權 .....	780



第十一章	律師與當事人之秘匿特權 .....	798
第十二章	證人指認 .....	810
第十三章	鑑定人 .....	820

## **第十篇 其他程序**

第一章	被害人之權利與保護 .....	835
第二章	審判之範圍 .....	842
第三章	上訴審審理 .....	869
第四章	一事不再理 .....	891
第五章	再 審 .....	910

# 詳目

改版序

## 第一篇 導論

第一章 刑事訴訟目的 .....	3
壹、發現真實 .....	3
貳、建立公平程序 .....	4
參、防止誤判，特別是防止冤獄 .....	4
肆、保護人民權利與尊嚴 .....	6
伍、平等原則 .....	6
陸、司法效率 .....	7
柒、綜合目的 .....	7
第二章 刑事訴訟的歷史 .....	8
壹、西方 .....	8
貳、中華民國 .....	11
第三章 刑事訴訟與憲法之關係 .....	14
壹、刑事被告基本權之確立 .....	14
貳、最高法院對基本人權之重視與闡釋 .....	18
參、刑事被告基本權與刑事訴訟的關係 .....	19
肆、違憲審查客體 .....	20

第四章 證據用語辨析 .....	24
壹、證據能力與證明力 .....	24
貳、實體證據與彈劾證據 .....	26
參、直接證據與間接證據 .....	28

## 第二篇 強制處分

第一章 強制處分介紹 .....	31
壹、強制處分意義 .....	31
貳、法益衝突與基本原則 .....	31
參、分類 .....	31
第二章 證據排除法則 .....	33
壹、理論基礎 .....	33
貳、我國法歷史 .....	36
參、實施刑事訴訟之公務員 .....	38
肆、人權及公益之權衡 .....	41
伍、當事人適格 .....	54
陸、供述證據 .....	57
柒、毒樹果實原則及例外 .....	62
捌、通訊監察之新規定 .....	66
第三章 相當理由 .....	67
壹、相當理由理論 .....	67
貳、我國法分析 .....	73
參、相當理由之落實 .....	76
肆、相當理由案例 .....	81

第四章 令狀原則 .....	84
壹、令狀原則 .....	84
貳、理論基礎 .....	85
參、檢察官無搜索權之理由 .....	91
肆、職權搜索之廢止 .....	96

### 第三篇 搜索、扣押及通訊監察

第一章 搜索扣押介紹 .....	101
壹、搜索之定義 .....	102
貳、合理隱私期待之判斷 .....	107
參、搜索扣押合法性之檢視 .....	117
第二章 搜索扣押之客體 .....	119
壹、單純證據法則 .....	119
貳、侵入身體搜索 .....	121
參、搜索第三人 .....	122
肆、與隱私及不自證己罪之關係 .....	123
伍、與受律師協助的衝突 .....	127
陸、與言論自由的衝突 .....	130
柒、政府機關 .....	133
第三章 搜索票之聲請、審核與執行 .....	137
壹、搜索票之聲請、審查與簽發 .....	137
貳、夜間搜索 .....	140
參、其他執行程序 .....	145
第四章 附帶搜索 .....	149
壹、法律史 .....	149

貳、附帶搜索之要件.....	150
參、相當理由？.....	152
肆、附帶搜索之範圍.....	155
伍、保護性掃視.....	159
<b>第五章 緊急搜索.....</b>	<b>161</b>
壹、理論與目的.....	161
貳、搜索人與搜索物之不同.....	162
參、緊急搜索人.....	164
肆、執行拘提而搜索.....	171
伍、緊急搜索物.....	179
陸、汽車之搜索.....	188
柒、事後審查.....	191
捌、圖示說明.....	193
<b>第六章 同意搜索.....</b>	<b>194</b>
壹、導 論.....	194
貳、同意搜索主要爭執.....	195
參、第三人同意搜索.....	200
肆、圖示說明.....	204
<b>第七章 一目瞭然法則——附帶或另案扣押.....</b>	<b>206</b>
壹、附帶扣押、另案扣押.....	206
貳、理論基礎——一目瞭然法則.....	208
參、要 件.....	208
肆、類推適用一目瞭然法則.....	211
伍、圖示分析.....	214

第八章 通訊監察 .....	215
壹、通訊監察與搜索之異同 .....	215
貳、保護法益 .....	215
參、何謂監察 .....	218
肆、通訊監察之要件 .....	219
伍、證據排除 .....	228
第九章 盤查與路檢 .....	229
壹、基礎理論——憲法原則 .....	229
貳、查核身分及指紋辨識 .....	232
參、攔停、留置 .....	234
肆、拍觸武器 .....	235
伍、扣押物品 .....	237
陸、路 檢 .....	239

## 第四篇 拘提及羈押

第一章 短期拘束自由 .....	243
壹、間接拘束自由 .....	243
貳、直接拘束自由——拘提或逮捕 .....	245
參、拘捕與攔停、留置之差別 .....	247
肆、拘捕之一般要件 .....	251
伍、拘提或逮捕之個別要件 .....	253
陸、拘提或逮捕之限制 .....	263
柒、留置時間之限制 .....	266
捌、非法拘束自由之效果 .....	269

第二章 長期拘束自由——羈押 .....	273
壹、憲法意義 .....	273
貳、附條件釋放 .....	274
參、羈 押 .....	281
肆、救 濟 .....	300

## 第五篇 自白與不自證己罪

第一章 自白法則 .....	303
壹、法律史 .....	303
貳、自白及不利陳述 .....	304
參、自白法哲學 .....	306
肆、任意性理論與瑕疵 .....	307
伍、自白排除理論發展史 .....	311
陸、證據能力規範 .....	316
柒、證據證明力 .....	332
第二章 審判階段之緘默權 .....	336
壹、審判中緘默權的理論 .....	336
貳、審判階段緘默權之行使 .....	342
參、緘默與論罪、量刑 .....	344
第三章 緘默權之效力 .....	346
壹、受「強迫」而為不利陳述 .....	346
貳、直接或間接之強迫 .....	349
參、強迫之推定與消除 .....	353
肆、審判中之緘默權 .....	361
伍、檢察官偵訊之緘默權 .....	365
陸、結 論 .....	367

第四章 不自證己罪保護之客體.....	369
壹、判斷標準——供述或溝通性質.....	370
貳、具體適用.....	373
參、結 論.....	376
第五章 測謊之證據能力.....	378
壹、測謊意義與準確度.....	378
貳、測謊之證據能力.....	378
參、以憲法論測謊之證據能力.....	381
肆、自立法政策論測謊.....	383
伍、測謊與被告以外之人之陳述.....	385
第六章 自白與毒樹果實原則.....	387
壹、自白為毒果.....	389
貳、自白為毒樹.....	394
第七章 緘默之證據能力.....	401
壹、導 論.....	401
貳、自證據法分析.....	403
參、以不自證己罪分析.....	405
肆、以正當程序分析.....	405
伍、彈劾證據.....	407
陸、結 論.....	409



## 第六篇 受律師協助的權利

第一章 辯護制度 .....	413
壹、導 論 .....	413
貳、憲法位階.....	413
參、我國辯護權之發展 .....	413
肆、辯護制度之理論基礎.....	416
第二章 平等與實質之辯護制度.....	419
壹、平等保護.....	419
貳、實質辯護.....	425
參、結 論.....	432
第三章 受有效律師協助的權利.....	434
壹、強制辯護.....	434
貳、強制辯護應為實質辯護 .....	438
參、選任辯護應適用相同標準 .....	441
肆、實質有效的辯護 .....	443
伍、利益衝突.....	452
陸、政府的干涉行爲.....	456
第四章 律師權的內容 .....	459
壹、隨時選任辯護人 .....	459
貳、權利告知與拋棄 .....	459
參、有效的辯護 .....	462
肆、閱卷及筆錄 .....	462
伍、接見通信權 .....	463
陸、律師在場權 .....	464

柒、受專家協助的權利 .....	469
捌、違反律師權產生相當之效果.....	470

## 第七篇 起訴、不起訴裁量權控制

第一章 告訴乃論罪.....	475
壹、意義與類型 .....	475
貳、原因及目的 .....	476
參、合法告訴要件 .....	477
肆、告訴不可分 .....	485
伍、告訴之撤回 .....	487
陸、與強制處分之關係 .....	491
第二章 起訴裁量 .....	494
壹、裁量權之控制 .....	494
貳、起訴裁量權 .....	494
參、不提起公訴之裁量權.....	495
肆、對不提起公訴之救濟.....	501
伍、不提起公訴之效力 .....	507
第三章 起訴審查 .....	514
壹、導 論 .....	514
貳、意義及性質 .....	516
參、審查標準.....	519
肆、審理程序.....	523
伍、駁回及救濟 .....	525
第四章 撤回起訴與一事不再理 .....	526
壹、撤回起訴.....	526

貳、一事不再理與撤回起訴 .....	529
參、被告同意撤回起訴 .....	536
肆、權利未附著前之保護.....	538
伍、撤回起訴之確定.....	540

## 第八篇 審 判

第一章 當事人進行主義與職權主義 .....	545
壹、導 論 .....	545
貳、必也正名.....	545
參、優缺點爭辯.....	548
肆、文化之辯.....	555
第二章 自 訴.....	557
壹、意 義.....	557
貳、自訴權人.....	558
參、自訴限制.....	559
肆、自訴審查.....	565
伍、承受與擔當.....	569
陸、撤 回.....	570
柒、反 訴.....	572
第三章 簡式、簡易、協商程序.....	574
壹、簡易程序.....	575
貳、簡式程序.....	578
參、協商程序.....	582

第四章 審判中被告之地位 .....	610
壹、被告是否得請求具結 .....	610
貳、訊問次序 .....	618
參、不自證己罪——不得以被告為舉證方法 .....	621
肆、陳述意見的權利——訊問被告之義務 .....	621
第五章 共同被告之合併及分離審判 .....	623
壹、導 論 .....	623
貳、共同被告合併審判之目的 .....	624
參、分離審判 .....	630

## 第九篇 證 據

第一章 證據保全 .....	643
壹、意 義 .....	643
貳、偵查中之證據保全 .....	643
參、審判中之證據保全 .....	644
肆、證據保全之執行 .....	646
第二章 舉證責任 .....	647
壹、舉證責任介紹 .....	647
貳、我國法之舉證責任 .....	648
參、舉證責任理論 .....	653
肆、阻卻違法、阻卻責任 .....	656
伍、程序法的舉證責任 .....	658

第三章 物證保管流程 .....	664
壹、意 義 .....	664
貳、證 明 .....	665
第四章 傳聞法則 .....	666
壹、理 論 .....	666
貳、我國法沿革 .....	669
參、傳聞定義.....	672
肆、法定傳聞例外 .....	675
伍、類推適用之傳聞例外.....	693
第五章 對質詰問權.....	704
壹、歷 史 .....	704
貳、對質與詰問 .....	708
參、審判中詰問權之實現.....	711
肆、無效之反詰問 .....	716
伍、審判中對質詰問權之限制 .....	719
陸、對質詰問權與審判外陳述 .....	724
第六章 共犯或共同被告之陳述.....	734
壹、過去實務見解 .....	734
貳、新 法 .....	736
第七章 合併審判之證據法則適用 .....	738
壹、適用相同之證據法則情形 .....	738
貳、適用不同之證據法則情形 .....	740
第八章 證人調查 .....	748
壹、證人能力（適格） .....	748

貳、傳喚及拘提.....	749
參、具結能力.....	750
肆、證人意見或推測之詞.....	751
伍、訊問或詰問之主體.....	751
陸、訊問或詰問方式.....	754
柒、詰問次序.....	756
捌、詰問之範圍.....	757
玖、誘導詰問.....	758
拾、不當詰問.....	761
拾壹、異議權.....	763
拾貳、彈劾證人.....	764
拾參、隔離訊問.....	768
<b>第九章 拒絕證言權.....</b>	<b>771</b>
壹、理論與意義.....	771
貳、概括與個別之拒絕證言權.....	773
參、類 型.....	774
肆、程 序.....	778
<b>第十章 證人不自證己罪之拒絕證言權.....</b>	<b>780</b>
壹、導 論.....	780
貳、證人不自證己罪之限制.....	781
參、權利告知.....	786
肆、共犯與共同被告.....	790
伍、偵查中之特殊問題.....	793

第十一章 律師與當事人之秘匿特權 .....	798
壹、理論基礎.....	798
貳、權利主體.....	799
參、要件與範圍 .....	801
肆、法律效果.....	808
第十二章 證人指認.....	810
壹、導 論 .....	810
貳、指認錯誤原因 .....	810
參、指認方式.....	811
肆、防制指認錯誤 .....	814
伍、被告有要求指認的權利 .....	819
第十三章 鑑定人 .....	820
壹、鑑定人與證人之異同.....	820
貳、機關鑑定.....	821
參、當事人之權利 .....	823
肆、鑑定人之條件與資格.....	825
伍、鑑定人選任或委任 .....	827
陸、鑑定人意見形成的基礎 .....	827
柒、法院受鑑定意見之拘束？ .....	830
捌、科學證據之證據能力認定標準 .....	831

## 第十篇 其他程序

第一章 被害人之權利與保護 .....	835
壹、訴訟參與權 .....	835
貳、刑事訴訟程序的保護.....	837

參、受陪同在場的權利 .....	840
肆、金錢補償.....	841
<b>第二章 審判之範圍.....</b>	<b>842</b>
壹、我國法之審判範圍 .....	842
貳、我國實務之弊病.....	846
參、美國法參考 .....	850
肆、理論分析.....	853
伍、審判範圍之擬議 .....	867
<b>第三章 上訴審審理.....</b>	<b>869</b>
壹、上訴審構造 .....	869
貳、上訴通則.....	870
參、不利益變更禁止原則.....	872
肆、未提出視為放棄法則.....	873
伍、無害錯誤法則 .....	878
陸、憲法錯誤.....	886
<b>第四章 一事不再理.....</b>	<b>891</b>
壹、憲法原則.....	891
貳、似而不同之一行為不二罰原則 .....	894
參、一事不再理之法律 .....	896
肆、一事不再理之「一事」 .....	899
伍、實務見解.....	901
陸、我國實務見解之缺點.....	904



第五章 再 審.....	910
壹、美國法參考 .....	910
貳、理論分析.....	913
參、我國再審合憲性之探討 .....	917
肆、結 論 .....	929

# 第一篇

## 導 論



- 
- 第一章 刑事訴訟目的
  - 第二章 刑事訴訟的歷史
  - 第三章 刑事訴訟與憲法之關係
  - 第四章 證據用語辨析



# 第一章 刑事訴訟目的

刑事訴訟法之重要性，絕對不亞於刑法：「法有實體與程序之分，實體法猶車也，程序法猶輪也。輪無車則無依，車無輪則不行。故國家貴有實體法，尤其貴有程序法。」<sup>1</sup>

「查諸律中以刑事訴訟律尤為切要，西人有言曰：刑律不善不足以害良民，刑事訴訟律不備即良民亦罹其害。蓋刑律為體，而刑訴為用，兩者相為維繫，故不容偏廢也。」<sup>2</sup>

## 壹、發現真實

古今中外皆認為刑事訴訟最重要的目的在發現真實。

刑事訴訟法許多制度設計，皆為發現真實，例如古時候的刑求制度，目的即在發現真實，無論東、西方皆然。清朝以前不但可以刑求被告，連證人也可以刑求。現在的搜索及扣押制度（第一二二條以下）、強迫證人作證規定（如第一七六條之一、第一七八條），目的亦在發現真實。

因為刑事訴訟思想的變遷，某些價值的重要性被認為凌駕於發現真實之上。例如刑事訴訟法第一百五十六條規定，即令自白與真實相符，但只要是強暴脅迫的產物，即不得為證據。第一百五十八條之四規定，違背法定程序取得之證據，審酌人權保障及公共利益後，得排除之。第一百八十條至第一百八十二條，在有法定理由的情形下，目擊證人得拒絕證言。

因為有些價值比發現真實更重要，發現真實雖然在過去被認為是最重要的目的，但其重要性與優先性在現今已有動搖的跡象。在現行法上，已經看到很多此種精神的具體表現。

---

<sup>1</sup> 曾任民初大理院推事的夏勤（1892至1900年）所言，轉引自黃源盛，民國初期近代刑事訴訟的生成與開展——大理院關於刑事訴訟程序判決箋釋（1912至1914年），政大法學評論，第61期，1999年6月，頁36。

<sup>2</sup> 沈家本（1840至1914年）所言，轉引自黃源盛，民國初期近代刑事訴訟的生成與開展——大理院關於刑事訴訟程序判決箋釋（1912至1914年），政大法學評論，第61期，1999年6月，頁47。

## 貳、建立公平程序

刑事訴訟法另一個重要的目的，在建立一個公平程序。

有認為由「現在」發現「過去」的真實為不可能，有認為要法官發現真實，有如要人扮演神的工作。如果刑事訴訟未必能發現真實，至少要建立一個公平程序，讓涉訟當事人及社會大眾心服口服，程序上不能偏袒任何一方。

有認為唯有公平的程序，才能發現真實，不公平的程序會妨礙真實的發現。例如交互詰問制度，除了得建立公平程序，讓被告能詰問證人而心服口服外，有認為是發現真實最偉大的法律器具。

刑事訴訟法第十七條以下，關於法院職員（包括法官、檢察官等）迴避之規定，目的即在建立公平程序。

「公平程序」的意義，隨時代而不同。過去，被告無權聘請律師，因為當時的思潮認為被告是否犯罪，自己應當最清楚，而不須找一個「訟棍」來為被告託詞狡辯；但現在認為這是不公平的，因為檢察官熟稔程序法及實體法規定，刑事被告多無訴訟經驗，不熟悉法律規定，也非常容易因為驚惶、恐懼而不知所措致或表現失當，致被誤認為有罪之人。第二十七條規定「被告得隨時選任辯護人」，即表示由一個專業且富經驗的檢察官去控訴一個無法律常識且沒有經驗的被告，又不准其選任辯護人協助，是不公平的。

## 參、防止誤判，特別是防止冤獄

刑事訴訟制度之設計，在盡可能防止誤判。因此，不服一審判決，得上訴於第二審法院，不服二審判決，得上訴於第三審法院。判決確定後，可提起再審（第四二〇條）及非常上訴（第四四一條），儘量防止錯誤判決。

錯誤判決得分為兩種情形：一是有罪之人被誤判為無罪；一是無辜之人被誤判有罪。理想的制度，當然希望能完全避免錯誤裁判，但為現實上不可能。設計制度時，如果將目標定在減少「有罪之人被誤判為無罪」，必然會造成「無辜之人被誤判有罪」的增加。例如在調查一切證據後，有百分之九十的可能性，被告是犯罪行為人，但有百分之十的可能性，被告

是無辜的。如果刑事訴訟的目的在減少「有罪之人被誤判為無罪」，此時應要求法官判決被告有罪，雖然被告有可能是無辜的。如果刑事訴訟的目的在減少「無辜之人被誤判為有罪」，此時應要求法官判決被告無罪，雖然被告有可能是凶手。以上兩種可能的誤判，哪一種是社會比較在意的？換言之，究竟選擇「寧可錯殺一百，不可錯放其一」之價值觀，抑或「寧可錯放一百，不可錯殺其一」之價值觀呢？經過人類理性的思維，較不願見到無辜的人被誤判為有罪，因為社會所付出的代價太高了。<sup>3</sup>

防止冤獄，我國法律無明文規定，但實務承認此概念。西方法律有一個重要的概念，證明被告犯罪必須至「毋庸置疑」的心證程度（Beyond a reasonable doubt）。我國最高法院七十六年度台上字第四九八六號判例：「認定犯罪事實……須於通常一般之人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度者，始得據為有罪之認定，倘其證明尚未達到此一程度，而有合理之懷疑存在時，事實審法院復已就其心證上理由予以闡述，敘明其如何無從為有罪之確信，因而為無罪之判決，尚不得任意指為違法。」

在刑事訴訟上，縱然檢察官已提出百分之九十五的證據，但法官只要有一個合理的懷疑，懷疑被告不是有罪的人，即應為被告無罪的認定。但在民事訴訟則不同，例如原告向被告請求返還借款二百萬元，被告抗辯已為清償，雙方就此提出證據，若法官認為其中一方所提出的證據，比較能說服法官相信其有理由，即可為其有利之判決；但在刑事訴訟中，則不能接受這個概念。

刑事訴訟應極力防止「無辜之人被誤判有罪」，防止冤獄是極為重要之目的。

<sup>3</sup> 被告陳○○被控強盜案，因為其與歹徒同名、租同一款車、也認識犯案成員，一、二審都被判決有罪並處重刑，最高法院發回重新調查，高院更審後，發現誤判而改判無罪。被告陳○○表示妻離子散，好冤好恨：「『司法害我事業毀掉、家庭破滅。我好冤，也好恨啊！』從有罪被改判無罪的陳○○，上午在得悉獲得無罪判決後，激動的說：『我一定要向司法討回公道！』二十七歲的陳○○因為這個案子兩度被收押，監禁四個月。他向妻子表示絕沒有做，妻子原先相信他，但妻子的娘家對他質疑，連帶使妻子信心動搖，去年間兩人終於協議離婚，五歲的兒子也被妻子監護。提及這樁官司，陳○○氣忿的說：『司法誤我一生！』……他原先從事信用貸款業務，因為這個烏龍案件，事業毀於一旦。他目前將會儘快做兩件事：一是馬上把這個好消息告訴『前妻』，希望還能挽回這樁婚姻，二是他一定會向司法討回公道：『司法讓我這兩年來生不如死！』」詳聯合晚報，2002年11月5日，5版。

## 肆、保護人民權利與尊嚴

刑事訴訟對於人民的權利與尊嚴應予相當的保護及尊重。

第一百二十四條規定：「搜索，應保守秘密，並應注意受搜索人之名譽。」例如甲住宿舍，涉嫌犯輕罪，若發動整個刑警大隊來包圍宿舍搜索，不但沒有保守秘密，也沒有注意甲的名譽。

依憲法第八條的規定人的身體自由不可侵犯，人民受拘捕後應於二十四小時內移送法院，此即因為人之尊嚴及權利應受保護。

第一百五十八條之四的「證據排除法則」，也是為了保護人之尊嚴與權利的目的而創設的法則，藉由審判中排除證據，達到保護權利之目的。

## 伍、平等原則

刑事訴訟法必須貫徹憲法之平等原則。清末變法，沈家本等擬「刑事民事訴訟法」草案，發送到全國各省評定與我國國情有無不合，湖廣總督張之洞認為「法律本原……最著者為親親之義，男女之別」，批評草案要求「婦人女子，責令到庭作證……壞中國名教之法，啓男女平等之風，悖聖賢修齊之教，綱淪法鐸，隱患實深。」<sup>4</sup>當時的觀念認為刑事訴訟中不應有平等原則。憲法第七條規定：「中華民國人民，不分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」刑事訴訟法不得違反憲法上之平等原則，否則違憲。

第二種平等，是人民與政府的平等。本法第三條規定：「本法稱當事人者，謂檢察官、自訴人及被告。」在過去的刑事法庭中，法官席位旁為檢察官席，當時認為檢察官不應與被告平等；但現在認為檢察官與被告在訴訟中是平等的，所以檢察官與辯護律師坐在對等的位置。相同的概念，甚至衍生至檢察官如有某權利，被告也應有相同之權利，例如有主張被告應有請求證據保全的權利，以與檢察官有聲請搜索票的權利抗衡，九十二年新法第二百十九條之一有關證據保全的規定，即為此觀念之實踐。

第三種平等，是事實上的平等。例如富者與窮人、智者與愚者在刑事

---

<sup>4</sup> 轉引自黃源盛，民國初期近代刑事訴訟的生成與開展——大理院關於刑事訴訟程序判決箋釋（1912至1914年），政大法學評論，第61期，1999年6月，頁41。

訴訟的過程，是否享有事實上平等的地位？如富者得聘律師與專業檢察官對抗，窮人即無此能力。為彌補事實上的不平等，公設辯護人條例第二條第二項規定：「無資力選任辯護人而聲請指定公設辯護人者，法院應為指定。」本法第三十一條第一項規定，低收入戶被告未選任辯護人而聲請者，審判長應指定公設辯護人或律師為其辯護。但上述條文，只適用於起訴之後，起訴前的偵查階段不適用，是否會造成富者與窮人在偵查中事實上的不平等？

又如智者在面對警察之詢問，知悉其得保持緘默、得選任辯護人，愚者愚而不知。為彌補此一事實上的不平等，第九十五條規定在訊問被告前應告知其得保持緘默，得選任辯護人，如司法警察等對於被拘提或逮捕人未踐行此告知義務，依第一百五十八條之二第二項規定，因此取得之自白，原則上不得為證據，這些規定皆在貫徹平等原則。

## 陸、司法效率

司法資源有限，犯罪卻不斷增進，如何有效率終結案件，已成為刑事訴訟的重要議題。然而，為追求效率而犧牲司法之公正性及可信性，亦非吾人所願。第四百四十九條以下的簡易程序、第三百七十六條規定有些案件不得上訴三審，即為傳統追求司法效率的產物。立法院於九十三年增訂第七編之一的協商程序，更為刑事訴訟的世界新潮流，以追求司法效率。

## 柒、綜合目的

以上所述，都是刑事訴訟中非常重要的目的，不能因為某一個目的而不顧其他目的，所以前述幾個目的常綜合在一起考慮，可能在某個細項的設計中比較偏重其中一個目的，但不能為了其中一個目的，將其他全部都摒棄。



## 第二章 刑事訴訟的歷史

刑事訴訟程序應如何設計，始能達到刑事訴訟的各項目的？因為人民對刑事訴訟的目的並無共識，對各不同目的之優先順序也意見分歧，刑事訴訟程序在歷史上有不同之演變。

### 壹、西 方

#### 一、神審判

透過神發現真實，如果被告是無辜的話，神會出面拯救，稱之為神審判（Trial by ordeal）。有兩種方式：火審及水審。

##### （一）火 審

以手持一至三磅燒紅的鐵，或赤腳矇眼走過燒紅的犁鐵，如果沒有受傷，就是神出面拯救，證明是無辜的。

##### （二）水 審

又可以分成兩種：第一種是熱水審，將手肘以下浸入滾水中，假如受傷，就是有罪，未受傷則是神拯救而無罪。第二種是冷水審，將人丟入河或池塘中，若浮起且無游水的動作，表示有罪；若沉入水中，表示無罪。

神審判必須有神職人員參與主持，教會並不贊同神審判方式，嗤之為卑俗的滌罪方式。到一二一五年，羅馬拉特蘭教堂會議（Fourth Lateran Council），禁止神職人員主持神審判，火審限於較高階層的人，水審對一般人。

#### 二、宣誓審判

西方昔如中國一樣，亦有刑不上士大夫的觀念，若被告為聲譽良好之人，或非奴隸之人，神審判的證明，並非終局，被告通常被允許以自己的宣誓陳述，再佐證其他人的宣誓證詞，而駁斥對己的控訴，稱之為宣誓審判（Compurgation）。

### 三、戰鬥審判

控訴者與被控者，全副武裝，騎戰馬，持戰棍，為生命而戰，直至一方被刺死或求降；或交戰至夜間繁星出現還是難分難解的話，就由觀戰的法官宣告判決，稱之為戰鬥審判（Trial by battle）。這樣的審判方法，要求當事人雙方對等，對後來當事人進行主義的法律發展有一定程度的影響。

這種方法一直至十三世紀初期前仍被使用。直至十九世紀早期，戰鬥審判始正式消失。過去大多被使用於重罪及財產糾紛案。

戰鬥審判要求控訴者和被控訴者居於相同的地位，對後來的法律概念有一定程度的影響。當時有嚴格的規則，以確保雙方公平進行戰鬥，無任何一方有不當優勢，如雙方的戰服、武器，均有統一規定。後來落實到刑事訴訟法裡面，就是強調公平，這種公平從檢察官和被告武器的公平，延伸到富有和貧窮被告都要公平。

### 四、糾問主義

在神審判廢止後，漸有糾問主義及控訴主義的分野。

糾問主義有幾個特色：第一，被控訴罪名不確定；第二，審判程序秘密不公開；第三，容許刑求。糾問主義（Inquisitorial System）據悉可遠溯至羅馬時代。但較為具體、可信之糾問制度，肇始於教宗Pope Innocent III（一一九八至一二一六年）。在其職司教宗初期，教會內部極為腐敗，所以在調查腐敗時，要求被控訴者發誓不可說謊，受懷疑的人如果說謊話的話，就等於違抗了神，就是宗教上的有罪（sin，而不是guilty），如果不發誓，那也是有罪。此制度係教會之懲戒程序，為有效整頓腐敗的高階教會人員，乃發展出糾問程序，授權宗教法院之法官針對腐敗的傳聞展開主動調查。<sup>1</sup>

當時，Pope Innocent III將此糾問程序設計為民事訴訟性質，而非刑事訴訟。訴訟的結果在解除教會人員的教會職務，無任何刑事懲罰。所以當時的程序，被告無權於此程序在場，無權提出辯護。審判程序一開始，被告被要求宣誓誠實回答全部問題。若不宣誓，視同自白認罪，得認定為有

---

<sup>1</sup> Frank R. Hermann & Brownlow M. Speer, *Facing the Accuser: Ancient and Medieval Precursors of the Confrontation Clause*, 34 *Vir. J. of Int'l L.* 481 (1994).

罪，或者以藐視法庭囚禁；若宣誓後不陳述，有可能囚禁終身。被告不知被指控的罪名為何，不知孰為指控者，不知有何證據。此宗教法庭的糾問程序很快的在十三世紀傳到俗世世界的普通法院。<sup>2</sup>

上述制度在歐洲大陸盛行於十三世紀至十九世紀中葉，當時主要目的在懲罰宗教異議份子，以刑求方式問案是此制度所容許的。法院發現犯罪嫌疑，應依職權主動偵辦審理，無待正式的控訴，法院即可審判被告。審判時，被告對自己無罪的事實負舉證責任，被告不能知悉孰是控訴者。再者，被告無權請律師協助或辯護。此制度大部分藉訊問被告來發現對被告不利的事實。

## 五、控訴主義

美國聯邦最高法院大法官Stevens曾描述控訴主義制度（Accusatorial System）之特點：對被告必須有具體確定的指控，對被告的指控必須證明至毋庸置疑的程度，警察不得以任何方式對被告施壓而取得自白，被告被起訴之後有權要求中立的法官儘速聽審，被告有權要求律師協助，情勢必要時政府甚至必須替被告聘僱律師，執法者有義務告知被告其憲法上所享有的權利。<sup>3</sup>

英國自十三世紀起，雖然有許多反對糾問主義（特別是要求被告於審判中宣誓陳述）的聲浪，但糾問制度仍持續被使用。英國都德（Tudor）王朝（一四八五至一六〇三年）興盛時，王室開始採納大陸法系的糾問制度，來對付王室的敵人。如當時使用的「星室法院」（Star Chamber）及「高等宗務法院」（Court of High Commission），即以糾問的方式，要求被告宣誓陳述。一直到一六四一年，英國國會廢止「星室法院」及「高等宗務法院」，禁止刑事案件要求被告宣誓。其後受一六八九年光榮革命（英國Glorious Revolution）的影響，被告審判中的權利逐漸受到保障。在一六九六年前，被告若受叛國罪的審判，已有權收受起訴書，有權請求律師協助，有權傳喚對自己有利的證人，國會甚至立法要求叛國罪之審判，

---

<sup>2</sup> Frank R. Hermann & Brownlow M. Speer, *Facing the Accuser: Ancient and Medieval Precursors of the Confrontation Clause*, 34 Vir. J. of Int'l L. 481 (1994).

<sup>3</sup> *Moran v. Burbine*, 475 U.S. 412, 434-435 n.1 (1986) (Stevens, Bernnan, & Marshall, JJ., dissenting) (quoting *Watts v. Indiana*, 338 U.S. 49, 54 (1949)).

必須有兩個以上的證人到場。在一七〇二年時，被告有權傳喚有利證人的權利已自叛國罪延伸至一般重罪案件。自一七三〇年後，被告律師已逐漸被准許訊問及詰問證人。被告有權受律師協助的權利，於一八三六年立法延伸至一般重罪案件。過去於審判中被告不准陳述事實，至十九世紀晚期，被告被允許宣誓陳述為己辯護。經數百年的演變，上述美國最高法院所描述的控訴主義各項特色，在英國逐漸形成。<sup>4</sup>

## 六、糾問主義幾乎已絕跡

十九世紀法國大革命之後，歐洲大陸即已逐步往控訴主義的方向前進。審判是公開的程序，當事人雙方於審判中都被賦予辯論的權利。被告不再受刑求逼供的威脅，也無須違背自己的意思回答法官的訊問。所以大部分控訴主義的特色，在歐洲大陸幾乎都可以發現，例如對被告必須有具體確定的指控，推定被告為無罪，被告有權聘請律師協助，明文禁止刑求逼供及不當方式取得自白，及被告無義務回答任何訊問。在歷史上曾有糾問主義與控訴主義的分類，但在現今的世界已無區別二主義的必要。

## 貳、中華民國

「刑事訴訟」名稱，中國昔日沒有，是清朝繼受外國法制後的名詞。但並不是傳統中國無刑事訴訟法的規定，只是散見於刑律之中，無獨立的專典而已。

台灣刑事訴訟法應自何時起回顧？有認為應追溯至清末之變法革新，有認為應自日本殖民台灣期間起算。傳統上，學者皆認為光緒三十二年（一九〇六年）之「刑事民事訴訟法」草案，為中國法律史上第一個單行訴訟法。該草案由大臣沈家本（一八四〇至一九一四年）等主持修訂法律館，採用西歐各國的陪審制，律師辯護，公開審判制度，但無檢察起訴制度，仍由審判機關進行犯罪追訴，仍為「糾問主義」的色彩。但因為各方的反對，該草案最後遭擱置而未實施。<sup>5</sup>宣統二年（一九一一年）之「刑事訴訟

<sup>4</sup> Margaret A. Berger, *The Deconstitutionalization of the Confrontation Clause: A Proposal for a Prosecutorial Restraint Model*, 76 Minn. L. Rev. 557, 569-570 (1992).

<sup>5</sup> 黃源盛，民國初期近代刑事訴訟的生成與開展——大理院關於刑事訴訟程序判決箋

律」草案則為中國第一部刑事訴訟法草案，由沈家本等人在日本修律顧問網田朝太郎（一八六八至一九三六年）的協助下完成。<sup>6</sup>此草案酌採各國立法通例，採用不告不理的「告劾」式（即控訴主義）、自由心證主義、直接審理主義、言詞辯論主義、審判公開原則、當事人無處分權。雖然未及正式頒行，清室滅亡，新成立的民國政府仍繼續援用此草案的內容。<sup>7</sup>二十四年（一九三五年）制定之「中華民國刑事訴訟法」為現行台灣刑事訴訟法之前身。<sup>8</sup>

惟台灣法律史學者則認為，第一部在台灣施行的刑事訴訟法法典，是日本於一八九〇年制定的「刑事訴訟法」，於一八九九年起透過律令形式於台灣施行，至於上述一九三五年之「中華民國刑事訴訟法」，係二次大戰後於一九四五年十月二十五日起始在台灣實施。<sup>9</sup>

姑不論源起為何，一九三五年之「中華民國刑事訴訟法」為現行刑事訴訟法之前身，則為上述二學派的共同見解。上開「中華民國刑事訴訟法」於一九六七年全文修正，並更名為「刑事訴訟法」，台灣法制史學者稱此為唯一在台灣制定的刑事訴訟法典。<sup>10</sup>

就法律之修改變動而言，早期之刑事訴訟法為十餘年不動之「沉寂」期，近年則為每年修訂之「活躍」期，最近一兩年甚至發生基本架構改變之「革命」期。在一九六七年後，除了於翌年修改兩個條文外，至一九八二年為止，刑事訴訟法十五年未作任何修正，非常沉寂。惟自一九九七年迄今，刑事訴訟法每年皆修，於一九九九年及二〇〇〇年甚至一年修法兩次，修法頻率仍居各法之冠。二〇〇二年修改第一百六十三條，確定我國自「職權主義」改採「改良式當事人進行主義」，訴訟之架構發生徹底的改變，整部刑事訴訟法可能因此完全改寫，可稱為「革命」期的始端。

---

釋（1912至1914年），政大法學評論，第61期，1999年6月，頁36-42。

<sup>6</sup> 刑事訴訟律草案係於宣統2年陰曆12月24日完成，陽曆則為1911年1月24日。

<sup>7</sup> 黃源盛，民國初期近代刑事訴訟的生成與開展——大理院關於刑事訴訟程序判決箋釋（1912至1914年），政大法學評論，第61期，1999年6月，頁47-48。

<sup>8</sup> 黃源盛，民國初期近代刑事訴訟的生成與開展——大理院關於刑事訴訟程序判決箋釋（1912至1914年），政大法學評論，第61期，1999年6月，頁47-48；蔡墩銘，刑事訴訟法論，五南，1999年，頁16-17。

<sup>9</sup> 王泰升，台灣法律史概論，元照，2001年7月，頁290-293。

<sup>10</sup> 王泰升，台灣法律史概論，元照，2001年7月，頁296。

刑事訴訟法演化之動力，有源自於社會重大事件，也與「立法」及「司法」機關在民主化後，改扮積極角色有重大關聯。以社會事件言，震驚全國的王迎先命案，造成一九八二年修法，使犯罪嫌疑人於偵查中得選任辯護人、辯護人並得於訊問時在場。檢察官於二〇〇〇年搜索國會、媒體，立法委員自行提案修法，檢察官的搜索權因而喪失，展現「立法」機關之積極態度與社會重大事件之密切關聯。在一九九五年以後，則為「司法」機關秉持人權保障精神，積極審查刑事訴訟的新紀元，大法官於該年七月之釋字第三八四號解釋，宣告對質詰問權為憲法上之基本人權，檢肅流氓條例違憲；同年十二月之釋字第三九二號解釋，宣告刑事訴訟法之檢察官羈押權違憲。最高法院亦於一九九八年起，在判決中引用憲法條文，並先於立法機關承認「證據排除法則」（立法院遲至二〇〇一年始立法承認此一法則）。

# 第三章 刑事訴訟與憲法之關係

## 壹、刑事被告基本權之確立

刑事被告享有如何之基本權利，我國憲法條文規定內容既貧乏又不明確。憲法與刑事被告基本權有明顯關係者，僅第八條之人身自由規定、第十六條之訴訟權。大法官解釋只要與刑事訴訟有關者，多引用此二條文為依據。惟其中第十六條僅抽象規定人民有訴訟之權，對於訴訟權之具體內涵為何，則付諸闕如。

反觀美國，刑事被告憲法上的權利，可說是洋洋灑灑，令人稱羨。其聯邦憲法增修條文第四條規定人民有不受不合理搜索扣押的權利；第五條刑事被告有受大陪審團起訴的權利、不受重複危險的權利、不自證己罪的權利、正當法律程序的權利；第六條刑事被告有受快速審判的權利、公開審判的權利、受公平陪審團審判的權利、知悉控訴性質及原因的權利、對質詰問的權利、強制取證的權利、受律師協助的權利；第八條不受要求超額交保金的權利、不受超額罰金處罰的權利、不受殘酷及不平常處罰的權利。

雖然我國憲法與「刑事被告」基本權有明顯關係者，僅有第八條、第十六條之規定，但「一般人民」得享有之憲法權利，刑事被告不因為具被告身分而遭剝奪。例如憲法第七條之平等權、第九條除現役軍人外不受軍事審判之權、第十條人民有居住及遷徙之自由、第十一條人民有言論及講學等自由、第十二條人民有秘密通訊之自由、第十三條人民有信仰宗教之自由、第十四條人民有集會結社之自由、第十五條人民之生存、工作及財產權。上述憲法規定人民所享有之權利，刑事被告亦當然享有之。

上述這些憲法條文雖非為刑事被告而專設，但所有刑事被告均霑其惠，人民不因為具被告身分而喪失其憲法權利，政府機關亦不得將人民貼上被告標籤，而恣意剝奪人民權利。例如憲法保障人民之居住自由、秘密通訊自由、財產權，政府機關欲干預這些憲法所保障之基本權利，皆應遵循憲法原則，不得恣意為所欲為，即令該人民為犯罪嫌疑人或被告，亦同。這些屬於「憲法位階」之權利，在刑事訴訟中扮演舉足輕重的地位。

例如在我國刑事訴訟法未承認證據排除法則之前，最高法院即於八十七年依憲法第十二條秘密通訊自由之規定，判決未依法定程序對被告施以通訊監察所得資料，應排除於刑事審判程序中，不得作為證據。<sup>1</sup>準此，非法侵害人民其他憲法所保障之基本人權，如居住自由權、財產權等等，而取得之證據，依相同法理，亦應於審判中排除，以達到抑制違法之目的。

除憲法所規定之基本權利外，許多大法官解釋亦「擴充」了刑事被告的憲法權利，重要者如下：一、釋字第五三五號解釋認為隱私權亦為憲法之權利。<sup>2</sup>二、釋字第五五六號解釋表示「犯罪行為依法應由代表國家追訴犯罪之檢察官負舉證責任」，得認為無罪推定係被告之憲法權利。三、釋字第三八四號解釋理由書表示憲法第八條的法定程序，必須是「實質正當之法律程序」，而其內容包括：罪刑法定主義；犯罪嫌疑人除現行犯外，其逮捕應踐行必要之司法程序；被告自白須出於自由意志；犯罪事實應依證據認定；同一行為不得重複處罰；當事人有與證人對質或詰問證人之權利；審判與檢察之分離；審判過程以公開為原則；審級救濟等。<sup>3</sup>四、釋字第三九六號有關憲法第十六條訴訟權的解釋，大法官解釋表示在公務員懲

<sup>1</sup> 最高法院87年度台上字第4025號判決：「刑事訴訟之目的，固在發現真實，藉以維護社會安全，其手段則應合法純潔、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，因已違背憲法第八條、第十六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意（司法院大法官釋字第三八四號、第三九六號、第四一八號等解釋部分釋示參考），自應排除其證據能力。準此，實施刑事訴訟之公務員對被告或訴訟關係人施以通訊監察，如非依法定程序而有妨害憲法第十二條所保障人民秘密通訊自由之重大違法情事，且從抑制違法偵查之觀點衡量，容許該通訊監察所得資料作為證據並不適當時，當應否定其證據能力。」

<sup>2</sup> 釋字第535號解釋主文第一段開宗明義即言：「臨檢實施之手段：檢查、路檢、取締或盤查等不問其名稱為何，均屬對人或物之查驗、干預，影響人民行動自由、財產權及隱私權等甚鉅，應恪遵法治國家警察執勤之原則。實施臨檢之要件、程序及對違法臨檢行為之救濟，均應有法律之明確規範，方符憲法保障人民自由權利之旨。」

<sup>3</sup> 早在釋字第271號解釋之不同意見書，大法官吳庚即指出憲法第8條包括以下權利：刑事被告利益之保障在一定限度內乃憲法保留範圍；人民因犯罪嫌疑有接受依法設置之法院及法官審判之權利；逮捕、拘禁、審問、處罰須遵守法定程序；對於違反法定程序之行為，提供人民一項消極的防衛權利；所謂的法定程序，包括罪刑法定主義、對被告不利之刑罰法律不得溯及既往、審判與檢察分離、同一行為不受二次以上之審問處罰、審級救濟之結果原則上不得予被告不利益之變更、不得強迫被告自認其罪等。惟上開吳庚大法官之見解，因為係不同意見，並無拘束力。



戒程序，應採取直接審理、言詞辯論、對審及辯護制度，被付懲戒人應有最後陳述之機會。公務員懲戒程序涉及人民的財產及名譽權，刑事訴訟程序涉及人民之生命、自由、財產及名譽。依舉輕明重法理，應可推論在刑事訴訟程序中，直接審理、言詞辯論，被告受辯護制度的保護以及最後陳述的權利，應亦為憲法上之權利。

大法官解釋除「列舉」上述刑事被告憲法權利外，亦以「概括」方式表示刑事被告應有之憲法權利。例如憲法第八條第一項規定「非由法院依法定程序，不得審問處罰」，釋字第三八四號解釋表示所謂的「依法定程序」，指立法機關所制定之法律必須「實質正當」，並應符合憲法第二十三條所定之條件。而其具體內容，大法官抽象言：「舉凡憲法施行以來已存在之保障人身自由之各種建制及現代法治國家對於人身自由所普遍賦予之權利與保護，均包括在內。」為證明對質詰問權係憲法上之基本人權，釋字第五八二號解釋更援引日本憲法、美國憲法、歐洲人權及基本自由保障公約、聯合國公民及政治權利國際公約，其邏輯與釋字第三八四號解釋相同——凡現代法治國家對於人身自由所普遍賦予之權利與保護，均應為憲法之基本權利。在釋字第三九二號解釋更為其他憲法權利，埋下將來得隨時擴充填補的伏筆：「憲法並非靜止之概念，其乃孕育於一持續更新之國家成長過程中，依據抽象憲法條文對於現所存在之狀況而為法的抉擇，當不能排除時代演進而隨之有所變遷之適用上問題。從歷史上探知憲法規範性的意義固有其必要；但憲法規定本身之作用及其所負之使命，則不能不從整體法秩序中為價值之判斷，並藉此為一符合此項價值秩序之決定。人權保障乃我國現在文化體系中之最高準則，並亦當今先進文明社會共同之準繩。作為憲法此一規範主體之國民，其在現實生活中所表現之意念，究欲憲法達成何種之任務，於解釋適用時，殊不得不就其所顯示之價值秩序為必要之考量。」

依大法官解釋上述有關基本權利的「概括」解釋，只要係人權保障，且為現代法治國家所普遍賦予之權利，大法官均可能承認其為憲法上之基本人權。依此推論，只要是多數文明國家所承認的憲法權利、國際公約所列舉的基本權利，都有可能成為我國刑事被告的憲法權利。據此解釋，刑事被告享有受迅速審判的憲法權利，幾可得矣。蓋迅速審判為刑事被告的

重要權利，早在一二一五年英國大憲章即規定被告有此權利；<sup>4</sup>美國聯邦憲法增修條文第六條亦規定「在任何刑事訴訟中，被告享有快速審判的權利」；德國憲法法院吸取英美法公平審判的概念，於一九六九年的判決中明示刑事訴訟有「訴訟迅速原則」；<sup>5</sup>今日的聯合國公民與政治權利公約第十四條第三項亦規定刑事被告享有「立即受審，不得無故稽延」的權利。<sup>6</sup>依釋字第三八四號、第三九二號、第五八二號解釋所彰顯的概括權利解釋方式，受迅速審判亦應為我國刑事被告的憲法權利。<sup>7</sup>

綜上，我國憲法有明白規定屬於刑事被告之權利者，有刑事被告與人民同享之一般憲法權利者；有憲法雖無明文規定，但大法官解釋已列舉指出之憲法權利，亦有大法官保留解釋空間之一般概括權利，以下綜合整理之：

一、憲法明顯為刑事被告規定之權利：第八條之人身自由保障、第十六條之訴訟權。

二、憲法規定一般人民享有之權利，刑事被告亦同受保障：憲法第七條之平等權、第九條除現役軍人外不受軍事審判之權、第十條人民有居住及遷徙之自由、第十一條人民有言論及講學等自由、第十二條人民有秘密通訊之自由、第十三條人民有信仰宗教之自由、第十四條人民有集會結社

<sup>4</sup> 英國大憲章（1215年之Magna Carta）：“We will not ... defer to any man either justice or right.”引自Wayne LaFare & Jerold H. Israel, *Criminal Procedure* 787 (West P., 1992)。

<sup>5</sup> 何賴傑，違反「訴訟迅速原則」之法律效果——減輕其刑？，現代刑事法與刑事責任——蔡教授墩銘先生六秩晉五壽誕祝壽論文集，國際刑法學會中華民國分會及刑事法雜誌基金會，1997年2月，頁854。

<sup>6</sup> 我國立法院於2002年12月31日通過「公民與政治權利國際公約」，其第14條第3項規定：「審判被控刑事罪時，被告一律有權平等享受下列最低限度之保障：……(三)立即受審，不得無故稽延(To be tried without undue delay.)。」

<sup>7</sup> 有學者自大法官釋字第530號解釋，推論我國應有類似美國憲法之「迅速審判」原則。大法官釋字第530號解釋文言：「審判獨立……為自由民主憲政秩序權力分立與制衡之重要機制；為實現審判獨立，司法機關應有其自主性，其內容包括……規則制訂權。其中規則制訂權係指最高司法機關得……就訴訟（或非訟）案件之審理程序……制訂規則，以期使訴訟程序公正、迅速進行，達成保障人民司法受益權之目的。」學者據上解釋之「迅速進行」文字，推論我國應有「迅速審判」原則。詳呂丁旺，法官釋憲而停止訴訟與刑事訴訟迅速審判原則的衝突與衡量，法學論叢，第168期，2002年4月，頁39。不同意見，請詳王兆鵬，當事人進行主義，第十章「法律審之上訴審理」，元照，2002年。

之自由、第十五條人民之生存、工作及財產權。

三、大法官解釋已明示列舉之權利：隱私權、無罪推定原則、罪刑法定主義、除現行犯外逮捕應踐行必要之司法程序、被告自白須出於自由意志、犯罪事實應依證據認定、同一行為不得重複處罰、與證人對質或詰問證人之權利、審檢分離、公開審判原則、審級救濟制度、直接審理原則、言詞辯論原則、對審制度、辯護制度、被告應有最後陳述之權。

四、大法官解釋保留之其他概括權利：現代法治國家對於人身自由所普遍賦予之權利與保護。依此解釋，受迅速審判的權利即可能為其中之一。

## 貳、最高法院對基本人權之重視與闡釋

自一九九八年起，最高法院開始有憲法精神之認識，多次直接援引憲法為判決基礎，即令所違反者為「刑事訴訟法」的規定，最高法院也不以「法律」層次宣告違法，將其提升至「憲法」層次宣告違法，有「刑事訴訟憲法化」的跡象。例如法院未為刑事訴訟法第九十五條之告知，最高法院認為違反憲法第八條第一項「非由法院依法定程序不得審問處罰」、第十六條之訴訟基本權；<sup>8</sup>使用傳聞證據，最高法院認為違反憲法第八條第一項正當法律程序所保障之對質及詰問權、第十六條訴訟基本權。<sup>9</sup>

具「憲法精神」後最高法院，在一九九八年承認「證據排除法則」，寫下了非常具時代意義的里程碑判決。最高法院在八十七年台上字第四〇二五號判決中表示：「刑事訴訟之……手段則應合法純潔、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……自應排除其證據能力」，<sup>10</sup>

<sup>8</sup> 最高法院88年度台上字第2282號判決。

<sup>9</sup> 最高法院87年度台上字第3473號判決。

<sup>10</sup> 最高法院87年度台上字第4025號判決：「刑事訴訟之目的，因在發現真實，藉以維護社會安全，其手段則應合法純潔、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，因已違背憲法第八條、第十六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意（司法院大法官會議釋字第三八四號、第三九六號、第四一八號等解釋部分釋示參考），自應排除其證據能力。準此，實施刑事訴訟之公務員對被告或訴訟關係人施以通訊監察，如非依法定程序而有妨害憲法

此判決承認「證據排除法則」，宣告刑事訴訟法新紀元的開始。過去審判的唯一目的在認定「有罪與否」，在此判決之後，「程序是否違法」成爲審判的另一個重心，甚至成爲最爲關鍵的問題（因爲證據排除會影響審判的結果）。同時，因爲該法則會產生證據排除的效果，也會督促執法人員重視與遵守程序。二〇〇一年刑事訴訟法新增第四百十六條第二項規定：「搜索扣押經撤銷者，審判時法院得宣告所扣得之物，不得作爲證據」，也立法承認證據排除法則。審判實務能走在立法之前，在其他領域或不足爲奇，但在刑事訴訟領域則極爲罕見，甚至絕無僅有。

## 參、刑事被告基本權與刑事訴訟的關係

刑事訴訟程序之進行、證據之取得、證據能力之認定，如有侵犯訴訟基本權者，應認爲訴訟程序或證據之使用違法。所謂的違法，應包括違反法律或憲法規定。如法律已明文禁止該訴訟程序或證據使用，被告得依法律規定向法院請求救濟，例如非法搜索被告住宅取得證據（侵犯隱私權），被告得依刑事訴訟法第一百五十八條之四請求法院排除該證據。如法律無明文規定，應請求法院秉憲法精神而作出保障人權之解釋，並適用於審判中之案件。如法律竟然准許該訴訟程序或證據使用，被告得請求審判法院依大法官釋字第三七一號解釋停止審判，聲請釋憲。<sup>11</sup>如審判法官拒絕聲請釋憲，被告在判決確定後，得以判決所適用之法律違憲爲理由，依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定向大法官聲請釋憲請求救濟。

---

第十二條所保障人民秘密通訊自由之重大違法情事，且從抑制違法偵查之觀點衡量，容許該通訊監察所得資料作爲證據並不適當時，當應否定其證據能力。」

<sup>11</sup> 釋字第371號解釋：「憲法爲國家最高規範，法律抵觸憲法者無效，法律與憲法有無抵觸發生疑義而須予以解釋時，由司法院大法官掌理，此觀憲法第一百七十一條、第一百七十三條、第七十八條及第七十九條第二項規定甚明。又法官依據法律獨立審判，憲法第八十條定有明文，故依法公布施行之法律，法官應以其爲審判之依據，不得認定法律爲違憲而逕行拒絕適用。惟憲法之效力既高於法律，法官有優先遵守之義務，法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認爲有抵觸憲法之疑義者，自應許其先行聲請解釋憲法，以求解決。是遇有前述情形，各級法院得以之爲先決問題裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律爲違憲之具體理由，聲請本院大法官解釋。司法院大法官審理案件法第五條第二項、第三項之規定，與上開意旨不符部分，應停止適用。」

## 肆、違憲審查客體

依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定，人民僅得對於確定終局判決所適用之「法律或命令」，聲請釋憲。釋字第一五四號解釋認定「判例」相當於命令，亦得為人民聲請解釋之客體。<sup>12</sup>再者，釋字第三七四號解釋更直接以「最高法院決議」為審查對象。然而，一般見解認為，依現行法律，「判決」不得為釋憲之客體。<sup>13</sup>

在刑事訴訟實務上，判決不能成為憲法審查的對象，對於人民憲法之基本權，即不能提供周密之保護。判例之前身即為判決，只是形式上經過一定程序後，判決始搖身變為判例，但二者實質內容並無差異。<sup>14</sup>若謂「判例」可能侵害基本權而應受憲法之審查，「判決」即無不受憲法審查之理，除非所持觀點係基本人權在具體個案遭受侵害，非憲法所關心之問題。再者，判決要成為判例，必須歷經一番時日，最高法院在其判決成為判例前，極有可能就其他相類似之案件，繼續持相同之法律見解而為判決，如其法律見解違憲侵害基本權利，等於持續侵害多數人之基本權，而無救濟之途徑。更有甚者，最高法院之判決，即令未成為判例，下級法院也常援引適用，如該法律見解違憲，影響之廣泛程度，難以估計。因此，最高法院判決所持法律見解如違背憲法，在該判決成為判例前，依現行法律不得審查，其結果可能是：在極長的一段期間，在多數的具體案件中，有許多人民的憲法基本權持續遭受侵害，卻完全無救濟途徑。更不幸者，如果該判決不能成為判例，此種侵害基本人權的判決，將永遠被排除在憲法審查之外，憲法條文規定等於只是具文。

學理上，多數意見認為「判決」亦應成為合憲性審查之客體。現任大法官許宗力即持此見解，其表示違憲的判決固得由終審法院糾正，但終審

<sup>12</sup> 釋字第154號解釋理由書：「按司法院大法官會議法第四條第一項第二款關於確定終局裁判所適用之『法律或命令』，乃指確定終局裁判作為裁判依據之法律或命令，或相當於法律或命令者而言……足見最高法院及行政法院判例，在未變更前，有其拘束力，可為各級法院裁判之依據，如有違憲情形，自應有司法院大法官會議法第四條第一項第二款之適用，始足以維護人民之權利。」

<sup>13</sup> 雖然釋字第242號解釋，係就「最高法院判決」為解釋客體。

<sup>14</sup> 法院組織法第57條第1項：「最高法院之裁判，其所持法律見解，認為編為判例之必要者，應分別經由院長、庭長、法官組成之民事庭會議、刑事庭會議或民、刑事庭總會決議後，報請司法院備查。」

法院如無正確的憲法認知，將導致判決違憲的情形存在。再者，立法權、行政權皆受憲法拘束，構成司法權一環的最高法院，亦應受相同之拘束。而德國、西班牙都准許以判決為憲法訴願的對象。至於憲法審查與普通法院如何分工，如何避免濫訴，皆為得克服之問題。<sup>15</sup>學者吳信華表示，不但立法或行政行為不得與憲法牴觸，即令司法行為亦不得牴觸憲法。法院判決屬司法行為之一環，自應同受憲法拘束。大法官審查法院判決，目的不在創造「第四審」或「超級審」，而是以「憲法守護者」的角色，審查法院裁判之合憲性。<sup>16</sup>

大法官釋字第五八二號解釋雖未改變「判決」不得成為違憲審查客體之事實，但擴大了我國憲法審查之範圍，此係該號解釋在刑事訴訟法上，最深遠與重大的意義。該解釋最重大的爭執之一為：本件聲請案之確定終局判決，是否適用或援用最高法院三十一年上字第二四二三號、四十六年台上字第四一九號、三十年上字第三〇三八號、七十三年台上字第五六三八號及七十四年台覆字第一〇號等刑事判例（以下簡稱「最高法院系爭五判例」）？如前所述，確定終局裁判援用「判例」以為裁判之依據，而該判例經人民指摘為違憲者，應視同命令予以審查，已為不爭之法理（釋字第一五四號、第二七一號、第三七四號、第五六九號等解釋參照）。

如何判斷確定終局裁判是否有適用或援用判例的情形，該解釋部分不同意見之大法官彭鳳至採取較為嚴格的「形式援用」理論。其主張，只有在下述二情形之一，始得認定確定終局裁判已適用特定之法律或命令：一、該確定終局裁判明示所適用的法令文號，或二、該確定終局裁判有使用與法令內容「相同或相當文句」的蛛絲馬跡。因為本件之確定判決，並無上述二種情形，所以本件聲請案應不受理駁回。

就此問題，該解釋之多數意見，則採取認定較為寬鬆之「實質援用」理論。多數意見承認本件確定判決於「形式上」確實未明載適用最高法院系爭五判例字號，但因為本件確定終局判決於理由中，明白表示其心證之部分理由係依據共同被告之自白，多數意見乃據此而認定該確定終局判

<sup>15</sup> 許宗力，大法官釋憲權行使的程序與範圍——從大法官審理案件法與修正草案之檢視談起，憲法與法治國行政，元照，1999年，頁36-40。

<sup>16</sup> 吳信華，「法院裁判」作為大法官會議違憲審查的客體，政大法學評論，第61期，1999年6月，頁120-121。

決，「實質上已經援用系爭判例，以為判決之依據」。因此，最高法院系爭五判例，自得為解釋之客體，本件聲請案應予受理。

雖多數意見未說明「形式援用」、「實質援用」二理論之優劣，以及為何不採「形式援用」理論之理由，惟大法官許玉秀在其協同意見書，則代多數意見說明之。其亦主張只要確定終局裁判之論理脈絡與判例之論述相同，即為援用判例，因為「判決製作之嚴謹程度或為文之習慣互有不同，如判決所使用之語句不同於判例要旨，即認為判決未援用判例，一則縱容用語不嚴謹之判決，形同打擊用語嚴謹之判決；二則製造判決利用不相同之文字，使判例規避違憲審查之機會。」就上文義詮釋其思想，其理論基礎似為：第一，公平受審查。書類嚴謹之法院，在判決理由中引經據典明示判例字號，或使用與判例「相同或相當之文句」，依「形式援用」說，其判決得受違憲審查。書類不嚴謹之法院，雖然實質上援用判例，但卻不引據案例，亦不使用「相同或相當」文句，依「形式援用」說，其判決不受違憲審查。此一現象，對於書類嚴謹之法院，並不公平。為維持公平性，不論「形式援用」或「實質援用」，皆應同受憲法之審查。第二，不容規避審查。為規避違憲審查，法院雖然已實質援用某一判例，仍得故意不引用該判例文號，也不使用與該判例「相同或相當之文句」，以逃匿審查。因此為防止法院規避憲法審查，只要一有「實質援用」的情形，即應受憲法審查。

上述二項理由，僅「不容規避審查」有憲法上之意義。法院判決只要程序合法及實質正當，且未侵犯被告基本人權，至於判決理由書寫之文字是否嚴謹，實非憲法法院所能干涉。用語嚴謹之法院，未必較能保障基本人權；反之，用語不嚴謹之法院，未必不擅於保障基本人權。所以，自憲法上之意義而言，是否有「縱容用語不嚴謹之判決」、「打擊用語嚴謹之判決」，實非憲法審查之重點。重點應該在於是否會因為法院之用語不嚴謹，而導致憲法法院不能審查確定判決所適用判例之合憲性。而所謂因用語不嚴謹致憲法法院不能審查，又可分為兩種情形：「故意」或「有意識」規避、「過失」或「無意識」規避。前者指法院故意不使用與判例相同或相當文句之情形，以規避審查；後者指法院完全無逃避審查之意思，而只是單純用語不嚴謹之情形。

姑不論釋字第五八二號解釋之真正理論基礎為何，依該號解釋結果，

只要有下述各情形之一，人民即得以該特定之「法律、判例、決議」牴觸憲法為理由而聲請釋憲，大法官並應受理而為實質之審查：一、確定之終局裁判「明示引用」某特定法律、判例、決議；二、確定之終局裁判使用與某特定法律、判例、決議「相同或相當」之文句；三、雖無上述二種情形，但確定之終局裁判形成心證之推理與思維，已實質適用或援用某特定之法律、判例、決議內容。

法院之心證思維過程，有明白顯諸於外者，有隱藏於內者。前者如於裁判中明示引用某特定之法律、判例或決議，或使用相同或相當之文句（上述一、二情形）。後者指受某特定法律、判例或決議之影響而不自知，因此未將其表現於外；或雖然知悉，但有意或無意，而未將其表現於外（上述三情形）。顯諸於外之思維過程，固受憲法之審查；隱藏於內之心證思維過程，不論其原因為何，釋字第五八二號解釋嚴正宣示，亦受憲法審查。也就是說，法院裁判之一切心證思維過程，不論顯諸於外，或隱藏於內，只要實質上與法律、判例或決議相同，即受憲法審查。

判決之形成，莫不基於法律、判例、決議之思維推理，此乃法律人之基本訓練。而此一思維推理過程，不論是否表現於外，依上述解釋，皆受憲法法院審查。就此而言，所有的判決，幾乎都難逃憲法審查的命運。所以，釋字第五八二號解釋雖未改變「判決」不得成為違憲審查客體之事實，但實際上擴大了憲法審查之受理範圍，此係該號解釋在刑事訴訟法上，最深遠與重大的意義。



## 第四章 證據用語辨析

### 壹、證據能力與證明力

#### 一、證據能力

第一百五十五條第二項規定：「無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據。」無證據能力之證據，完全不得作為裁判之依據。例如警察刑求逼供，被告坦承殺人並說出凶刀所在，其所陳述殺害被害人之細節，與被害人之傷口與部位完全相符。依據經驗法則，該自白極具證據價值，但第一百五十六條規定自白出於強暴、脅迫者不得為證據，也就是說該自白無證據能力，不得作為裁判之依據。證據之證據能力與證明力為二不同問題，證據能力係有無之爭，非有即無，非無即有，無介於二者之間；證明力係強弱之辯，裁判者或深信不疑，或棄而不信，或半信半疑，不可一概而論。

證據能力之有無，常為立法政策之選擇，反映不同之證據法則思維。例如證人甲在警詢中陳述目睹被告殺人，在九十二年以前，該陳述得為不利被告之證據（具證據能力），但依現行法第一百五十九條規定，該陳述原則上不得為證據（不具證據能力）。法條使用「不得作為證據」之文字者，即為無證據能力之意，例如第一百條之一第二項、第一百三十一條第四項、第一百五十八條之二第一項、第一百五十八條之三、第一百五十九條第一項、第一百六十條、第四百十六條第二項；條文使用「得為證據」之文字者，即為具備證據能力之意，例如第一百五十六條第一項、第一百五十九條之一至第一百五十九條之五。

#### 二、證據能力之定義

大法官釋字第五八二號解釋曾定義所謂證據能力：「係指證據得提出於法庭調查，以供作認定犯罪事實之用，所應具備之資格；此項資格必須證據與待證事實具有自然關聯性，符合法定程式，且未受法律之禁止或排除，始能具備。如證人須依法具結，其證言始具證據能力；被告之自白，須非出於不正之方法，始具證據資格。」

### 三、程序上之意義

無證據能力之證據，即不得於審判庭中提出調查（釋字第五八二號解釋意旨），亦不得於審判期日主張之。第二百七十三條第一項規定：「法院得於第一次審判期日前，傳喚被告或其代理人，並通知檢察官、辯護人、輔佐人到庭，行準備程序，為下列各款事項之處理：……四、有關證據能力之意見。……」同條第二項規定：「於前項第四款之情形，法院依本法之規定認定無證據能力者，該證據不得於審判期日主張之。」也就是說，無證據能力之證據，不得於審判期日提出、使用或主張。依該條立法意旨，對於證據能力之爭執，法院「最遲」應在審判期日之證據調查程序前為裁定，使兩造知悉某項證據是否具證據能力，而得在審判中為適當之攻擊防禦。對於兩造證據能力之爭執，法院不得不為裁定而言將在判決理由書中交代。

偵查中並無爭執證據能力之實質意義，在偵查中如探討證據能力，主要目的仍在預為審判中之準備。例如，被害人出具之書信，在審判中不得為證據，但檢察官於偵查中得為參考。

### 四、證明力

只有具證據能力之證據，始有證明力之問題。無證據能力之證據，根本不得於審判期日提出或主張，根本無探討證據證明力之餘地。例如某甲為進出警察局之常客，意志堅強，體格壯碩，警察掌摑甲後甲自白承認犯案，該自白雖與所有犯罪細節極為吻合，但法院依第一百五十六條第一項規定認定該自白無證據能力後，即無探討自白之證明力問題，也無論述該自白是否有證據價值之餘地。證據能力為法律所明定，上級審法院有較大的空間得干涉或審查（例如第一五八條之四）；證據證明力依第一百五十五條第一項，為法院之自由心證，事實審法院有較大的裁量空間：「證據之證明力，由法院本於確信自由判斷。但不得違背經驗法則及論理法則。」證明力之判斷，亦不得違背憲法相關原則，例如不得以證人為宗教人士即賦予其證詞較一般人更高之憑信性。<sup>1</sup>除非事實審法院濫用裁量權，

<sup>1</sup> 最高法院97年台上字第2536號：「參之美國佛羅里達證據法（Florida Evidence Code）第六一一條宗教信仰或意見（Religious beliefs or opinions）之規定：『證人

違背經驗法則或論理法則，<sup>2</sup>上級法院不得干涉下級法院之自由心證。<sup>3</sup>

舉例說明上述意旨：證人甲在審判中之陳述，如未依法具結，即令該陳述極具說服力（得證明被告有罪或無罪），但因為未依法具結，依第一百五十八條之三規定該陳述無證據能力，如事實審法院採為裁判之依據，上級法院自得撤銷下級法院之判決。反之，如證人甲依法具結，並經當事人詰問後，事實審法院認為甲之陳述不可信，只要未濫用裁量權且未違反經驗或論理法則，上級法院不得干涉之，當事人亦無從指摘之。<sup>4</sup>

## 貳、實體證據與彈劾證據

證據之使用，得分為彈劾證據與實體證據，同一證據有時不得為實體

關於宗教之信仰或對於宗教之意見，不得作為減少或增加證人憑信性之證據。』，美國聯邦證據法（Federal Rules of Evidence）第六一〇條亦有相同規定。苟以乙〇〇係從事宗教工作之故，即對其辯解賦予超乎一般人之憑信性，所根據之證據法則，尤屬嚴重違憲。蓋憲法所謂宗教信仰自由，當然指信仰各種宗教之自由，同時包括不信仰宗教之自由，是若因從事宗教工作或從事某種宗教工作之故，即賦予異於一般人之憑信性，證據之斟酌上，似違背憲法禁止差別待遇（discrimination）之平等原則，附此敘明。」

<sup>2</sup> 53年台上字第2067號判例：「證據之證明力如何，雖屬於事實審法院自由判斷職權，而其所為判斷，仍應受經驗法則與論理法則之支配。」45年台上字第1172號判例：「證據之證明力，雖得由法院以自由判斷，然此項自由判斷職權之行使，須不違背一般經驗之法則。」31年上字第168號判例：「被告親友為被告有利益之證言，其證明力如何，固屬於事實審法院自由判斷之職權，而其所為判斷，仍須受論理法則之支配，原判決對於甲、乙、丙等之證言，不說明其有何瑕疵，徒以其與上訴人等非親即友，即謂其係出於勾串，其自由判斷之職權運用顯不合論理上之法則。」

<sup>3</sup> 最高法院27年上字第2079號判例：「認定犯罪事實應依證據，而證據之證明力如何，屬於法院判斷之自由……故事實審法院就案內所有證據，依法調查，本於所得之心證分別取捨而為事實之判斷，苟於證據法則無所違背，當事人即不得專從證據之證明力上任意指摘，執為第三審上訴之理由。」

<sup>4</sup> 最高法院29年上字第1032號判例：「證據之證明力由法院自由判斷之，為刑事訴訟法第二百六十九條所明定，上訴人提出之反證某甲雖謂某乙係自行落水身死，而據告訴人所舉證人某丙等則謂，上訴人奪某乙之篙自撐，因未注意致推動某乙失足落水身死，情詞各執，原審綜核審理之結果，以某丙等之證言比較可信，採為判決基礎，按之上開規定，自係屬於法院自由判斷之職權，而某丙等之證言，既非與事理顯然矛盾，則原審予以採取，即亦與經驗上之法則無所違背。」30年上字第597號判例：「證據之證明力由法院自由判斷之，為刑事訴訟法第二百六十九條所明定，此項自由判斷職權之行使，苟係基於普通日常生活之經驗，而非違背客觀上應認為確實之定則者，即屬於經驗法則，不容當事人任意指摘。」

證據，但得為彈劾證據。所謂的實體證據，指證據提出之目的，在證明該證據所敘事實的真實性，亦即證明犯罪成立或不成立。所謂的彈劾證據，係指所提出之證據，只能彈劾證人或被告之憑信性，但不得證明犯罪事實，也就是說只能以該證據證明證人或被告說謊，但不能以該證據證明犯罪成立或不成立。

例如警察非法侵入甲宅取得其與被害人乙親暱之相片，在甲被訴殺乙之審判中，相片應依第一百五十八條之四規定排除不得作為「實體證據」，檢察官不得提出相片證明甲與乙有親暱關係（證明殺人之動機）。

在審判中，如檢察官未提出相片為實體證據，但甲辯稱未殺害乙，根本不認識乙，也沒看過乙。檢察官為證明甲說謊，得提出該相片，彈劾甲陳述之可信性。此時該相片提出之目的，只能用於證明甲說謊，但不能以之證明甲乙有親暱關係。蓋審判為極端嚴肅重大之事，不容許虛偽陳述成為審判中的證據，被告雖無據實陳述的義務，但如陳述不實，檢察官有揭穿其說謊的權利。<sup>5</sup>

即令無證據能力之證據，亦得用以彈劾證人或被告之憑信性，但只得用以彈劾，不得成為實體證據。傳聞陳述原則上不得為實體證據，但得為彈劾證據。以共犯之陳述為例，如甲乙涉嫌共同收受賄賂，甲於警詢中自白：「乙教唆我收受賄賂，我與乙一同在台北大飯店收受賄款。」如果甲乙分別審判，在乙的審判中，甲之警詢自白為被告以外之人審判外的陳述，為傳聞陳述，依第一百五十九條第一項規定，原則上不得為實體證據，該自白不得用以證明「乙曾教唆甲收受賄賂」、「乙曾與甲一同受賄」。也就是說檢察官在其舉證過程中，不得提出甲之警詢自白來證明乙犯罪之成立。惟若在乙的審判中，甲出庭證稱「未曾與乙去過台北大飯店」。依證據法原則，證人先前不一致的陳述得作為彈劾證據。<sup>6</sup>為證明甲說謊，此時檢察官得提出甲之警詢自白（「我與乙一同在台北大飯店收受賄款」），來彈劾甲之憑信性，使裁判者不相信甲所言「未曾與乙去過台北大飯店」之證詞。此時甲先前之自白雖為審判外之陳述，得提出作彈劾證據，然只能證明甲說謊，不得作為實體證據，二者必須詳加區別。

<sup>5</sup> 參考美國聯邦最高法院 *Harris v. N.Y.*, 401 U.S. 222 (1971) 判決。

<sup>6</sup> 參考美國聯邦證據法第613(b)條。

## 參、直接證據與間接證據

所謂直接證據，指該證據若被採信，得直接證明待證之事實。例如證人親眼目睹被告殺人或放火，只要相信證人所言為真實，即得證明被告殺人或放火之事實。

所謂間接證據，或稱為情況證據，指該證據若被採信，仍不能證明待證事實，但得幫助待證事實之證明。例如證人看到被告進入被害人房間，也看到被告二十分鐘後離開，但未目睹被告殺被害人。如果有其他證據得證明被害人在這段期間被刺身亡，被告殺被害人一事即有可能證明。

即令無直接證據，亦得綜合一切間接證據以證明待證事實。<sup>7</sup>惟以間接證據證明待證事實，必須本於合理之推理，不得憑空想像而違背經驗法則。<sup>8</sup>而且在證明犯罪事實時，仍應達至毋庸置疑的心證程度。<sup>9</sup>

不論直接證據或間接證據，皆必須以具證據能力為前提，若無證據能力，即不得為直接或間接證據。

<sup>7</sup> 最高法院27年滬上字第64號判例：「認定犯罪事實所憑之證據，並不以直接證據為限，即綜合各種間接證據，本於推理作用，為其認定犯罪事實之基礎，仍非法所不許。」最高法院29年上字第3362號判例：「認定犯罪事實所憑之證據，不僅指直接證據而言，間接證據亦包含在內，上訴人某甲與村眾追獲某乙後，共同加以毆傷一節，雖無直接之證明，但原審以某乙被獲之先奔馳圖逃，足證其時尚未負傷，及為某甲等捉獲後，則遍體驗有鐵木各傷，而某甲等追捕時所執者為梭標木棍等物，恰與某乙傷痕相合，此外又另無兇兇之人，遂認某甲為當時共同傷害之正犯，自係綜核各種間接證據，依其所得心證而為事實之判斷，此項判斷，既難指為顯違事理，即不容指為違法。」

<sup>8</sup> 最高法院32年上字第67號判例：「認定犯罪事實所憑之證據，固不以直接證據為限，間接證據亦應包含在內，惟採用間接證據時，必其所成立之證據，在直接關係上，雖僅足以證明他項事實，而由此他項事實，本於推理之作用足以證明待證事實者，方為合法，若憑空之推想，並非間接證據。」最高法院44年台上字第702號判例：「認定犯罪事實所憑之證據，並不以直接證據為限，即綜合各種間接證據，本於推理作用，為認定犯罪事實之基礎，如無違背一般經驗法則，尚非法所不許。」

<sup>9</sup> 最高法院76年台上字第4986號判例：「認定犯罪事實所憑之證據，雖不以直接證據為限，間接證據亦包括在內；然而無論直接或間接證據，其為訴訟上之證明，須於通常一般之人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度者，始得據為有罪之認定，倘其證明尚未達到此一程度，而有合理之懷疑存在時，事實審法院復已就其心證上理由予以闡述，敘明其如何無從為有罪之確信，因而為無罪之判決，尚不得任意指為違法。」

## 第二篇

# 強制處分



- 第一章 強制處分介紹
- 第二章 證據排除法則
- 第三章 相當理由
- 第四章 令狀原則



# 第一章 強制處分介紹

## 壹、強制處分意義

強制處分，以國家公權力為後盾，直接或間接以物理力或脅迫方法，拘束人之意思或自由，使之服從。非必然為強制方法，但有強制性質。

目的：保全證據，或確保被告到場、刑罰之執行、保護社會無受侵害之虞。

## 貳、法益衝突與基本原則

隱私權、財產權、人身自由權，皆為憲法所保障的基本人權。搜索涉及隱私權的侵犯，提出命令及扣押涉及財產權的剝奪，傳喚、拘提、逮捕、羈押涉及人身自由的限制。

對人民基本人權的限制或剝奪，必須符合憲法的基本原則，例如比例原則。在刑事訴訟法的具體規定：第九十條、第一百三十二條，不得逾必要程度。又如第八十九條、第一百二十四條，應注意身體及名譽。

## 參、分類

### 一、直接與間接強制處分

#### (一)直接

包括：拘提（第七五條、第七六條）、逮捕（第八八條）、搜索（第一二二條）、扣押（第一三三條）、羈押（第一〇一條、第一〇一條之一）。國家直接以強制力，達成強制處分之目的。

#### (二)間接

包括：傳喚（第七一條）、提出命令（第一三三條第二項）。國家未直接強制，僅在人民不遵守傳喚或提出命令時，可能產生直接強制的效果，例如抗傳得拘（第七五條）。



## 二、對人與對物強制處分

### (一)對 人

包括：傳喚、拘提、逮捕、羈押。強制處分之目的，在要求人民到一定之處所（傳喚、拘提、逮捕），或停留在一定之處所（羈押），人身自由為核心問題。

### (二)對 物

包括：提出命令、搜索、扣押。強制處分之目的，在取得物。財產及隱私權為核心問題。

一強制處分有時可能同時涉及對人或對物，例如在實施搜索時，政府得拘束人的身體自由。

## 三、有預警與無預警強制處分

### (一)有預警

提出命令、傳喚、羈押。國家強制力未驟然施於人民，有事先之通知。

### (二)無預警

搜索、扣押、拘提、逮捕。國家強制力驟然施於人民。

### (三)區別之重要性

無預警強制處分權的發動為突襲性質，於實施前無須給人民通知，亦無須給人民辯論的機會，人民在毫無預警的情形下，即遭受強制處分加諸於身。當人民遭受此種強制處分時，只有兩種選擇：1. 默默屈從，不論執法者以何種方式實施搜索、扣押或逮捕；2. 反抗，但結果可能會導致執法者以強暴之強制力加諸於身，或因為人民抗拒搜索、扣押而遭逮捕（妨害公務罪）。

在無預警強制處分情形下，未事先通知人民，也不予人民辯論的機會，在人民毫無預警的情形下，即限制或剝奪人民的基本權利，應受更嚴格的憲法原則檢驗。

## 第二章 證據排除法則

“In a government of laws, existence of the government will be imperiled if it fails to observe the law scrupulously. Our Government is the potent, the omnipresent teacher. For good or for ill, it teaches the whole people by its example. ... If the Government becomes a lawbreaker, it breeds contempt for law; it invites every man to become a law unto himself; it invites anarchy. To declare that in the administration of the criminal law the end justifies the means — to declare that the Government may commit crimes in order to secure the conviction of a private criminal — would bring terrible retribution.” *Dissenting Justice Brandeis in Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 485 (1928).

“[T]he history of the criminal law proves that tolerance of shortcut methods in law enforcement impairs its enduring effectiveness.” *Miller v. United States*, 357 U.S. 301, 313 (1958).

### 壹、理論基礎

證據排除法則乃將一具證據價值，甚或為真實的證據，因取得程序之違法，而予以排除，即令該證據為關鍵性的證據，亦同。

#### 案例

乙向警察報案，言甲家中藏有毒品，警察至甲宅敲門，無人應門，警察扭動鎖把，發覺門未鎖，即進入甲宅，在客廳發現手槍一枝。法院於審理此案時，該手槍是否得成為證據？如果發現的是嗎啡，是否有不同答案？如果乙是出於惡作劇或報復而報案，事實上完全不知道甲宅是否有毒品，是否有不同答案？

#### 一、傳統思維

##### (一)無證據排除法則

中心思想反對證據排除法則，認為有罪者不得逍遙法外。事實上，早在十九世紀，邊沁（Jeremy Bentham）就強調證據是正義的基石，排除證

據就等於排除正義。而英國早期判決也認為，即令偷來的證據，亦得為證據，如何取得證據非本案的重點。美國知名大法官卡多索（Benjamin N. Cardozo）就說：證據不得任意排除，否則豈不因警察的一時疏忽，而讓罪犯逍遙法外。<sup>1</sup>

### （二）他法抑制違法

得向違法之執法人員為民事求償、行政懲戒或刑事追訴。如此，有罪者不致因證據排除而逍遙法外，執法人員亦得到應有制裁。

### （三）效 果

違法侵害人民權利的行為是否會受抑制？分為三部分：1. 民事——雖得向違法之執法人員請求侵入住宅損害賠償，但得求償之金額小。且刑事被告常不敢向警察求償，或不知道可以求償。2. 行政懲戒——破大案的警察，常不會遭行政懲戒，反而升官。3. 刑事追訴——被告怕遭警察報復，常不敢對警察告訴。而且刑法犯罪要件嚴格，未必能成立犯罪。即令告訴，檢察官也未必會起訴。

## 二、新思維

憲法賦予人民權利，如不能有效防制執法人員侵害人民憲法權利，所謂憲法權利將成為具文，對人民權利的保護亦為空談。為此，非法侵害人民權利所取得之證據應予排除，以達到保護權利之目的。惟此一排除之理論基礎為何？

### （一）回復原狀

若執法人員自始即遵守法律，證據一開始根本不會被發現，既無證據，也無所謂被排除不能使用的問題。若謂證據不能於審判中使用，應是法律所造成，而不應怪罪於證據排除法則，因為法律本來就在限制政府權力的行使，本來就在限制政府不能以非法方式取得證據。

---

<sup>1</sup> *People v. Defore*, 242 N.Y. 13, 21150 N.E. 585, 587, cert. denied, 270 U.S. 657 (1926). Cardozo當時為紐約州最高法院法官，於*Defore*案代表大多數的法官，反對警察違法取得的證據應排除不能使用，其於判決中所言之：“The criminal is to go free because the constable has blundered.”成為反對證據排除法則的代表名言。

## (二) 司法正潔

若法院於審判中使用執法人員非法取得的證據，等於寬容恕宥政府機關侵犯人民憲法權利、等於為政府機關非法行為背書，甚至間接鼓勵政府機關的非法行為。法院不應成為違反法律者的共犯。

## (三) 嚇阻不法

憲法人權規定在限制政府權力行使，法院有責任檢視行政機關行為有無違反憲法人權規定。執法人員違反憲法基本人權規定而取得證據，目的無非在審判中使用該證據。於審判中排除該證據，就等於除去政府機關違反基本權利的動機，也達到限制政府機關權力的目的，故證據排除法則得有效防止政府機關違法濫權。

## (四) 問題

甲涉嫌在台灣殺人（或偽造台灣之公文書），逃亡大陸躲藏，大陸地區公安非法（違反大陸及台灣法律）侵入甲宅取得證據，將甲遣送台灣，將證據交給台灣警方。甲在台灣殺人罪（偽造文書罪）的審判中，證據是否應排除？因為採以上不同之理論，會產生不同的結果。

如採「司法正潔」、「回復原狀」說，上案例之證據應排除。而且，在民事訴訟中，亦應有證據排除法則之適用。例如警察非法取得甲偷竊乙的證據，乙對甲提起民事侵權行為之訴。如貫徹「司法正潔」理論，法院如容許該非法取得之證據在民事程序中使用，即可能成為違法者之共犯，所以即令在民事訴訟中，亦應排除非法取得之證據。同理，對於刑事訴訟之「私人」非法取證，亦應排除。例如甲為證明乙偷竊其電腦，非法侵入乙宅，果然發現電腦，甚至發現其他贓物。檢察官起訴乙偷竊罪。在刑事審判中，如果容許電腦及贓物為證據，即可能使法院成為與「私人」共同侵害人民權利、隱私權之共犯，且刑事訴訟程序所要求之手段廉潔性亦無從確保，所以證據應排除。

「嚇阻不法」說，以排除證據是否能達到嚇阻效果為判斷。如排除證據，不能達到抑制違法的目的，或只能達到些微的嚇阻效果，證據不應排除。依此理論，上案例之證據無須排除，因為不能嚇阻大陸公安之違法。同理，在民事訴訟中未必應適用證據排除法則，因為公務員非法取證的目的，幾乎都不是為幫助民事訴訟之當事人，即令在民事訴訟中排除證據，

亦未必會對公務員產生任何嚇阻效果。同理，對於刑事訴訟之「私人」非法取證，亦不應適用證據排除法則。因為最能夠抑制私人非法取證的方式，應該是對該私人施以刑罰制裁（刑罰為最強的法律效果），而不是排除證據。排除私人非法取證，與是否能嚇阻警察違法取證，可說毫無關聯性。

在刑事審判中將極具證據價值的證據排除，極可能影響真實發現及審判結果，甚至影響人民對於司法體系的信賴，應只有在非常不得已的情形下，始應採取此一極端的救濟方式。「回復原狀」、「司法正潔」說，不論證據排除是否能達到保護基本人權之目的，一律排除證據，有過度使用證據排除法則之嫌，對於公平正義之維護，並不妥當。「嚇阻不法」說以排除證據是否能達到嚇阻效果為斷，若不能或只能達到些微之嚇阻效果，原則上不排除證據，較能妥適維護公平正義，應以此說為當。

## 貳、我國法歷史

### 一、過去

在八十七年以前無證據排除法則，證據即令違法取得，亦得為證據。例如最高法院七十一年度台上字第二七四四號刑事判決：「指摘檢察官之非法搜索、扣押及遲未發還扣押物為不當，縱其訴訟程序違背法令，亦於判決無影響。」

### 二、現在

完全承認證據排除法則：(一)司法創設承認：在立法承認前，最高法院八十七年度台上字第四〇二五號（八十七年十一月二十六日）首先承認證據排除法則。<sup>2</sup>(二)立法承認：新增訂法律陸續明文承認證據排除法則，九十

<sup>2</sup> 最高法院87年度台上字第4025號：「刑事訴訟之目的，固在發現真實，藉以維護社會安全，其手段則應合法純潔、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，因已違背憲法第八條、第十六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意（司法院大法官會議釋字第三八四號、第三九六號、第四一八號等解釋部分釋示參考），自應排除其證據能力。準此，實施刑事訴訟之公務員對被告或訴訟關係人施以通訊監察，如非依法定程序而有妨害憲法第十

年七月一日生效之第四百十六條第二項規定：「前項之搜索、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。」九十一年二月八日公布之第一百三十一條第四項規定：「第一項、第二項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。」九十二年九月一日生效之第一百五十八條之四規定：「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。」

證據排除，是否會造成有罪者逍遙法外？我國尚無實證研究，美國實證研究顯示，證據排除法則不影響偵查起訴。有些實證研究則認為證據排除法則實施後，確實發生嚇阻不法的效果。警察聲請搜索票的數量急遽增多，即可證明證據排除法則確有嚇阻不法的效果。而且警察部門也花更多的時間在訓練警察遵守規定以免造成證據被排除，足見確實發生嚇阻的效果。<sup>3</sup>

### 三、在程序法上之意義

承認證據排除法則，為刑事訴訟哲學思想之重大改變。實務過去完全以發現實體真實為目標，取證程序是否違法，只要不影響實體真實，得漠視之，法院無須調查處理。在承認證據排除法則後，證據排除與否勢必影響判決結果，程序合法與否的爭執與裁定，成為實體真實的先決條件。對當事人違法取證之請求，法院必須調查，甚至必須敘明排除或不排除之理由，不得再漠然不理。為了程序正義而犧牲實體真實，乃哲學思想的重大改變，唯有如此，程序法始有發展的空間與可能。

除哲學思想的革新外，承認證據排除法則，對實務的影響是立即且顯著的。一、取證程序的合法性，成為審判中新的「訴訟標的」。傳統的審判，待裁判事項僅為有罪與否外，取證程序非訴訟標的，得漠視之。在承認證據排除法則後，證據是否排除影響審判的結果。取證程序的合法性，自然成為最重要的先決條件，成為新的訴訟標的。附帶效果是因為待

---

二條所保障人民秘密通訊自由之重大違法情事，且從抑制違法偵查之觀點衡量，容許該通訊監察所得資料作為證據並不適當時，當應否定其證據能力。」

<sup>3</sup> 有關此部分的美國實證研究資料及引註，請詳王兆鵬，刑事被告的憲法權利，第一章「證據排除法則與電腦資訊錯誤」，元照，2004年5月，頁21-25。

審理及裁判之事項增加，審判時間也可能因此延長。二、法院成爲「警察的警察」（police the police）。在決定證據是否排除前，法院必須先裁定執法人員行爲是否違法。當宣告證據排除時，也等於對執法人員違法行爲予以訓誡。在決定證據是否排除時，也等於在爲執法人員建立遵循的規範，法院成爲執法人員的督導機關，所以美國稱法院變成爲「警察的警察」。三、執法人員成爲審判中另一個被審判的對象（或等同於「被告」）。在審理取證程序是否違法時，必須「調查」、「質疑」甚或「糾問」執法人員。剎那間，當有程序違法的爭執發生時，傳統的控訴者（如警察或檢察官），即變身成爲審判中的被審查者。似乎警方違反程序法，較被告違反刑法實體法，在審判中成爲更重要的問題，對嚇阻程序違法有非常顯著的效果。四、過去得上訴三審的理由，限於刑事訴訟法第三百七十九條各款以及第三百八十條之事由。但依最高法院判決見解，<sup>4</sup> 辯護人得基於取證程序違法而提起三審上訴，第三審法院必須判斷「違反法定程序取得之證據，應否予以排除，是否有害於公平正義」，等於擴大了得上訴第三審的空間。

## 參、實施刑事訴訟之公務員

### 一、私人非法取證

依第一百五十八條之四規定，只有「實施刑事訴訟程序之公務員」違背法定程序，始有證據排除法則之適用。新法宣示私人非法取證，不適用證據排除法則。

#### （一）理論基礎

私人取證，不同於國家機關非法取證：1. 執法人員非法取證有國家公權力的介入；2. 在證據排除法則創設前，執法人員非法取證的情形非常普遍；3. 在證據排除法則創設前，無任何有效的法律機制，得抑制執法人員的非法行爲。美國聯邦最高法院創設證據排除法則，並將該法則適用到各州，主要的理由之一爲一切民事、刑事、行政懲戒的方式，皆無法有效遏止警察的非法搜索，唯一不得已的方式爲證據排除法則。但私人非法取證

<sup>4</sup> 最高法院87年度台上字第4025號判決。

的情形則不同，其無國家公權力的介入，且無普遍性，最重要者，有許多法律的機制，得制裁遏阻私人的非法行為。如被害人得請求民事損害賠償，或請求刑事追訴，無須借助證據排除法則的極端救濟方式，即能達到嚇阻的效果。且私人非法取證的情形，若不將證據排除，其結果亦為吾人所樂見。就刑事被告而言，證據仍得使用，有罪者不致逍遙法外。就非法取得證據之私人，被告得請求民事或刑事追訴，使違法取證者得到應有的制裁。

### (二)如何認定為私人行為

所謂「實施刑事訴訟程序之公務員」，應從廣義解釋。若私人在公務員的教唆、指示或幫助下，違背法定程序取得證據，應視該私人為公務員手足的延長，仍應適用證據排除法則，否則不能達到新法之立法目的。例如司法警察知悉非法搜索將遭證據排除之命運，為逃避法律規範與證據排除，教唆、指示或幫助私人侵入住宅取得證據，應視為公務員之違背法令，否則等於廣開後門供公務員規避法律，對人民權利之保障亦流於空言。

若公務員無積極的教唆、指示或幫助行為，則以公務員牽涉本案的程度，依個案整體判斷其屬於私人的行為或公務員的行為。如私人在非法搜索後召請警方檢視證據，警方行為是否合法，應依警察檢視行為的性質及範圍，是否超過原先私人的搜索行為而定。如警察行為未明顯超越原先私人搜索的範圍，則不違法，否則即非法。

例如被告寄色情電影給甲公司，但被郵局誤送至名稱極為相似的乙公司，乙公司職員拆開包裹發現為一電影，自電影標籤得知為色情電影，職員未放映觀看，即將電影交給警察，警察未取得搜索票即觀看電影。因為警察觀看電影的行為超過原先私人搜索的範圍，就超過部分，警察的行為視為搜索，必須取得搜索票或符合例外規定，否則即為非法搜索。<sup>5</sup>

與此相反者，在私人非法搜索之後，如警察的行為未超過私人搜索的範圍，則合法。例如民間郵局員工打開一運送過程中受損的盒子，內有報紙包著一管狀物，員工將管狀物切開，出現白色粉末的塑膠帶。員工懷疑為毒品，乃報警處理，警方未到前，員工將塑膠帶放回管內，又將管狀物及報紙放回盒子，盒子仍開著。警察將塑膠帶取出、檢視內容，因為警察

<sup>5</sup> 參考美國聯邦最高法院 *Walter v. U.S.*, 447 U.S. 649, 100 S. Ct. 2395 (1980)。



所觀看之內容，並未超越先前私人搜索的範圍，所以警察行為合法。<sup>6</sup>

### (三)依其他法律排除私人非法取得之證據

刑事訴訟法規定私人非法取證，不適用證據排除法則。惟其他法律如特別規定私人未依法定程序取得證據，應排除之，則應適用該特別法之規定。例如徵信社違法對甲與他人通姦之談話或活動予以錄音或錄影，在甲通姦之審判中，錄音帶或錄影帶是否得為證據？依刑事訴訟法第一百五十八條之四規定，無須排除該證據。但筆者認為依刑法第三百十五條之二第三項、第三百十五條之三，通訊保障及監察法第十九條、第二十五條、第二十六條規定，及各條文之立法理由，自「法律」解釋（非憲法解釋）：私人違反上述條文所取得之資料，立法者有排除該證據不得於審判中使用的意思。<sup>7</sup>實務見解亦同：「私人之錄音、錄影之行為所取得之證據，應受刑法第三百十五條之一與通訊保障及監察法之規範，私人違反此規範所取得之證據，固應予排除。」<sup>8</sup>惟私人之錄音或錄影行為是否違法，應依刑法第三百十五條之一及通訊保障及監察法相關規定而判斷之。

## 二、公務員實施其他法律

如違背法定程序取得證據者，雖係公務員，但非「實施刑事訴訟程序」之公務員，是否應適用證據排除法則？例如警察臨檢違背法定程序取得證據（例如槍彈或毒品），其係實施「警察職權行使法」，而非「刑事訴訟法」，亦應適用證據排除法則，蓋我國證據排除法則同時受「憲法」及「法律」之規範。

九十年以前無證據排除法則的「法律」規定時，最高法院即已依據「憲法」詮釋，明白宣示：凡證據之取得非依法定程序，而法院若容許該證據作為認定犯罪事實之依據有害於公平正義時，依憲法解釋（包括憲法第八條、第十六條、大法官會議釋字第三八四號、第三九六號、第四一八號解釋），應否定證據之證據能力，未區分違反法定程序者為「實施刑事訴訟程序之公務員」或非「實施刑事訴訟程序之公務員」而產生不同之法律效果。

<sup>6</sup> 參考美國聯邦最高法院 *U.S. v. Jacobsen*, 466 U.S. 109 (1984)。

<sup>7</sup> 詳王兆鵬，搜索扣押與刑事被告的憲法權利，第四章「私人違法錄音、錄影、監察之證據能力」，元照，2003年3月。

<sup>8</sup> 最高法院92年台上字第2677號判決、最高法院94年台上字第716號判決。

九十年後陸續修正之刑事訴訟法（含九十二年新法），為「法律——刑事訴訟法」明文承認證據排除法則，在法的位階上，新修法律不能改變憲法之既有解釋。

最高法院過去自「憲法」詮釋之證據排除法則，在法位階上高於九十二年新法。遇有「實施刑事訴訟程序之公務員」違背法定程序取得證據，應適用九十二年新法之「法律」規定，排除證據；如為實施其他法律之公務員違背法定程序取得證據，則應適用最高法院已詮釋之「憲法」判決，排除證據。實務亦採取本書見解。<sup>9</sup>

至於公務員在其他程序是否構成違背法定程序取得證據，必須依憲法或其他法律另為判斷。例如行政機關首長命員工驗尿、檢查員工之辦公桌或置物櫃發現毒品、警察臨檢發現槍枝，必須先依憲法或相關法律決定政府機關行為是否違法。如合法，自不適用證據排除法則；如違法，依上所述，仍有證據排除法則之適用。

## 肆、人權及公益之權衡

### 一、理論基礎

#### 案例

警察未取得搜索票，進入甲之住所，搜索並扣押涉及殺人案之凶刀（或扣押嗎啡一斤、音響贓物），法院於審理此案時，證據應否排除？

<sup>9</sup> 最高法院亦認為違法臨檢取得之證據，亦得排除之。最高法院94年度台非字第285號：「警察人員於公共場所或指定處所執行臨檢勤務，參照司法院大法官會議釋字第五三五號解釋意旨，限於已發生危害或依客觀、合理判斷易生危害之處所、交通工具或公共場所為之，應遵守比例原則，不得逾越必要程度，臨檢前，應對在場者告以實施之事由及出示證件表明其為執行人員之身分，始無悖於維護人權之憲法意旨。……依卷內資料，警方係……執行臨檢而搜出上開系爭證物，雖執行臨檢前，未明確告知在場之被告實施臨檢之事由，卷附之『現場臨檢查扣涉嫌物品清冊證明單』（卷內查無臨檢現場紀錄）及警詢筆錄上，均未記載已得被告之同意，遽予搜證，其實施臨檢之手段，尚難認已恪遵法治國家警察執勤之原則，且原判決就是否已發生危害或依客觀、合理判斷易生危害之情形，亦未詳細說明，俱有瑕疵，惟違反法定程序取得之證據，應否予以排除，必須考量容許作為認定事實之依據，是否有害於人權保障、公共利益及公平正義，就個案違反法定程序情節，犯罪所生危害等事項，綜合考量結果……。」

如認定上述案例之證據係違法取得，在決定證據是否排除時，有所謂「絕對（強制）排除主義」、「相對（裁量權）排除主義」。前者指遇有非法取證的情形，法院無裁量之權，應排除證據；後者指排除證據與否，由法院裁量決定。

### （一）絕對（強制）排除

1. 意義：違法取得證據，除合於特定例外情形，原則上應排除之，法院無任何裁量權。<sup>10</sup>

2. 優點：(1)有效嚇阻非法取證。(2)法律標準明確。(3)有效控制法官裁量權。

3. 缺點：(1)效果過於嚴厲，未區別檢警違法係輕微、技術性、嚴重或故意的違反，也未區別行為人所犯之罪為重罪或輕罪。(2)似認為「檢警的錯誤」比「被告的犯罪」更可怕。完全未考慮被告犯罪的嚴重性，且審判的對象似乎成為檢警，而非被告。(3)造成民眾對司法制度的反感與不解。為何犯重罪的人，因為檢警輕微違法，證據即須排除而得逍遙法外。(4)一旦被認定非法取證，證據即必須排除。法官為恐民怨，即令違法取證的事實明顯，也可能不願意判定檢警行為違法，以避免證據排除造成有罪者倖逃。

### （二）嚴重犯罪例外

1. 意義：嚴重犯罪不適用證據排除法則。美國有學者主張在最嚴重的犯罪，如叛國、間諜、殺人、攜械強盜、犯罪組織之綁架等類型，原則上不適用證據排除法則。<sup>11</sup>

2. 理論基礎：此類犯罪的嚴重性，永遠超過檢警違反程序的嚴重性，證據不應排除。

3. 缺點：(1)無明確標準：對於何種犯罪為嚴重的犯罪，每個人認定標準不同。且對嚴重犯罪的範圍，初始會嚴格限縮，但嗣後因「亂世用重典」的概念，此類犯罪的範圍將逐漸擴大，甚至可能吞噬證據排除法則。

<sup>10</sup> 詳Gary S. Goodpaster, *An Essay on Ending the Exclusionary Rule*, 33 *Hasting L.J.* 1065, 1085-1087 (1982); Craig M. Bradley, *The Emerging International Consensus as to Criminal Procedure Rules*, 14 *Mich. J. Int'l L.* 171, 174 (1993)。

<sup>11</sup> John Kaplan, *The Limits of Exclusionary Rule*, 26 *Stan. L. Rev.* 1027 (1974)。

(2)不能達到嚇阻的目的：依此理論，在「嚴重犯罪」案件，即令警察故意或公然違法，證據無須排除。如此，可能會導致甚至鼓勵警察在此類犯罪中，不遵守程序規定。因此，證據排除法則之嚇阻目的即不能達到，被告基本人權不能受適切保障。

### (三)相對排除（裁量權排除）主義

1. 意義：應斟酌個案情形決定證據應否排除，應考慮檢警違法的主觀意思、違法的嚴重性、被告所犯的罪行等因素。有學者將此理論稱為「可責性比較原則」（Comparative Reprehensibility），比較被告「犯罪」及檢警「違反程序規定」的可責性。<sup>12</sup>

2. 優點：無「絕對排除主義」的缺點，但可達到「絕對排除主義」的目的——嚇阻檢警不法。若法官適當且經常適用「裁量權」排除非法取得之證據，因為檢警會擔心其行為可能導致證據排除，同樣能嚇阻檢警違法行為。

3. 缺點：若要「相對排除主義」能產生真正的嚇阻效果，法院必須是「隨機」（randomly）排除非法取得之證據。在法院隨機排除證據時，檢警才可能因為擔心證據排除而不敢違法，如此始能達到嚇阻的目的。若法院不是「隨機」排除證據，而是有規則可循，檢警可能會學習、調整行為，以避免證據遭排除。例如在殺人等重罪案件，法院習慣性不排除證據，檢警得知法院之習慣後，可能會認為殺人等重罪案件，證據永不會被排除，得不遵守程序規定。如此，此主義的缺點與前述「嚴重犯罪的例外」相同，在重罪案件，證據幾乎不可能排除，等於要檢警無須遵守法律規定。

## 二、我國法規定

第一百五十八條之四規定，法院「應審酌人權保障及公共利益之均衡維護」，決定是否排除證據。在決定證據應否排除時，立法理由指出七項綜合考量因素：一、違背法定程序之情節。二、違背法定程序時之主觀意圖。三、侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重。四、犯罪所生之危險

<sup>12</sup> Yale Kamisar, "Comparative Reprehensibility" and the Fourth Amendment Exclusionary Rule, 86 Mich. L. Rev. 1, 12 (1987).

或實害。五、禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果。六、偵審人員如依法定程序有無發現該證據之必然性。七、證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度。（以下簡稱為立法權衡因素）最高法院亦列出類似的標準。<sup>13</sup>

#### (一)侵害權益之種類、輕重及違背法定程序之情節

立法權衡因素第一項、第三項要求法院考量「違背法定程序之情節」、「侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重」，此二者極為相關，應一併討論。

隱私、行動自由、財產，同為憲法保障之基本人權，只有性質的差異，而無輕重之不同，如有違法侵害之情事發生，應產生相同之效果，不得以權利不同而產生不同效果。搜索、扣押，涉及人民之隱私、財產；拘提或逮捕，涉及行動自由；臨檢，視不同之臨檢行為，影響人民之隱私、行動自由、財產<sup>14</sup>。隱私、自由、財產，三者皆為憲法保障之基本人權，具同等重要性，無輕重之不同，例如人民有不受窺視的隱私自由，得在住宅內縱情放浪，只要不違反法律，皆受憲法保護。政府非法窺視人民的情慾隱私，與政府非法剝奪人之自由，二者皆為極嚴重的憲法權利侵犯，無從比較隱私權、行動自由權孰輕、孰重。因此，就憲法所保障之不同基本權利之間，法院絕不能因為「種類」不同，而作「輕重」之率斷，進而產生不同之排除效果，例如法院應不得言：行動自由之侵害，較隱私侵害為重，侵害行動自由所取得之證據應排除，但侵害隱私則未必。

就單一憲法基本權利，只要政府機關行為構成非法侵害，即應傾向於證據排除，不應再為「侵害輕重」之判斷。例如非法進入民宅搜索，人民

<sup>13</sup> 最高法院93年台上字第664號判例要旨：「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實體真實，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。」

<sup>14</sup> 詳司法院大法官釋字第535號。

憲法上無懼於住宅遭人窺視之隱私自由已被侵犯，殊不因檢警人員係翻箱倒櫃或目光搜尋而有差異，若法院以目光搜尋造成之侵害較輕而不排除證據，以翻箱倒櫃造成之侵害重而排除證據，不但誤解憲法隱私自由之真諦，也等於鼓勵檢警人員私闖民宅動「眼」不動「手」。同理，如警察非法逮捕人民，警察係以捆綁、手銬、命令不准離去的方式限制自由，或警察限制人民自由僅兩小時或長達十小時，都不應該影響證據排除與否之判斷，否則等於鼓勵檢警人員以輕微、短暫的方式剝奪人身自由。所以，如侵犯憲法所保障之基本人權，應該是「質」的問題，而不是「量」的問題，法院不應作侵害權利「輕重」之判斷。

同理，為保障憲法之基本權利，法律已設計幾項基本大原則，凡破壞這幾項基本大原則，則不應區分「違反法定程序之情節」，應一律排除證據，以收嚇阻之效，否則法律原則必將崩毀，人民無法受「制度」上之保障。就搜索、扣押、逮捕，法律所設計之大原則為：第一，無相當理由或相當犯罪嫌疑（刑事訴訟法使用「犯罪嫌疑重大」之文字），不得侵犯人民之隱私、財產、自由。此為人民最低程度的憲法保障，亦在命令政府機關非有一定程度的證據及實質理由，不得對人民輕舉妄動。例如警察「風聞」甲宅有毒品且即將湮滅，乃進入甲宅為緊急搜索，果發現毒品。雖然事後之結果正確，但警察在進入甲宅前，只憑街談巷議（有可能為謠言、他人之陷害），即侵犯人民之隱私權，為無相當理由之搜索，破壞憲法對全體民眾之基本保障（相當理由不是只在保障甲，而在保障全體民眾以對抗政府），應排除證據。至於警察進入住宅的情節，在為證據排除之判斷時，已非重點所在。第二，除有急迫或其他法定例外情形外，即令有相當理由或相當犯罪嫌疑，非經中立、超然的司法機關或檢察官（目前法律）核准，不得對人民為搜索、扣押、逮捕。此為憲法（或刑事訴訟法）所設計之令狀原則，在藉事先審查制，以篩減無必要的強制處分、避免事後判斷的偏頗。例如警察有相當理由相信甲宅有毒品，但無急迫情形（由法院客觀判斷，而非警察主觀認定）而無令狀進入甲宅搜索，破壞憲法保護全體民眾的基本制度（令狀原則設計之法理），至於進入住宅時的「違反法定程序之情節」，已非重點，否則警察將罔顧令狀原則，全體人民將不能自「制度」上受保障。第三，搜索、扣押、逮捕之執行必須合理。例如搜索票只記載搜索槍械、彈藥，執行人員卻翻閱人民之信件、日記、帳簿，

已逾越法院的授權範圍（假法院搜索票之名踐踏人民隱私），為不合理的搜索。凡違反上述三原則，應不論「違反法定程序之情節」如何，一律排除。

上述憲法原則極易遵守，並非對執法人員之苛求。所謂的相當理由，事實上容許檢警人員相當大的犯錯空間（詳後之「相當理由」）。所謂的令狀原則，只要求事先取得令狀或合於無令狀的例外。所謂的合理性，只要求執法人員不要濫用職權過度執法。

就「權益之種類」言，被告或犯罪人之權益，得分為憲法所保障者，與法律所保障者。如侵犯前者，應傾向於排除證據（已如前所述），如侵犯後者，除有違反正當程序之情形，原則傾向於不排除證據。例如司法警察依法取得搜索票，但未先行敲門，在無人抗拒的情形下，即踹門進入，但進入後完全遵守法律執行搜索，無不合理的行為。此時，司法警察已違反刑事訴訟法第一百三十二條規定「抗拒搜索者，得用強制力」（因為無人抗拒），但所侵犯者是被告「法律」之權益，而非「憲法」之權益。蓋司法警察已事先取得法院核發之搜索票（遵守令狀原則），表示確實有得搜索之相當理由，所以司法警察對人民憲法隱私權之侵犯為合法正當，原則上不應排除證據。同理，刑事訴訟法第一百三十一條第三項緊急搜索後三日內，應陳報法院。如檢警確實有相當理由、急迫情況而為緊急搜索，未於三日內陳報，應該不影響檢警初始搜索行為之合法性，原則上亦不應排除證據。惟政府機關行為雖然未侵犯憲法權益，但如違反正當程序，依憲法正當程序法理，仍應排除之。例如司法警察雖有相當理由及搜索票，卻搗爛民宅執行搜索，已侵犯法的正義感，雖未侵犯隱私，依正當程序法理，仍應排除之。再如檢察官完全藐視第一百三十一條之事後陳報規定，經常、長期延誤陳報，法院亦得排除證據，以貫徹立法意旨。

綜上，就立法權衡因素第一項、第三項：如違背法定程序，致侵犯憲法之權利，應不考慮「違背法定程序之情節」及「侵害權益之輕重」，法院應傾向於排除證據（是否應排除證據仍應綜合以下所述之其他因素）。如所侵犯者為法律上之權益，則法院應考慮「違背法定程序之情節」及「侵害權益之輕重」，如檢警行為令人髮指、侵犯法正義感或故意逃避法律規範，法院應傾向於排除證據（是否應排除證據仍應綜合以下所述其他

因素)，否則不應排除。<sup>15</sup>

## (二) 犯罪之危險或實害

立法權衡因素第四項要求法院應斟酌「犯罪所生之危險或實害」：在決定是否排除時，應不考慮「犯罪所生之危險或實害」。理由如下：第一，間接鼓勵政府機關在重罪案件違法，不顧人民權益。如檢警機關侵犯人民權利，法院卻因為所起訴之犯罪極為嚴重（如強盜或殺人罪），而傾向於不排除證據，等於告訴檢警機關，在重罪案件無須遵守法定程序，等於鼓勵檢警機關違法，最後全體人民可能皆蒙其害。

第二，違反無罪推定原則。非法取得之證據是否得為證據，法院必須在審判期日前決定，如認定無證據能力，即不得於審判期日主張之。<sup>16</sup>而被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪，新法第一百五十四條定有明文。依此規定，在審判前決定證據是否應排除時，不論檢察官起訴罪名為何，皆應推定被告為無罪，法院不應認為被告有任何犯罪的危險或實害。因此，在審判期日前，法院為證據排除之決定時，依法應認為被告無犯罪之危險與實害。否則，法院僅根據檢察官起訴之罪名及卷證，即相信被告有犯罪之危險與實害，並進而不排除證據，違反新法第一百五十四條無罪推定之明文規定。

第三，違反程序公平原則，容許一方當事人「操控」結果。如前所述，證據應否排除，法院必須在審判期日前決定。在審判期日前，法院只處理程序事宜，不能、也尚未就犯罪為實體調查，如果法院認定被告有犯罪之危險或實害，等於僅根據檢察官一方當事人提出的書類及卷證，即對尚未調查之犯罪，驟為相信，在程序上並不公平。再者，如法院係依檢察官起訴之罪名輕重，決定證據是否排除，在訴訟技巧上，檢察官為強化犯

<sup>15</sup> 同此見解，詳陳運財，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：「國家機關違反法定程序，如屬侵害憲法保障基本人權之重大違法情事，且從抑制將來違法偵查之觀點而言，容許其做為證據並不適當者，即應否定其證據能力。至於，違反刑訴法上之程序要件，不涉及憲法所保障基本人權之實質侵害者，則採權衡原則，得審酌違反程序之違法情節、侵害被告權益之性質程度及案件之重大性、使用證據與發現真實之必要性等因素，決定系爭證據應否予以排除。」

<sup>16</sup> 第273條第2項規定：「於前項第四款之情形，法院依本法之規定認定無證據能力者，該證據不得於審判期日主張之。」



罪之危險與實害，有可能將重傷害罪以殺人罪起訴，將搶奪罪以強盜罪起訴，即得避免證據之排除。雖然檢察官未必如此「險詐」，但在制度設計上，必須設計一對雙方當事人公平的訴訟程序。退一步言，即令檢察官未濫用訴訟技巧，真誠（但錯誤）認定被告殺人、強盜罪而起訴，法院因為起訴罪名嚴重而在審判期日前不排除證據。然而，審判結果卻發現被告事實上所犯為傷害致死罪、搶奪罪，但證據卻因為檢察官以較重之罪名起訴而不排除，對被告極為不公平。以一方當事人——檢察官——「指訴」之罪名，不予調查即作為證據排除與否之基礎，在訴訟法理上並不正確。

綜上，在決定證據是否排除時，不應考慮犯罪的危險或實害。退一步言，如不接受此一建議，最少在侵犯「憲法」權利時，不應考慮此一因素，只有在侵犯「法律」上之權益，始應權衡此一因素。蓋憲法對全體人民基本權利之保護，不得以任何理由漠視輕忽之，即令人民涉嫌嚴重之犯罪，仍必須依循法律程序偵查、起訴，不得罔顧憲法相當理由與令狀之大原則。只因人民涉嫌嚴重犯罪，即容許偵查機關踐踏嫌疑犯之基本人權，全體民眾必將共蒙其害。

### （三）違背法定程序時之主觀意圖

立法權衡因素第二項要求法院應斟酌「違背法定程序時之主觀意圖」。證據是正義的基石，排除證據就等於排除正義。證據排除法則的目的不在排除正義，而在透過排除證據的目的，達到嚇阻政府機關違法取證，以保障人民憲法上的權利。如政府機關並無違法之故意，甚至無任何過失，排除證據即不能達到嚇阻違法的目的，不應排除之。例如甲因違反交通規則而被警察攔下，警察將甲之姓名輸入電腦，電腦顯示法院已對甲發通緝書，警察於是逮捕甲，於逮捕的過程中發現對甲不利的證據。惟嗣後發現電腦資料錯誤，所謂的通緝事實上早已遭法院撤銷，但法院職員疏忽未將電腦資料更正，致一已被撤銷的通緝仍存於電腦資料。警察對電腦資料錯誤亦完全不知情，警察係客觀合理的相信電腦資料而將甲逮捕，在此情況下取得的證據資料應否排除？<sup>17</sup>

上述情形，英美法稱之為善意例外（Good Faith Exception），證據無須排除。蓋警察有執行法律的義務，對於通緝書所通緝之人，有逮捕之義

<sup>17</sup> 參考 *Arizona v. Evans*, 115 S. Ct. 1185 (1995)。

務，所以警察並無任何錯誤可言。至於通緝書已遭撤銷的錯誤，並非警察或行政體系所造成，而係司法體系所造成，即令將證據排除，對於警察或行政體系也不能產生嚇阻的效果（因為無錯誤）。雖然某甲遭錯誤逮捕，對其權利造成莫大的侵害，但因為排除證據不能產生嚇阻的效果，所以權衡法益，應不排除證據。

警察違反法定程序之主觀意圖，可能包括故意、過失（輕或重過失）、無過失等不同情形。上述善意例外屬於無過失情形，應不排除證據；如政府機關故意違法，法院應傾向於排除證據之決定，對於此二者應無爭議。比較有疑問者，如為過失情形，法院應如何判斷？例如警察巡邏時，聞屋內傳來淒厲之救命聲，警察敲門無人應，救命之聲仍未絕，警察破門而入，結果只是屋主電視未關，但警察依一目瞭然法則在客廳發現毒品。就某程度而言，如警察善盡注意義務，應不會發生此一錯誤，警察對此錯誤搜索，雖非故意，但有過失，證據應否排除？

上述情形，「屋內傳來淒厲不絕之救命聲」，已構成第一百三十一條第一項第三款之相當理由及急迫情形，警察進入住宅的行為，並無過失、亦無錯誤，也未違背法定程序。須知，偵查與審判不同，判決有罪必須達到毋庸置疑的心證始可，搜索、扣押、逮捕（常為懵懂不清的狀態，但必須採取立即的行動）只要有相當理由或相當犯罪嫌疑即可，蓋二者之性質與目的完全不同。所謂的相當理由或相當犯罪嫌疑，一方面代表人民權利的最低保障，一方面代表容許偵查機關的犯錯空間、容許警察的過失行為。因此，與刑法實體法迥異者，刑事訴訟法的重心，在判斷警察行為是否有相當理由或相當犯罪嫌疑，而不在判斷其有無過失。如有相當理由或相當犯罪嫌疑，即令為錯誤，亦為合法行為，不應為證據之排除。如無相當理由或相當犯罪嫌疑，不論其為重過失或輕過失、不論其動機之善惡，因為已逾越法律所容許的錯誤範圍（相當理由已容許偵查機關有相當大的犯錯空間），也破壞憲法保護人民權利之大原則，應排除證據。

1. 美國法善意例外的形成：美國一九八四年 *U.S. v. Leon* 案，警察依據治安法官所簽發的搜索票實施搜索取得證據，嗣後發現該搜索票因不具相當理由而無效，治安法官自始根本不應簽發搜索票，但警察依據搜索票執行時，並不知道搜索票有瑕疵。聯邦最高法院認為，雖然人民的權利受到侵害（本不應該簽發搜索票，卻簽發搜索票，執行搜索時，侵犯人民權

利)，但警察客觀、合理相信搜索票有效，因此而取得的證據不應排除，此為證據排除法則的例外規定，稱之為「善意例外」。<sup>18</sup>主要理由有四：第一，違法搜索係治安法官誤發搜索票造成，非執行搜索的警察所致。證據排除法則自始以來在嚇阻警察的違法，而非制裁治安法官的錯誤。第二，無證據顯示，治安法官有枉顧或侵犯人民憲法權利的傾向；也無證據顯示治安法官常發生錯誤而造成人民權利受侵害，需要以證據排除法則的極端方式予以制裁。第三，即令排除證據，對警察不會有顯著的嚇阻效果。本案警察所為的一切行為皆為合理，任何一個警察處於本案警察的地位，都會為同樣行為，故證據無排除之理。第四，即令排除證據，對簽發搜索票的治安法官，也不會有顯著的嚇阻效果。治安法官為司法機關，基於司法獨立原則，行政機關不能干涉法官獨立審判。排除證據對個別的治安法官，不會產生如行政機關的顯著嚇阻效果。

2. 美國法善意例外的例外：聯邦最高法院指出下述四種情形為善意例外的例外規定，即令警察執有令狀，因此取得之證據，仍適用證據排除法則：第一，令狀聲請人故意或輕率而提出不實之聲請資料：令狀聲請人明知為不實之資訊而據以提出令狀聲請，或聲請人因為輕率致不知所提出之資訊為不實，法院因此簽發令狀。第二，令狀所依據之宣誓書，明顯地無相當理由：令狀所依據之聲請書完全欠缺相當理由，其欠缺之程度，甚至連執法人員也得判斷所謂的相當理由完全不合理。第三，令狀在形式上有瑕疵：例如令狀未詳細描述所欲搜索之處所及所欲扣押之物品，執法人員能自令狀之表面或形式發現令狀有瑕疵。第四，簽發令狀之法官放棄中立超然的角色：例如在 *Lo-Ji Sales, Inc. v. New York* 案，<sup>19</sup>警察聲請令狀搜索、扣押猥褻影帶，法官除核准搜索票外，又於搜索票內授權自己得搜索扣押現場所發現之一切猥褻物品。法官與警察共同至嫌疑犯之商店，當場檢查店中物品是否為猥褻物，若係猥褻物，再當場將該物品記載於搜索票內，當法官執行令狀親自搜索時，此時其已非司法人員，而成為執法體系之官員，已無中立及超然性可言。

---

<sup>18</sup> *U.S. v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984).

<sup>19</sup> 442 U.S. 319 (1979).

#### (四)預防將來違法取證之效果

立法權衡因素第五項要求應斟酌「禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果」。如排除證據能達到預防（或嚇阻）將來非法取證的目的，法院應傾向於為排除證據之決定。反之，如排除證據：1.不能達到此一效果；2.只能達到有限或些微之效果；3.排除之成本遠高於不排除之訴訟法之利益，法院應不排除證據。上述「善意例外」的情形，即屬於第一種情形，即令排除證據，亦不能達到嚇阻效果的目的。至於其他二情形，以下分別舉例說明之。

第一，於審判之論罪程序以外的其他程序，排除證據只能達到些微的嚇阻效果，應不排除證據。法院只要依本書所述理論（即各權衡因素應否排除之判斷），將證據排除法則適用於審判程序中，即能達到嚇阻違法之目的，至於其他程序，應不適用證據排除法則。例如偵查機關「非法」監聽之資料，除得證明犯罪外，亦得證明被告將槍殺證人或湮滅證據。在決定羈押之程序中，如排除監聽資料，檢察官將無法證明合於羈押之必要性，法院也必須駁回羈押之聲請，所造成之社會成本非常可怕（證人被殺、證據湮滅）。一般而言，只有「極端聰明或極端愚莽」的檢警人員，才會為了聲請羈押獲准，而故意非法取證，卻不顧該非法取得之證據是否能在審判中使用。因此，只要在審判程序中排除證據，即能達到應有之嚇阻效果。在羈押程序排除證據，嚇阻效果非常有限，但社會成本卻非常高。證據排除法則為極端的權利救濟措施，應只適用於認定有罪與否的審判程序中，在其他程序，如第一百六十一條第二項之起訴審查、羈押、搜索、鑑定留置、許可、證據保全等強制處分之審查，及法院量刑時，因為各不同程序有其特殊之意義，且排除證據所達到之嚇阻效果非常有限（因為審判中已排除證據），不應適用證據排除法則。例如警察非法取得甲殺人之計畫書記載要如何殺害其他證人滅口。在羈押程序中，檢察官提出此計畫書，請求法院羈押被告，證據應無須排除；當法院依第二百八十八條第四項<sup>20</sup>為科刑資料之調查時，檢察官提出該計畫書，希望證明被告為冷血動物，應處極刑，證據亦無須排除。

第二，在審判程序中，為證明被告陳述虛偽，得使用非法取得之證

<sup>20</sup> 刑事訴訟法第288條第4項規定：「審判長就被告科刑資料之調查，應於前項事實訊問後行之。」

據。例如警察非法侵入甲宅取得其與被害人乙親暱之相片，在甲被訴殺乙之審判中，甲陳述完全不認識乙，也沒看過乙，檢察官提出相片證明甲說謊，相片是否得為證據？本書認為此時因為有更重大的訴訟法利益，且排除證據的效果有限，應容許檢察官提出非法取得之證據。證據得分為彈劾證據與實體證據，同一證據有時不得為實體證據，但得為彈劾證據。所謂的實體證據，指證據提出之目的，在證明該證據所敘事實的真實性，亦即證明犯罪成立或不成立。所謂的彈劾證據，係指所提出之證據，只能彈劾證人或被告之憑信性，但不得證明犯罪事實，也就是說只能以該證據證明證人或被告說謊，但不能以該證據證明犯罪成立或不成立。在上案例，依證據排除法則該相片應排除，不得作為「實體證據」，檢察官不得提出相片證明甲與乙有親暱關係（證明殺人之動機）。惟甲於審判中陳述完全不認識乙，也沒看過乙，檢察官得提出相片證明甲說謊（彈劾證據）。此時該相片提出之目的，只能用於證明甲說謊，但不能以之證明甲乙有親暱關係。蓋審判為極端嚴肅重大之事，不容許虛偽陳述內容成為審判中的證據，被告雖無據實陳述的義務，但如陳述不實，檢察官有揭穿其說謊的權利。<sup>21</sup>此時，不准檢察官提出相片彈劾被告雖有可能達到嚇阻非法之效果，惟此一效果極有限，卻必須犧牲訴訟法上極為重大的利益（審判中不容任何人虛偽陳述），成本過於可觀，所以應不排除證據。

美國在民事訴訟<sup>22</sup>、人身保護令程序（Habeas Corpus）<sup>23</sup>、大陪審團偵查中<sup>24</sup>、預審（Preliminary hearing）<sup>25</sup>、交保程序（Bail proceedings）<sup>26</sup>、量刑程序（Sentencing）<sup>27</sup>等等，證據排除法則皆例外不適用。原因即為將排除可能產生的嚇阻效果及社會成本，與不排除的效果與成本，作利益衡量考慮。例如偵查中是否應適用證據排除法則，美國聯邦最高法院認為排除證據，會影響偵查的速度及效率，其社會成本不可忽略。至於「嚇阻目的」，在偵查中排除非法取得的證據，並不能達到顯著的嚇阻目的。只要審判中排

<sup>21</sup> 參考美國聯邦最高法院 *Harris v. N.Y.*, 401 U.S. 222 (1971)。

<sup>22</sup> *U.S. v. Janis*, 428 U.S. 433 (1976).

<sup>23</sup> *Stone v. Powell*, 428 U.S. 465 (1976).

<sup>24</sup> *U.S. v. Calandra*, 414 U.S. 338 (1974).

<sup>25</sup> *Giordenello v. U.S.*, 357 U.S. 480 (1958).

<sup>26</sup> 18 U.S.C. § 3142(f).

<sup>27</sup> *U.S. v. McCrory*, 930 F.2d 63 (D.C. Cir. 1991).

除證據，即令偵查中允許使用，檢察官雖然提起公訴，在審判中仍不能使用。故在偵查中排除證據之效果微小、為臆測性質，但卻顯著地妨礙偵查的功能。故違法取得的證據，於偵查中無須排除。<sup>28</sup>

#### (五)發現證據之必然性

立法權衡因素第六項要求法院應斟酌「偵審人員如依法定程序有無發現該證據之必然性」，此應係參考美國之「獨立來源」與「必然發現」例外。此二例外，原為毒樹果實原則之例外，惟亦有學者將之擴充解釋成為證據排除法則之例外。所謂獨立來源，例如警察事先有相當理由得逮捕被告、有相當理由得搜索被告住宅內之毒品。但警察未取得令狀，在被告住宅外逮捕被告，並與其一起進入家中（已違反令狀原則），進入房間時發現毒品。警察於是立即返回警察局聲請令狀，待取得搜索票後執行搜索，取得不利被告證據。美國聯邦最高法院判決：警察進入被告屋內的行為係非法（若適用證據排除法則，應排除證據），但因為警察在進入被告家中前，事實上已有得搜索住宅之相當理由，且此相當理由有獨立、合法的基礎，而非源自於非法進入住宅搜索的結果，因此本案證據並不排除。<sup>29</sup>

所謂的「必然發現」，乃指證據雖因檢警機關的不法行為而發現，但即令無該不法行為，依檢警機關既有的偵查行為，證據終將必然發現。例如警察於律師不在場時詢問被告（構成非法取供），誘騙被告供出被害人屍體藏在何處，警察因此發現屍體。被告於審判中請求依毒樹果實原則排除屍體證據，聯邦最高法院認為本案發生在北地寒冬中，屍體被埋藏在雪中不會腐化，而且依搜索隊搜索屍體的方向，已非常接近屍體所在，即令無警察的非法詢問，屍體終必然會被發現，乃判決屍體證據不排除。<sup>30</sup>我國最高法院亦已承認「必然發現」之例外，證據無須排除。<sup>31</sup>

<sup>28</sup> *U.S. v. Calandra*, 414 U.S. 338 (1974).

<sup>29</sup> *Segura v. U.S.*, 468 U.S. 796 (1984).

<sup>30</sup> *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984).

<sup>31</sup> 最高法院96年台上字第4548號判決：「上訴人辯稱：……張騰俊並非現行犯，搜索票上記載之搜索對象亦無張騰俊其人，警員逕自取走其身上之鑰匙開啟倉庫搜索自屬違法，其搜扣之物無證據能力云云……本件承辦員警係持台灣桃園地方法院核發之搜索票執行搜索，依規定本得先命受執行人或實際管理使用該場所之人打開倉庫或交出鑰匙，倘受執行人或實際管理使用該場所之人員不從，亦得逕命鎖匠開啟，以確保搜索之順利執行。……縱認警員為取得鑰匙而搜索張騰俊身體為違法；但承

上述二例外的目的，在不使檢警機關得利用非法行為，而處於較優勢的訴訟地位，但也不使其處於較非法取證「前」更劣勢的地位。最重要者，檢察官對於此一例外，有提出證據與說服的舉證責任，說服法院：剔除非法行為與非法取得之證據，依獨立、合法、既有之偵查行為，系爭證據終將必然發現。若檢察官不能盡此一舉證責任，即推定證據是非法行為的直接或間接結果，原則上應排除證據。

## 伍、當事人適格

### 案例

警察懷疑甲涉嫌強盜，猜測甲將凶刀及贓物藏於其女友乙家中，警察非法進入乙宅搜索，果然發現凶刀及贓物，在被告甲強盜的審判中，該凶刀及贓物應否排除？

警察非法搜索扣押之對象為乙，但乙非刑事審判之被告。甲雖然為被告，但不是非法搜索之被害人。甲既非違法搜索之被害人，是否有權主張證據排除法則？若證據排除法則的目的在保護「個人」權利免於受政府侵害，則甲之權利未受侵害，應不得主張證據排除。若證據排除法則的目的在保護「全體民眾」權利不受侵害，則執法人員已逾越法律，侵犯人民之權利，故證據在甲之審判中仍應排除。

### 一、學說理論

#### (一)個人權利理論

1. 意義：憲法在保護個別、獨立之個人權益，若某一個人權利未受侵害時，該個人即不得主張憲法條文之上之權利，亦不得主張證據排除

---

辦警員即使不自張騰俊身上取出鑰匙，亦得使鎖匠開啟，則如原判決附表一、二所示之物亦必然終將被發現，是縱認員警未依法定程序實施搜索，致程序有所瑕疵，亦不必然導致無該證據使用之結果。況本件證物之扣押係本於搜索票之記載所發動偵查而取得，並非因違法搜索始行發現，則相關證物之發現與違法搜索亦無因果關聯；另就本件搜索之時間、地點及應扣押物之記載，均未逾越合法搜索之範圍，此與偵查機關本於惡意未取得搜索票而恣意搜索取證之情形尚屬有間，原審因認該扣得如原判決附表一、二所示之物具有證據能力，與法尚無違背。」

法則。<sup>32</sup>

2. 美國法參考：聯邦最高法院在 *Alderman v. U.S.* 案<sup>33</sup> 使用「當事人適格」(Standing) 理論，表示：憲法增修條文第四條的權利，只有該權利受侵害之人始得主張；主張證據排除法則之人，必須證明其為搜索扣押的被害人。其中心思想即為個人權利理論。但如何判斷當事人適格？在 *Rakas v. I.L.* 案，<sup>34</sup> 警察非法搜索汽車，被告為乘客，並非駕駛或汽車之所有權人，因為被告對於所搜索之處（汽車）無合理隱私期待，故不能主張證據排除法則。在 *Minnesota v. Olson* 案：被告在其女友家過夜，警察無令狀進入其女友家搜索時，被告得主張證據排除法則。因為在一般人的概念，被告雖然作客，仍對其寢居之房間有合理隱私期待。<sup>35</sup>

3. 批評：證據排除法則向來的目的在嚇阻警察的違法，在保護整體社會。以「個人權利理論」為中心，僅權利受損害之個人得主張證據排除，不能達到嚇阻的目的。等於鼓勵政府機關侵犯第三人權利以取得被告證據。只有權利受侵害的個人，始能主張證據排除法則，如此雖得限縮證據排除法則的社會成本（即有罪者因證據排除而逍遙法外），但卻可能鼓勵警察非法搜索被告以外之他人，與嚇阻目的背道而馳。例如警察雖不得非法搜索被告之住所，但對被告以外之他人則得非法搜索，不受證據排除之處罰，可能的受害者包括被告所有親人、朋友或與被告有商業往來關係之人，可謂「株連甚廣」，其缺點顯而易見。

## (二) 規範理論

1. 意義：憲法條文在規範政府行為，目的在保護全體民眾，而非僅保護單一個別之個人，即令本人權利未受政府侵害，只要政府違反法律侵犯他人權利，本人（任何人）皆得主張證據排除法則。

2. 立法例：加利福尼亞州採取「規範理論」，凡執法人員非法搜索扣押的證據，不論係侵害被告或他人的權利，在任何審判皆禁止使用。<sup>36</sup>

<sup>32</sup> Anthony G. Amsterdam, *Perspectives on the Fourth Amendment*, 58 Minn. L. Rev. 349, 367 (1974).

<sup>33</sup> 394 U.S. 165 (1969).

<sup>34</sup> 439 U.S. 128 (1978).

<sup>35</sup> 495 U.S. 91 (1990).

<sup>36</sup> *People v. Martin*, 290 P.2d 855 (Cal. 1955).



3. 批評：只要政府有非法行為，任何人皆得主張證據排除法則，固然可達到嚇阻效果，但社會成本過鉅，對犯罪偵查有不利影響。例如警察懷疑被告甲為竊賊，非法搜索其住宅以求贓物，卻意外發現屬於乙之龐大槍械或毒品。若將槍械毒品證據排除，固然可達到嚇阻違法之目的，卻使乙在權利完全未受損之情形下，無端「不當得利」而倖逃法網，嚴重影響犯罪之偵查打擊，實非全民之福。

### (三) 目標理論

1. 意義：若政府機關鎖定被告為調查對象、目標後，故意侵犯第三者的權利以搜索不利被告的證據，即令被告非權利之受害者，亦得主張證據排除法則。理由為：當檢警鎖定被告為目標，適用證據排除法則，比較能產生嚇阻的效果。因為目標（被告）雖非權利之受害者，仍得主張證據排除法則，檢警比較不會非法侵害第三人之權利。

2. 優點：以檢警是否鎖定被告為調查對象，作為被告是否有權主張證據排除法則的判斷標準，較能避免「個人權利理論」或「規範理論」的缺點。在「目標理論」下，只要警察鎖定被告為偵查目標，如有違法搜索被告親友之情形，被告即得主張證據排除法則，得防止警察以「株連」的方式，對其他人非法搜索，能達到嚇阻的效果。再者，以前述案例警察搜索甲之住所，意外發現屬於乙之槍械、毒品案為例，只要警察未鎖定乙為目標，證據即不應排除，得避免乙因為不當得利而逍遙法外。

3. 缺點：舉證困難、判斷不易。在「目標理論」下，非法取得之證據應否排除，取決於檢警是否已鎖定被告為目標。為避免證據之排除，檢警可能會謊稱尚未鎖定被告為「目標」。在舉證責任上，檢警是否鎖定被告為目標，似亦應由被告負舉證責任，被告在舉證上常極難證明檢警已鎖定其為目標。再者，檢警在偵查階段調查犯罪，為一抽絲剝繭的漸進方式，有時固得輕易判斷檢警是否已鎖定某人為犯罪行為人，有時檢警僅根據其「預感」或「懷疑」辦案，連檢警本人亦無法確信是否已鎖定某人為目標。若如此，法院在判決檢警是否已鎖定某人為犯罪行為人，有事實認定上的困難。

## 二、我國法應有之解釋

在思考此問題時，立法權衡因素第二項「違背法定程序時之主觀意

圖」、第三項「侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重」、第五項「禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果」應予以高度的重視。據此推論如下：(一)如執法人員係「故意」違背法定程序搜索第三人而取得證據，考慮立法權衡因素第三項（違法之主觀意圖）、第五項（嚇阻之效果），應排除證據，以遏抑故意之違法，預防將來違法取證。而此一情形又包括：1. 執法人員係「故意」違背法定程序搜索甲之住宅，希望得到甲之證據，結果未發現甲之證據，卻意外發現乙之證據。2. 執法人員已鎖定「甲」為調查對象，知道甲將證據藏於乙宅，故意違背法定程序搜索「乙」宅取得對甲不利之證據。

(二)如執法人員「非故意」違背法定程序，考慮立法權衡因素第二項、第三項、第五項，不應排除證據。此一情形主要指警察非法搜索第三人，卻意外發現對被告不利證據之情形。

(三)舉證責任：只要執法人員違背法定程序，即應由檢察官舉證證明係「非故意」違背法定程序，否則應認定為「故意」違背法定程序。蓋違背法定程序究竟出於故意或非故意，此一資訊皆為執法人員所掌握，依舉證責任法理，自應由檢察官舉證。

## 陸、供述證據

供述證據是否適用第一百五十八條之四？應分為下述不同情形分別論述：一、公務員違背法定程序取得被告以外「他人」之供述證據，是否得成為「被告」之證據？二、公務員違背法定程序取得「被告」之不利陳述，是否得成為「被告」之證據？

### 一、被告以外之人之供述

被告以外之人之供述，可分為：審判中做成、審判外做成，以下分別論述。

#### (一)於審判中之供述

在第一百五十八條之四通過之前，最高法院即宣示違背法定程序取得被告以外他人之供述證據，「絕對」不得為證據。例如違背有關證人或鑑定人具結之規定，所取得之「證人或鑑定人」之陳述，不得成為「被告」

之證據。<sup>37</sup>又如在舊法時代，「共同被告」之自白雖得成爲其他「被告」之證據，<sup>38</sup>但如該共同被告之陳述有瑕疵，即應適用第一百五十六條規定而不得爲證據。<sup>39</sup>在上述案例情形，違背法定程序取得「共同被告、證人或鑑定人」之供述證據，其不得爲證據之法源依據，分別爲第一百八十七條、第二百零二條、第一百五十六條，法院對於此種證據無「裁量」之餘地，一律不得爲證據。蓋對於證人、鑑定人或共同被告之「供述」證據應以如何之方式取得，刑事訴訟法已有極爲詳密之規定，其目的在確保程序之公平並幫助發現真實（例如命證人具結），如違反該等程序規定，該「供述」證據應「絕對」不得爲證據，法院無裁量之餘地。在第一百五十八條之四通過之「後」，以上所舉違背法定程序取得之「供述」證據，亦應「絕對」排除，法院無裁量之餘地，而其法源依據爲公務員所違背之各程序法規定（如第一八七條、第二〇二條），例如證人在審判中陳述，原則上應依第一百八十六條規定具結；如證人應具結而未具結，依第一百五十八條之三規定，絕對不得作爲證據，法院無裁量餘地。

再舉一證人之「供述」證據爲例說明之：依第六十三條第一項規定，審判長、受命法官、受託法官指定期日行訴訟程序者，應傳喚或通知訴訟關係人使其到場。又當事人及辯護人得於訊問證人、鑑定人或通譯時在場，其訊問之日、時及處所，法院應預行通知，亦爲舊法第二百七十六條第三項所明定。如法院傳喚並訊問證人，卻未依上述規定通知當事人及辯護人，所取得之證人「供述」是否得爲證據？最高法院過去認爲只要將證

<sup>37</sup> 例如最高法院34年度上字第824號判例：「原審就證人某甲之調查，並未於訊問前或訊問後命其具結，又未說明不得令其具結之原因，按之刑事訴訟法第一百七十三條第一項規定，關於該項證言之採取，不能謂非違法。」最高法院69年度台上字第2710號判例：「鑑定人應於鑑定前具結，其結文內應記載必爲公正誠實之鑑定等語，爲刑事訴訟法第二百零二條所明定，卷查會計師俞某原審係以證人之身分傳喚其到庭陳述其查帳情形，而所具之結文，亦爲證人結文，該會計師提出查帳報告，原審未命履行鑑定人具結程序，其在程序上既欠缺法定條件，即難認爲合法之證據資料，原判決竟以該會計師之查帳報告據爲被告無罪之判決基礎，自屬於法有違。」

<sup>38</sup> 最高法院20年度台上字第1875號判例：「共同被告所爲不利於己之陳述，固有證明其他共犯犯罪之效力，但其陳述有無疑實，乃能否採信，法院於職權範圍內，仍應予以相當之調查。」

<sup>39</sup> 最高法院46年度台上字第419號判例：「共同被告不利於己之陳述，固得採爲其他共同被告犯罪之證據，惟此項不利之陳述，須無瑕疵可指，而就其他方面調查，又與事實相符，始得採爲其他共同被告犯罪事實之認定。」

人筆錄向被告提示並告以要旨後，即可為合法無瑕疵之證據。<sup>40</sup>惟在大法官釋字第三八四號解釋後，最高法院已採取新的見解，認為上述情形取得之供述證據應絕對無證據能力，而其理論基礎為「真實發現」與「程序公平（保障人權）」。<sup>41</sup>

## (二)於審判外之供述

被告以外之人於審判外之陳述，依第一百五十九條第一項規定，原則上不得為證據，法院無裁量之權。如合於例外規定（第一五九條之一至第一五九條之五），則依法具證據能力，法院亦無裁量之權。

## 二、被告之供述

就被告之「自白或不利陳述」，何時得為證據，何時不得為證據，應依自白法則判斷之。自白排除之理論基礎為：(一)真實性，(二)任意性，(三)預防性，(四)嚇阻性（詳本書「自白法則」章）。

在真實性、任意性之自白法則，自白應否排除之重點，在於自白內容是否真實、是否為非任意性的產物，如果自白與事實不符或非任意性，即須排除之。例如警察強迫被告認罪，法院判斷之重點在於自白是否為真實

<sup>40</sup> 最高法院25年度上字第1822號判例：「受命推事於審判期日前訊問證人，依法係得由當事人或辯護人到場，並非以上開人等在場為必要，故訊問證人時，縱令被告及其辯護人未到，而審判期日已將此項證言之要旨告知被告，予以辯解之機會者，其採用該項證言，不能以此指為違法。」

<sup>41</sup> 最高法院92年度台上字第3421號判決：「除刑事訴訟法有特別規定外，審判長、受命法官、受託法官或檢察官指定期日行訴訟程序者，應傳喚或通知訴訟關係人使其到場，為該法第六十三條第一項所明定，又當事人及辯護人得於訊問證人、鑑定人或通譯時在場，其訊問之日、時及處所，法院應預行通知，復於同法第二百七十六條第三項著有明文。而同法第一百六十六條第一項又規定：『證人、鑑定人由審判長訊問後，當事人及辯護人得直接或聲請審判長詰問之』，是法院定調查期日踐行證據調查程序時，自應傳喚被告及通知其辯護人到場，以便渠等行使詰問權。而前述被告詰問權之規定，旨在發現真實及保障人權，應屬被告之基本訴訟權；司法院大法官會議釋字第三八四號解釋……已明示被告對證人之詰問權係被告之基本訴訟權，應受憲法之保障；又被告對證人之詰問是否僅止於提示證人之訊問筆錄或告以要旨為已足？其所為之答辯是否僅限於對證人筆錄內容之承認或否認？僅提示訊問證人筆錄並告以要旨，在形式上，雖已踐行調查程序，然實質上仍屬有違被告訴訟基本權之保障，且妨礙實體真實之釐清。」

或是否為非任意性的產物；至於犯罪的嚴重性、警察的主觀意圖、排除自白的效果等等因素（第一五八條之四的權衡因素），法院不但不能考慮，甚至也不應絲毫受該等因素之影響。所以，自白與事實不符者，應依第一百五十六條第一項排除之；自白雖與事實相符，但如係不正方法取得或非出於被告之自由意志者，亦應依第一百五十六條第一項排除之，法院絕無裁量之餘地，最高法院亦同此見解。<sup>42</sup>

司法警察詢問被告未錄音、錄影，違反第一百條之一第一項，自白應否排除之關鍵在於自白是否具真實性、任意性？如為肯定，自白即不應排除；如為否定，自白即應排除，絕無模糊、妥協之餘地（自白排除與否關係重大）。<sup>43</sup>只是在判斷上，自白究竟是否具真實性或任意性，殊難斷定。因此，在當事人有爭執時（如被告不爭執，即推定自白具任意性），如檢察官已證明自白具真實性、任意性，該自白應即得為證據，殊不因偵查機關違反錄音、錄影，而否定經證明為真實性、任意性自白之證據能力。所以，在判斷違反錄音、錄影的自白證據能力，法院根本不應考慮立法所列七項權衡因素。以「犯罪所生之危險或實害」為例，法院豈可因所犯為殺人罪，而傾向於不排除自白（即認定自白為真實、任意）；因所犯為偷竊罪，傾向於排除自白（認定自白為非真實、非任意否）？以「發現

<sup>42</sup> 最高法院96年度台上字第3102號判決：「按刑事訴訟法第一百五十八條之四規定：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。因此，實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其證據能力之認定，如法律另有規定，即應依其規定，必法律未另有規定，始應審酌人權保障及公共利益之均衡維護認定之。又被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，方得採為證據，此觀刑事訴訟法第一百五十六條第一項之規定自明。故該項自白，如係出於上列之不正方法，即無論其是否與事實相符，根本上已失其證據能力，不得採為判斷事實之證據資料。而此項規定乃屬上述法條所稱之『法律另有規定』。」

<sup>43</sup> 詳最高法院92年度台上字第2910號判決：「刑事訴訟法第一百條之二雖有準用同法第一百條之一第一項之規定，即司法警察（官）詢問犯罪嫌疑人，除有急迫情況且經記明筆錄者外，應全程連續錄音；必要時，並應全程連續錄影。然考其立法目的，在於建立詢問筆錄之公信力，並擔保訊問程序之合法正當；亦即在於擔保被告對於訊問之陳述，係出於自由意思及筆錄所載內容與其陳述相符。如被告之陳述係屬自白，並基於自由意思而非出於不正之方法，且其自白之陳述與事實相符，縱令對其訊問時未經全程連續錄音或錄影，致訊問程序稍嫌微疵，仍難謂其自白之筆錄，無證據能力。」