

司法警察與證據排除法則

林俊益

(臺灣高等法院法官/國立政治大學法律學博士)

目次

壹、前言
貳、證據排除法則之意義
一、美、德、法有關證據排除法則之意義
二、我國法之證據排除法則
參、立法背景介紹
一、最高法院研擬修正條文及相關判決
二、最高法院第一件採行證據排除法則之判決
三、立法明文逐一採行證據排除法則
四、相對排除法則與絕對排除法則
肆、證據排除法則之類型
一、司法警察官之詢問筆錄
二、違反告知義務
三、警詢筆錄未全程錄音
四、違反禁止夜間訊問之規定
五、陷害教唆
六、監聽
七、違法搜索
八、非法扣押
九、私人錄音
伍、結論

壹、前言

刑事訴訟之目的，在於「發見真實」與「保障人權」，但是並不得為求發見真實而不計任何代價或不擇任何手段。刑事訴訟之發見真實，必須在實質正當法定程序下進行，始為法所許。關於違反法定程序所取得之證據，該證據是否有證據能力，在美國、日本及德國，向來在證據法則上受到激烈地討論，在我國學界，早年雖亦有學者著文討論（註1），惟在我國過去採行職權進行原則之架構下，證據排除法則並未為實務所採用（註2）（偶見例外（註3））。民國84年，司法院大法官會議作成第384號解釋，提出實質正當法律程序（註4）之理念，從此改變我國實務之運作，最高法院於民

（註1）例如，蔡墩銘：「違法搜索所得證據應予排除」，自由時報民國84年6月8日第7版；蔡墩銘：「通訊監聽與證據排除」，刑事法雜誌第39卷1期（民國84年2月），頁1～11；陳撲生：「論刑事訴訟之證據排除與禁止（一）、（二）、（三）、（四）」，軍法專刊第38卷第8期（民國81年8月）第2頁以下，第9期（民國81年9月）第2頁以下，第10期（民國81年10月）第2頁以下，第11期（民國81年11月1日），頁2以下；張麗卿：「論違法取得證據之排除（二）」，軍法專刊第33卷第4期（民國76年4月1日），頁28以下；法治斌：「論違法搜索所得證據之排除」，政大法學評論第25期（民國71年6月），頁61以下；洪禎雄：「論證據排除法則」，政大法學評論第25期（民國71年6月），頁53以下。

（註2）例如，71年台上字第6140號判例要旨：「證據已在審判期日顯出於審判庭，經法院就其是否可信為直接之調查者，即得採為判決之基礎。現行我國刑事訴訟制度，就證據之蒐集與調查，並不僅限於在法院始得為之，檢察官之偵查不論矣，即司法警察官或司法警察依刑事訴訟法第二百二十九條至第二百三十一條之規定，亦有協助檢察官偵查犯罪之職權，若司法警察單位所為證據調查之資料，法院得依直接審理之方式加以調查者，仍具有證據能力。上訴人徒以原審將警訊資料作為判決之基礎，即謂其有違刑事訴訟法第三百七十九條第十款規定，自非可採。」（註：本則判例於92.5.20.經最高法院92年度第9次刑事庭會議決議自92.9.1.起不再援用）。

（註3）但偶爾亦可見到有證據排除法則觀念之判決，例如，85年度台上字第4888號判決要旨：「證人之訊問，依刑事訴訟法第一百九十二條準用同法第九十八條之規定，應出以懇切之態度，不得以強暴、脅迫、利誘、詐欺及其他不正之方法。如違反此項程序禁止之規定，其陳述缺乏信用性，不認有證據能力。」

（註4）關於「實質正當之法律程序」，可參閱，陳運財：「刑事訴訟與正當之法律程序」，月旦法學（1998年9月）。何賴傑：「正當法律程序原則—刑事訴訟法上一個新的法律原則？」刊於「正當法律程序原則之內涵與落實」學術研討會，憲政時代25卷4期（2000年4月），頁33～53。

日新 第二期 (2004.1)

伍、證據法專欄

國87年間成立「學術研究會」(註5)，曾研擬「違法蒐集證據排除法則」之條文，最高法院87年度台上字第4025號判決，對違法監聽所得之證據資料，首先運用證據排除法則以決定該證據有無證據能力，成為最高法院第一件採行證據排除法則之重要判決！民國92年2月6日公布修正刑事訴訟法，增訂有關「證據排除法制」之原則性規定，即第158-4條規定：「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。」正式開啓我國刑事訴訟法制採行證據排除法則之新頁，影響深遠！

法務部於民國九十二年十月十七日以法檢字第○九二○八○四三一六號函臺灣高等法院檢察署，並副知司法院秘書長，謂：「刑事訴訟法修正條文已於九十二年九月一日全面施行，因應新法採取證據排除法則，為確保證據能力以發揮打擊犯罪之效能，並兼顧程序正義以保障人權，請轉知所屬檢察官於承辦案件時如發現司法警察人員蒐集及保全證據有重大違反程序之情形，應函知該管機關並副知其上級機關督促改進。」司法院亦於九十二年十一月十七日以(九二)院台廳刑一字第第二八七七一號函臺灣高等法院，謂：「九十二年九月一日新修正刑事訴訟法施行後，法院如發現司法警察人員蒐集及保全證據有重大違反程序者，請

於案件審結時，檢陳具體情形及資料陳報本院，俾彙整轉送司法警察機關督促改進。」由此可知，司法警察人員於蒐集或保全證據時，對九十二年九月一日施行之刑事訴訟法有關證據排除法則之規定，有全面瞭解之必要，對實務運作更應全面熟悉，爰就證據排除法則如何在我國最高法院判決中萌芽、生根、發展，予以介紹分析說明如下，俾利司法警察人員對我國之證據排除法則實務，正確的瞭解與適用！拙文思慮未週之處，尚請學者專家賜教指正。

貳、證據排除法則之意義

一、美、德法有關證據排除法則之意義

證據排除法則，原肇始於美國法制(註6)，有其各種理論基礎(註7)及目的(註8)。關於證據排除法則之意義，依美國法之觀點而言，係指政府偵查人員違反禁止不合理之搜索或逮捕、扣押之規定(美國聯邦憲法第4修正案之保障規定)而蒐集之證據，在刑事訴訟程序中，如檢察官作為據以證明被告有罪之證據時，法院應認該證據不具容許性(即無證據能力)之法則(註9)。如依德國法之觀點而言，證據排除法則則稱為「證據使用禁止之原則」，禁止法院將違反證據取得禁止之規定所取得之證據，採為裁判之基礎，此種禁止使用之效果，緊接著國家機關違法取證之事實而來，因而學說上稱為「非自主性之證據使用禁止」(註10)。由於偵查犯罪之人員，之所以要

(註5) 請參閱，最高法院學術研究會編印，「刑事訴訟起訴狀一本主義及配套制度法條化研究報告(上)、(下)」，民國88年4月印行，90年10月印行。

(註6) 關於美國證據排除法則之緣起、發展、理論與實務運作，請參閱，林輝煌，論證據排除——美國法之理論與實務，元照出版社，2003年9月初版一刷。

(註7) 關於美國證據排除法則之理論基礎，可參閱，王兆鵬：「證據排除法則與電腦資訊錯誤」，收錄於氏著，刑事被告的憲法權利，1999年3月，頁17以下。

(註8) 請參閱，王兆鵬：「證據排除法則之性質與目的」，收錄於，刑事證據法則之新發展(黃東熊教授七秩祝壽論文集)，學林出版社，2003年6月，頁215以下。

(註9) 黃朝義：「論證據排除法則」，收錄於，刑事訴訟之運作(黃東熊教授六秩晉五華誕祝壽論文集)，五南圖書出版公司，民國86年11月初版一刷，頁114~115；黃朝義，刑事訴訟法(證據篇)，元照出版社，2002年11月，頁51以下。

(註10) 林鈺雄：「從基礎案例談證據禁止之理論與發展」，收錄於，刑事訴訟之運作(黃東熊教授六秩晉五華誕祝壽論文集)，五南圖書出版公司，民國86年11月初版一刷，頁16~17；刑事訴訟法上冊(總論編)，2003年9月3版，頁508。王梅英，證據能力與嚴格證明之研究，司法院印行，司法研究年報第20輯第11篇，頁126。

違法蒐集證據，其目的在於證明被告有罪，是以如將偵查犯罪人員違法蒐集之證據予以排除，偵查犯罪之人員即無違法蒐集證據之動機，則人民之權利即更有保障（註11）。

偵查人員違法蒐集所取得之證據，可分為「供述證據」與「非供述證據」，前者，主要是對被告（或犯罪嫌疑人）或其他人偵訊時違法取得之供述筆錄而言（被告陳述，有自白法則之適用；被告以外之人於審判外之陳述，有傳聞法則之適用）；後者，主要是針對違法搜索、扣押所蒐集之證據（物證、書證）而言。一般而言，證據法上所謂之違法蒐集證據之排除法則，主要是適用於偵查犯罪之人員違法蒐集之物證（註12）、書證而言。

由上分析可知，美、德法制下之證據排除法則，(1)規範之對象，係法院之審判行為，授權法院將違法蒐集所得之證據，基於一定之條件下，予以排除使用。(2)排除之證據，主要是指政府（偵查人員）非法所取得之證據，至於私人非法取得之證據，則不適用證據排除法則（註13）。(3)排除之證據，主要是指非供述證據之物證或書證而言。

二、我國法之證據排除法則

所謂證據排除法則，依民國92年2月6日公布修正刑事訴訟法第158-4條之規定：「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。」茲分析其適用要件如下：

1. 規範之對象，係法院之審判行為。

2. 排除之證據，係實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，所謂「實施刑事訴訟程序之公務員」（註14），係指司法警察（官）、檢察事務官、檢察官、法官（並非僅限於偵查犯罪之人員）而言，並不包括私人在內（註15），故私人非法所取得之證據，並不適用本文所論之證據排除法則。

3. 排除之證據，包括「供述證據」與「非供述證據」二種（詳見立法說明）。

4. 證據應否排除，除法律另有規定外，原則上，採相對排除法則，並非絕對排除法則，非謂一有違背法律規定，即一概認無證據能力（註16）。

5. 排除之基準，應審酌人權保障及公共利

（註11）王兆鵬：刑事訴訟講義（一），元照出版社，2003年3月2版1刷，頁28。

（註12）黃朝義：「再論證據排除法則」，收錄於，最高法院學術研究會編印，「刑事訴訟起訴狀一本主義及配套制度法條化研究報告（下）」，民國90年10月印行，頁319。

（註13）王兆鵬，刑事訴訟講義（一），頁56～57；黃朝義：「論證據排除法則」，頁127。

（註14）王兆鵬：「證據排除法則」，司法周刊第1150期。

（註15）王兆鵬教授謂：「如告訴人惡意侵入他人住宅取得證據，依新法第一五八條之四規定，法院仍容許該證據之證據能力。」請參閱，王兆鵬：「證據排除法則之性質與目的」，收錄於，刑事證據法則之新發展（黃東熊教授七秩祝壽論文集），學林出版社，2003年6月，頁228。

（註16）91年度台上字第7366號判決要旨：「刑事訴訟法第一百條之二準用第一百條之一第二項之規定，司法警察（官）詢問犯罪嫌疑人製作之筆錄，如與錄音或錄影之內容不符者，除有急迫情況且經記明筆錄者外，僅其不符之部分，明定不得作為證據；至於非因急迫情況且記明筆錄，而未全程連續錄音或錄影之陳述，依同法條準用第一百條之一第一項，固屬違背法定程序取得之供述證據，但其有無證據能力，則應依均衡原則，權衡個案違背法定程序之情節、侵害權益之種類及輕重、犯罪所生危害程度等情狀，兼顧人權保障及社會秩序與公共利益之均衡維護，作為判斷之準據，非謂一有違背，即一概認無證據能力。共同被告謝鍾○鶴於偵查中陳稱：「當天警察來了很多人，我心裡害怕，我說的不實在，其實照相機是我晚上回來時在鞋櫃上檢到……」，係指其於法務部調查局（下稱調查局）調查員詢問時之陳述與事實不符，非謂該筆錄記載與其當時之陳述不符。原判決以謝鍾○鶴否認有自白之事實，其調查筆錄未經合法錄音為由，遽認欠缺證據能力，並未依前揭均衡原則，具體說明何以欠缺證據能力之理由，已難謂為適法。至共同被告彭林○英於偵查中陳稱調查筆錄係調查員自己寫的，伊並沒有那樣說云云，固指調查筆錄記載與其陳述內容不符。惟縱調查人員詢問時，未

日新 第二期 (2004.1)

益之均衡維護，依比例原則決定之，立法理由列有七項決定基準（註17），可供參考。

關於證據排除法則之意義，最高法院92.5.15.92年度台上字第2677號判決要旨謂：「刑事訴訟法上『證據排除法則』，係指將有證據價值，或真實之證據因取得程序之違法，而予以排除之法則。而私人之錄音、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。惟依通訊保障及監察法第二十九條第三款之規定『監察者為通訊之一方或已得通訊之一方事先同意，而非出於不法目的者，不罰』，通訊方一方非出於不法目的之錄音，所取得之證據，即無證據排除法則之適用。」將私人違法取得之證據，亦認為有證據排除法則之適用，殊值進一步研究。

92.9.1.新法施行後，最高法院第一件有關證據排除法則之判決如下：92.9.3.92年度台上字第4790號判決要旨：「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，刑事訴訟法第一百五十八條之四有明文規定。原審以警方於九十一年四月十七日對共犯周○明之電話監聽錄音及其譯文，作為認定上訴人犯罪證據之一，然卷附九十一年士檢惠監字第三十四號「通訊監察書電話附表稿」並未記載九十一年

四月十七日對○九一一五○○六○九號電話之監聽為合法監聽（見第一審卷第六十三頁），則此部分之監聽是否依法定程序為之，如非依法定程序取得該電話通話錄音，如何審酌人權保障及公共利益之維護，而認其有證據能力，原審就此未為調查、說明，即遽行判決，顯有違誤。」可供參考。

參、立法背景介紹

一、最高法院研擬修正條文及相關判決

民國84年，司法院大法官會議作成釋字第384號解釋，提出實質正當法律程序之理念後，學者重新再提有關證據排除法則之重要論文（註18），基層法院有亦漸漸出現有關證據排除法則之標竿判決（註19）。此外，最高法院於民國87年3月1日起以「最高法院學術研究會」之名義，著手研究修正刑事訴訟法之重要議題，其中曾草擬第156-1條（違法蒐集證據排除法則）：「違反法定程序取得之證據，法院認容許其作為認定事實之依據有害於公平正義者，應排除之。」「前項情形，對於本法另有不得作為證據之規定，不生影響。」其【修法說明】如下：

（一）基於以正當之法律程序保障被告人權和維護司法之純潔性（clean hand）的理論基礎，以及抑制偵查機關違法偵查之政策上之理由，對於違法蒐集取得之證據，原則上應予排除，是美日等國早已確立多時的法則，在德

就彭林○英之陳述全程錄音或錄影，原判決亦未依前揭均衡原則，說明此違背法定程序取得之調查筆錄何以無證據能力，逕認不得採為對詹○隆論罪科刑之依據，亦有違誤。」

（註17）但最高法院92年度台上字第2574號判決列有八項決定基準。

（註18）例如，黃朝義：「論證據排除法則」，林鈺雄：「從基礎案例談證據禁止之理論與發展」，以上二文，收錄於，刑事訴訟之運作（黃東熊教授六秩晉五華誕祝壽論文集），五南圖書出版公司，民國86年11月初版一刷，分別從美日及德國法討論證據排除法則（或證據禁止法則），立論精闢，許多基層法院判決均受啓蒙，功德無量！特此致敬！

（註19）例如，臺灣士林地方法院87年度易字第841號判決【違法搜索所得之證據】（王梅英法官判決）、88年度訴字第2號判決【毒樹果實】（王梅英法官判決）、臺灣臺北地方法院87年度訴字第356號判決【違法訊問所得之證據】（葉建廷法官判決）、88年度訴字第826號判決【未全程錄音之警詢筆錄】（楊代華法官判決）、臺灣花蓮地方法院85年度易字第989號判決【非法逮捕違法取得之警詢自白及尿液】等等判決，開風氣之先，令人敬佩！有關此等判決全文，收錄於，林鈺雄主編，刑事訴訟法（分科六法），學林出版社，2002年3月版，頁963~1010。

國，基於尊重人性尊嚴及公平正義的觀點，亦有證據禁止理論之適用。

我國刑事訴訟法第一百五十六條第一項對於被告非任意性之自白設有證據排除之規定，基本上亦出於相同之概念，惟對於其他違反法定程序取得之證據，是否應予排除，因乏明文規定，致使法院對偵查機關蒐集證據程序的適法性未能為積極的司法審查。惟依大法官會議釋字第四百一十八號解釋，憲法第十六條保障人民有訴訟之權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權利；又依釋字第三百八十四號解釋，憲法第八條第一項所稱「依法定程序」，係指凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，國家機關所依據之程序，須以法律規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第二十三條所定相關之條件；再依釋字第三百九十六號解釋，憲法第十六條訴訟權之保障亦應本於正當法律程序之原則，予以當事人充分之程序保障，足見保障人權、公平法院、正當法律程序及司法之純潔性乃我國憲法所揭示刑事程序之基本精神，從而容許違法取得之證據，作為認定有罪之依據，即違反上述憲法所揭示之基本精神，自有必要於刑事訴訟法中明定違法取得證據之排除法則。按違法取得之證據，因其違反法定程序的型態、方法及情節輕重等互有差異，如何判斷有害於審判之公平正義而應予排除，各國之判斷基準並非一致。例如，依日本最高法院昭和五十三年九月七日（刑集三十二卷六號一六七二頁）判決揭示：「證物之扣押等程序如有踐踏憲法第三十五條及刑事訴訟法第二百一十八條第一項令狀主義精神之重大違法情事，且從抑制將來違法偵查之觀點而言，容許其作為證據並不適當時，應否定其有證據能力。」另外，在美國固早於1914年聯邦最高法院Weeks判決中即確立違法證據排除法則，惟其後法院

斟酌個案之具體情節，先後於1980年Crews一案中揭示獨立泉源（Independent Source Exception）之例外法則，於1984年Nix一案中揭示不可避免發現（Inevitable Discovery Exception）之例外法則，同年Sheppard一案中揭示善意誠實（Good faith Exception）之例外法則，於Quarles一案中再揭示公共安全（Public Safety Exception）之例外法則。另美國法律協會（American Law Institute）於1975年編訂「有罪答辯前之程序模範準則」（A Model Code of Pre-Arrest Procedure）時於其第二百九十條之二，及北卡羅萊納州等州於立法時皆曾試圖擬議，法院於判斷違反法定程序取得之證據是否應予排除時，所應綜合考量事項如下：

1. 違反法定程序之情節。
2. 違反法定程序之主觀意圖。
3. 侵害犯罪嫌疑或被告權益之種類及輕重。
4. 犯罪所生之危險或實害。
5. 禁止使用該證據對於預防偵查機關違法偵查之效果。
6. 偵查機關發現該證據之必然性。
7. 證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度。

可知違反法定程序取得之證據應否排除，仍需本諸憲法所揭示之人權保障、公平法院、正當法律程序、司法之純潔性及比例原則等基本精神，綜合考量容許該違法證據作為認定事實依據，苟有害於審判公平正義，乃法院判斷證據應否排除之最高原則，至於具體排除理由，應由法院本諸我國立憲精神，斟酌上開美、日判決所揭示之法則，按個案違法情節，綜合裁量後，認定之。

（二）惟因本法已設不得作為證據使用之特別規定，例如第一百五十六條第一項之自白任

日新 第二期 (2004.1)

伍、證據法專欄

意性法則、傳聞法則等，此時即應直接依各該規定適用之，毋庸再依本條第一項判斷其違法是否有害於審判之公平正義後，始得排除。故增訂本條第二項，以示本條第一項之規定對於既有之證據能力的規定，不生影響。

二、最高法院第一件採行證據排除法則之判決

最高法院有上開共識後，隨後在相關判決裡，闡揚證據排除法則之理念，茲列舉第一件判決，以供參考。

87年度台上字第4025號判決要旨：「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、三九六、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。」

三、立法明文逐一採行證據排除法則

之後，最高法院陸續在許多判決中一再闡揚證據排除法則（詳如後述），證據排除法則之立法建制業已成熟，是以嗣後之刑事訴訟法修正中，逐一將證據排除法則之理念予以立法明文化，茲分別說明如下：

（一）民國90年1月12日修正刑事訴訟法

增訂第416條第2項：「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。」

（二）民國91年2月8日公布修正刑事訴訟法增訂第131條第4項：「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。」明文規定，採取相對排除法則以排除非法搜索所取得之證據。」（註20）

其立法理由謂：「按刑事訴訟須兼顧程序公正及發現實體真實，對於違背法定程序搜索所得之證據，其證據能力是否受影響，在英美法系國家，雖有判例長期累積而形成證據排除法則（Exclusionary Rule of Evidence），可將違法取得之證據事先加以排除，然而基於治安之要求及現實之需要，亦有許多例外情形，且例外之適用有漸廣之趨勢。在日本，因戰後受美國影響，對違法之取證採取相對排除理論；而德國之「權衡理論」，亦為多數主張，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，以決定是否有證據能力。由此可知當前證據法則之發展，外國立法例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，又能兼顧真實之發現。因此，對於逕行搜索後未陳報法院或被法院撤銷者，不應不分情節，一概強制排除其證據能力，應依比例原則及法益權衡原則加以權衡，以避免僅因程序上微小瑕疵，致使許多與事實相符之證據，無例外地被排除。而現行法第四百十六條第二項即已採納上開精神，規定搜索經撤銷者，審判時法院得宣告所扣得之物，不得作為證據。換言之，由法官於個案審理中，斟酌：（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

（註20）王兆鵬教授批評說：「法院應如何判斷或行使裁量權，完全未作任何指示，遑論其性質為何。」請參閱，王兆鵬：「證據排除法則之性質與目的」，收錄於，刑事證據法則之新發展（黃東熊教授七秩祝壽論文集），學林出版社，2003年6月，頁228。

重。(四)犯罪所生之危險或實害。(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無發現該證據之必然性及(七)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權衡之。爰增訂第四項之規定,使審判時法院,於斟酌人權保障及公共利益之均衡維護原則下,作為認定證據能力有無之標準,以兼顧理論與實際,而應需要。」(註21)

(三)92年2月6日公布修正刑事訴訟法

民國92年2月6日公布修正刑事訴訟法,增訂有關「證據排除法則」之原則性規定,即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。」(註22)其立法理由謂:「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。另供述證據與非供述證據之性質不同,一般認為供述證據之採取過程如果違法,即係侵害了個人自由意思,故而應嚴格禁止,而蒐集非供述證據之過程如果違背法定程序,則因證物之型態並未改變,尚不生不可信之問題。本次刑事訴訟法之修正,已就違背法定障礙事由及禁止夜間訊問與告知義務等規定暨違法未經具結所取得供述證據之證據能力,增訂第一百五十八條之二、第一百五十八條之三,以資規範。而現行本法第一百條之一第二項、組織犯罪防制條例第十二條等,亦有關於證據強制排除之規定,為求周延,並兼顧人權保障及公共利益之維護,爰增訂本條,使其他違背法定程序所取得之證據,其有無證據能力之認定,有一衡平之規定,避免因為排除法則之普遍適用,致使許多與事實相符之證據,無可例外地被排除。」從此確立我國刑事訴訟法有關證據排除法則之基本原則,由此可知,證據排除法則是何等的重要!

關於排除證據之基準,立法理由謂:「至於人權保障及公共利益之均衡維護,如何求其平衡,因各國國情不同,學說亦是理論紛歧,

(註21) 吳巡龍對此批評:「修法理由就每一審酌事項對證據是否排除影響力之多寡,及如何評價所列舉之審酌事項,並未作說明。表面上雖列舉七項裁量標準,使法官有所依循,實際上等於宣告由法官自由評價,無論排除與否,均為合法,而有失修法理由加強保障人權之旨趣。」見,氏著:「由義大利改革刑事訴訟制度之經驗檢討我國的修法方向」,收錄於,氏著,新刑事訴訟制度與證據法則,學林出版社,2003年9月,頁30。

(註22) 王兆鵬教授批評說:「法條雖指示在決定是否排除證據,應考量『人權保障及公共利益之均衡』,但此幾乎為贅言(法官可能不知道應審酌人權保障及公共利益乎?)的文字,也等於完全未作任何指示。」請參閱,王兆鵬:「證據排除法則之性質與目的」,收錄於,刑事證據法則之新發展(黃東熊教授七秩祝壽論文集),學林出版社,2003年6月,頁228。

日新 第二期 (2004.1)

伍、證據法專欄

依實務所見，一般而言，違背法定程序取得證據之情形，常因個案之型態、情節、方法而有差異，法官於個案權衡時，允宜斟酌（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及（七）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，以為認定證據能力有無之標準，俾能兼顧理論與實際，而應需要。」

四、相對排除法則與絕對排除法則

我國刑事訴訟法，除第158-4條採行相對排除法則（註23）外，尚有其他採絕對排除法則之特別規定，茲列舉條文如下：

（一）訊問筆錄全程連續錄音

第100-1條第1項規定：「訊問被告，應全程連續錄音；必要時，並應全程連續錄影。但有急迫情況且經記明筆錄者，不在此限。」；第2項規定：「筆錄內所載之被告陳述與錄音或錄影之內容不符者，除有前項但書情形外，其不符之部分，不得作為證據。」（採絕對排除法則）

（二）法定障礙事由之等候期間、夜間均不得訊問

第158-2條第1項規定：「違背第九十三條之一第二項、第一百條之三第一項之規定，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。但經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限。」（原則上採絕對排除原則）。

（三）違反告知義務

第158-2條第2項規定：「檢察事務官、司法警察官或司法警察詢問受拘提、逮捕之被告

或犯罪嫌疑人時，違反第九十五條第二款、第三款之規定者，準用前項規定。」（採相對排除法則）。

（四）未經具結之證言、鑑定意見

第158-3條規定：「證人、鑑定人依法應具結而未具結者，其證言或鑑定意見，不得作為證據。」（採絕對排除法則）。

（五）組織犯罪防制條例第12條第1項規定：「訊問證人之筆錄，以在檢察官或法官面前作成，並經踐行刑事訴訟法所定訊問證人之程序者為限，始得採為證據。但有事實足認被害人或證人有受強暴、脅迫、恐嚇或其他報復行為之虞者，法院、檢察機關得依被害人或證人之聲請或依職權拒絕被告與之對質、詰問或其選任辯護人檢閱、抄錄、攝影可供指出被害人或證人真實姓名、身分之文書及詰問。法官、檢察官應將作為證據之筆錄或文書向被告以要旨，訊問其有無意見陳述。」（相對排除法則，即原則上排除，例外時不排除）。

肆、證據排除法則之類型

證據排除法則，是一項抽象的法則，實際上如何運用，有賴個案之研究方得以一窺堂奧，茲將最高法院有關證據排除法則之判決，依案發後偵查人員偵查犯罪之時序，依序分析介紹如後。

一、司法警察官之詢問筆錄

關於司法警察(官)訊問犯罪嫌疑人之警詢筆錄，如有違背法令規定，其所取得之供述筆錄有無證據能力？

最高法院91年度台上字第3594號判決要旨：「司法警察(官)詢問犯罪嫌疑人，如有違背法令之規定，其所取得之供述證據，究竟有無證據能力，原應審酌司法警察(官)違背法令規定之主觀意圖，客觀情節，侵害犯罪嫌疑人權益之輕重，抑制違法蒐證之效果，本於

(註23) 王兆鵬教授批評：「我國立法不應採取『相對排除法則』，而應改採『絕對排除法則』」，見，氏著，刑事訴訟講義，2003年3月二版一刷，頁36。

人權保障與社會安全之均衡維護精神，依比例原則，具體認定之。查本件民國八十七年十一月十七日十時五十分之警訊筆錄中，關於警員朱○邦「警方於你身上取得何證物？」之詢問部分及被告「警方取得我身上打火機一只」之回答部分之記載，經原審綜合調查證據之結果，認非朱○邦當日所製作，而係於台北縣警察局板橋分局複訊時才補載，以該日筆錄，既未依法定程序而製作顯有瑕疵，不得採為被告犯罪之證據，原判決雖已說明其理由，然上開警訊筆錄除上開關於朱○邦警員之訊問及被告之應答部分之記載外，是否全未依法定程序而製作，是否並無證據能力，原判決並未進一步依首開說明審認，僅以該警訊筆錄有上開瑕疵，即謂該日警訊筆錄欠缺證據能力，不得採為被告犯罪之證據，自有判決理由不備之違法。」

二、違反告知義務

刑事訴訟法第95條規定：「訊問被告應先告知左列事項：一、犯罪嫌疑及所犯所有罪名。罪名經告知後，認為應變更者，應再告知。二、得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述。三、得選任辯護人。四、得請求調查有利之證據。」司法警察(官)、檢察事務官、檢察官、法官，詢問、訊問被告（或犯罪嫌疑人）未告知被告（或犯罪嫌疑人）所製作之筆錄有無證據能力（註24）？

（一）關於司法警察(官)、檢察事務官違反第95條第2款、第3款之告知義務，刑事訴訟法第158-2條第2項規定：「檢察事務官、司法警察官或司法警察詢問受拘提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人時，違反第九十五條第二款、第三款之規定者，準用前項規定。」（採相對排除法則）。過去最高法院91台上字第6730號判決要

旨：「依少年事件處理法第一條之一準用刑事訴訟法第八十八條之一第四項之規定，司法警察官或司法警察對於逕行拘提之犯罪嫌疑人應即告知其本人及其家屬，得選任辯護人到場，旨在貫徹偵查中得選任辯護人之立法精神，因辯護人之參與，而保護犯罪嫌疑人之人權。如其表示已選任辯護人時，依同法第九十三條之一第一項第五款規定，僅於等候辯護人到場之時間不得詢問而已，至其家屬是否到場或是否選任辯護人，則非所問。故警察機關對逕行拘提到案之犯罪嫌疑人為詢問時，縱未告知其本人及家屬得選任辯護人，固屬告知義務之違反，但此一違背法定程序取得之供述證據，有無證據能力，應依均衡原則，權衡個案違背法定程序之情節、侵害權益之種類及輕重、犯罪所生危害程度等情狀，兼顧人權保障及社會秩序與公共利益之均衡維護，作為判斷之準據，非謂一有違背，即一概認無證據能力。」與修正刑事訴訟法第158-2條第2項規定意旨，有所出入，應無援用之餘地！

（二）檢察官或法官違反第95條之告知義務所製作之筆錄有證據能力？最高法院過去一直迴避此一問題，直到今年，終於有二則判決，採證據排除法則以定該訊問筆錄有無證據能力。

最高法院92年度台非字第177號判決要旨：「訊問被告前應告知其犯罪嫌疑及所犯所有罪名，罪名經告知後，認為應變更者，應再告知，刑事訴訟法第九十五條第一款固有明定。惟如違反此項規定而取得之證據，究竟有無證據能力，依原審判決時（民國八十七年七月二十三日）之現行刑事訴訟法，並無明文規定不得作為證據。而九十二年二月六日總統令公布（於九十二年九月一日始施行）之修正刑

（註24）林鈺雄教授曾提出三段標準以審查其有無證據能力，詳見，氏著：「論告知義務—評台北地方法院八十八年度訴字第八二六號刑事判決」，收錄於氏著，刑事法理論與實踐，2001年8月，頁204。

日新 第二期 (2004.1)

伍、證據法專欄

事訴訟法第一百五十八條之二第二項，僅就違反刑事訴訟法第九十五條第二款、第三款之情形者，規定原則上不得作為證據，至於違反同法第九十五條第一款告知罪名義務而取得之證據，是否有證據能力，則適用同法即九十二年二月六日總統令公布（於九十二年九月一日始施行）之修正刑事訴訟法第一百五十八條之四規定「除法律另有規定外，實施刑事之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」，予以處理。本件檢察官以被告卓○吉涉犯刑法第三百二十條第二項之竊占罪嫌提起公訴，第一審則認被告犯有刑法第三百二十條第二項、山坡地保育利用條例第三十四條第一項之罪，乃變更檢察官起訴法條，依想像競合犯，適用七十五年一月十日公布施行之山坡地保育利用條例第三十四條第一項，從一重論處被告在公有山坡地內，擅自墾殖之罪刑。第一審變更被告之罪名，雖未經告知被告，然檢察官之起訴書，記載被告意圖為自己不法之利益，未經價購核准，而將包含國有之土地竊占並予以開發，作為球場、球道或停車場，部分則作為蓄水池、集水區使用之方式加以竊占等情。況第一審之判決，經被告上訴第二審法院，於第二審（即上訴審）之訴訟程序，復就第一審所認定被告之犯罪事實（含竊占及違反山坡地保育利用條例第三十四條第一項之在公有山坡地內，擅自墾殖）詳為調查；且上訴審（八十五年度上訴字第六一六號）之判決，又經本院撤銷發回更審，於發回意旨更指明被告之行爲非僅是否構成刑法第三百二十條第二項之竊占罪，並涉及山坡地保育利用條例第三十四條第一項之罪（見本院八十七年度台上字第三〇三號判決）。則依檢察官起訴事實所述被告竊占公有土地，並在竊占之公有地上擅自墾殖之犯罪事實，及本院前開撤銷發回

更審之判決意旨，被告對其涉犯竊占公有山坡地並在山坡地上擅自墾殖之事實，應已知悉，原審縱於審理中未踐行再告知變更起訴罪名之程序，對於被告之防禦權並無妨害，對其人權之保障亦無直接關連；參酌被告犯罪情節，審酌人權保障及公共利益之均衡維護，依比例原則，予以衡酌，應認原審訊問被告雖未再告知所犯罪名，其訴訟程序稍欠完妥，但仍未達違背法。」

最高法院92年度台上字第2464號判決要旨：「訊問被告前應告知其犯罪嫌疑及所犯所有罪名，罪名經告知後，認為應變更者，應再告知，刑事訴訟法第九十五條第一款固有明定。惟如違反此項規定而取得之證據，究竟有無證據能力，依原審判決時（民國九十二年一月三十日）之現行刑事訴訟法，並無明文規定不得作為證據。而證據如何始具有適格性，關於證據能力，應本程序禁止與證據禁止之理論，求其解決。程序禁止，乃就證據資料蒐集與調查之程序設其條件，而證據禁止，則係就其證據資料可否利用為認定事實之基礎設其條件。對於蒐集證據之程序而設之限制較寬，故違背禁止程序所取得之證據，影響其證據能力較小，其程序雖有違背禁止之規定，但未必概足以影響其證據能力，蓋其程序之條件的規定，有係為取得證據之方法者，有係為產生證據之原因者，是否影響其證據能力？一般應從其法定程序之機能定之。如其程序的規定，僅為蒐集證據之方式，與人權之保障並無直接關係，雖違反此項程序之規定，與依此程序所取得證據之能力並無影響；反之，如其程序所規定之條件，或與人權之保障具有直接關係，或與真實之發見具有直接之關連者，違反此項程序，則於證據能力有影響。從而其程序僅為取得證據資料之方法，固得為證據；但其程序如係為產生證據之原因，例如被告之自白出於不

正之方法，則其自白不認有證據能力。又依九十二年二月六日總統令公布（於九十二年九月一日始施行）之修正刑事訴訟法第一百五十八條之二第二項規定意旨，僅就違反刑事訴訟法第九十五條第二款、第三款之情形者，規定原則上不得作為證據，至於違反同法第九十五條第一款告知罪名義務而取得之證據，是否有證據能力，則適用同法即九十二年二月六日總統令公布（於九十二年九月一日始施行）之修正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』，依比例原則，予以衡酌。本件公訴人原起訴意旨係認上訴人涉犯刑法第三百三十二條第二項第二款之強盜而強制性交罪嫌，嗣於第一審審理中，更正認為上訴人涉犯刑法第三百三十條第一項之加重強盜罪、第二百二十二條第一項第八款之加重強制性交罪，二罪犯意各別，應合併論罰，此有第一審檢察官之論告書及審判筆錄可稽（見第一審卷第一六八、一七一、一七七頁）。原判決撤銷第一審判決，變更檢察官論告之罪名，改判論處上訴人刑法第三百三十二條第二項第二款之強盜而強制性交罪之結合犯罪刑，雖於審理中未踐行再告知上訴人變更罪名之程序，其踐行之程序固有瑕疵。然原審於訴訟進行之調查證據過程，既就上訴人之強盜與強制性交之犯行予以調查，上訴人就其涉犯強盜與強制性交罪名，亦已知悉，則原審縱於審理中未踐行再告知變更罪名之程序，對於上訴人（被告）之防禦權並無妨害，對其人權之保障亦無直接關連；而上訴人之強盜而強制性交犯行，不僅對被害人有人身、生命、財產之危害，且對社會治安亦有相當之影響。依上說明，本於程序禁止與證據禁止之理論，及審酌人權保障及公共利益之均衡

維護，依比例原則，予以衡酌，應認原判決訊問上訴人卻未再告知所犯罪名而取得之證據仍具有證據能力。」

（三）證人轉換為被告

最高法院92.7.24.92年度台上字第4003號判決要旨：「刑事被告乃程序主體者之一，有本於程序主體之地位而參與審判之權利，並藉由辯護人協助，以強化其防禦能力，落實訴訟當事人實質上之對等。又被告之陳述亦屬證據方法之一種，為保障其陳述之自由，現行法承認被告有保持緘默之權。故刑事訴訟法第九十五條規定：「訊問被告應先告知左列事項：一、犯罪嫌疑及所犯所有罪名，罪名經告知後，認為應變更者，應再告知。二、得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述。三、得選任辯護人。四、得請求調查有利之證據。」此為訊問被告前，應先踐行之法定義務，屬刑事訴訟之正當程序，於偵查程序同有適用。至證人，僅以其陳述為證據方法，並非程序主體，亦非追訴或審判之客體，除有得拒絕證言之情形外，負有真實陳述之義務，且不生訴訟上防禦及辯護權等問題。倘檢察官於偵查中，蓄意規避踐行刑事訴訟法第九十五條所定之告知義務，對於犯罪嫌疑以證人之身分予以傳喚，命具結陳述後，採其證言為不利之證據，列為被告，提起公訴，無異剝奪被告緘默權及防禦權之行使，尤難謂非以詐欺之方法而取得自白。此項違法取得之供述資料，自不具證據能力，應予以排除。如非蓄意規避上開告知義務，或訊問時始發現證人涉有犯罪嫌疑，卻未適時為刑事訴訟法第九十五條之告知，即逕列為被告，提起公訴，其因此所取得之自白，有無證據能力，仍應權衡個案違背法定程序之情節、侵害被告權益之種類及輕重、對於被告訴訟上防禦不利益之程度、犯罪所生之危害或實害等情形，兼顧人權保障及公共利益之均衡維

日新 第二期 (2004.1)

伍、證據法專欄

護，審酌判斷之。本件告訴人○○農會理事長王○協原以廖○來涉犯前開罪嫌，提出告訴，檢察官調查相關證據後，分別以上訴人等為證人，先後傳喚於九十年十一月十四日及同月十五日到庭，諭知證人具結之義務及偽證之處罰，並命具結後予以訊問，迨訊問完畢，即以上訴人等「涉嫌違反選舉罷免法第九十二條罪嫌重大，有逃亡之虞，但無羈押之必要」為由，各指定相當之保證金額許其具保，同日簽請自動檢舉偵辦，提起公訴（見九十年選他字第二八八號偵查卷第六十九頁至第七十五頁、第一〇八頁至第一二五頁、第一四二頁至第一四四頁）。原判決採憑上訴人等在偵查中所為之陳述，為其不利之認定，但對於檢察官以證人之身分傳訊上訴人等，是否蓄意規避刑事訴訟法第九十五條所定之告知義務？有無藉訊問證人之程序以方便取得被告（上訴人等）陳述之情形？倘非蓄意為之，究竟如何審酌人權保障及公共利益之均衡維護，可認為其因此所取得之陳述具有證據能力？則未於理由內詳加斟酌論斷，遽採為判決之基礎，自有可議。」

三、警詢筆錄未全程錄音

刑事訴訟法第100-1條第1項規定：「訊問被告，應全程連續錄音；必要時，並應全程連續錄影。但有急迫情況且經記明筆錄者，不在此限。」；第2項規定：「筆錄內所載之被告陳述與錄音或錄影之內容不符者，除有前項但書情形外，其不符之部分，不得作為證據。」（採絕對排除法則），至於訊問被告或犯罪嫌疑人未全程連續錄音所取得之警詢筆錄，有無證據能力？在實務上，構成一項嚴重的問題，茲說明如下：

（一）92.10.31.92年度台上字第6119號判決要旨：「依刑事訴訟法第一百條之二準用同法第一百條之一第一項之規定，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。考其立法目的，在於建立詢問筆錄之公信力，並擔保詢問程序之合法正當；亦即在於擔保犯罪嫌疑人對於詢問之陳述係出於自由意思及筆錄所載內容與其陳述相符。故司法警察（官）詢問犯罪嫌疑人如違背上開規定，其所取得之供述筆錄，究竟有無證據能力，原應審酌司法警察（官）違背該法定程序之主觀意圖、客觀情節、侵害犯罪嫌疑人權益之輕重、對犯罪嫌疑人在訴訟上防禦不利益之程度，以及該犯罪所生之危害，暨禁止使用該證據對於抑制違法蒐證之效果，及司法警察（官）如依法定程序有無發現該證據之必然性等情形，本於人權保障與社會安全之均衡維護精神，依比例原則，具體認定之。但如犯罪嫌疑人之陳述係屬自白，同法第一百五十六條第一項已特別規定「被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據」，則被告在警詢之自白如係出於自由意思而非不正之方法，且其自白之陳述與事實相符，縱令司法警察（官）對其詢問時未經全程連續錄音或錄影，致詢問程序不無瑕疵，仍難謂其於警詢自白之筆錄無證據能力。」

（二）92.10.30.92年度台上字第6073號判決要旨：「刑事訴訟之目的，固在發現實體的真實，使國家得以正確的適用刑法權，並藉之維護社會秩序及安全，惟其手段仍應合法、潔淨、公正，以保障人權，倘證據之取得，非依法定程序，則應就人權保障與公共利益之均衡維護，依比例原則予以衡酌，以決定該項非依法定程序取得之證據應否賦予證據能力。查上訴人於原審指稱：警方對上訴人製作訊問筆錄時，並未依刑事訴訟法第一百條之一之規定，於訊問時為全程連續之錄音（見原審卷第二七

頁)；證人即對上訴人製作筆錄之警員林明璋於原審證稱：其係於作完筆錄後，再照筆錄對念錄音(同上卷第七頁)，上開口供既非依法定程序取得，則上開筆錄是否具有證據能力，原判決未就人權保障與公共利益之均衡維護，依比例原則予以衡酌，自有理由不備之違誤。」

3. 最高法院92台上字第4770號判決要旨：「刑事訴訟法第二百二十九條至第二百三十一條規定，司法警察(官)固有調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據之職權，而得詢問犯罪嫌疑人，惟依同法第一百條之二準用同法第一百條之一第一項規定，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。考其立法目的，在於建立詢問筆錄之公信力，並擔保詢問程序之合法正當；亦即在於擔保犯罪嫌疑人對於詢問之陳述係出於自由意思及筆錄所載內容與其陳述相符。故司法警察(官)詢問犯罪嫌疑人如違背上開規定，其所取得之供述筆錄，究竟有無證據能力，原應審酌司法警察(官)違背該法定程序之主觀意圖、客觀情節、侵害犯罪嫌疑人權益之輕重、對犯罪嫌疑人在訴訟上防禦不利益之程度，以及該犯罪所生之危害，暨禁止使用該證據對於抑制違法蒐證之效果，及司法警察(官)如依法定程序有無發現該證據之必然性等情形，本於人權保障與社會安全之均衡維護精神，依比例原則，具體認定之。但如犯罪嫌疑人之陳述係屬自白，同法第一百五十六條第一項已特別規定『被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據』，則在警詢之自白如係出於自由意思而非不正之方法，且其自白之陳述與事實相符，縱令司法警察(官)對其詢問時未經全程連續錄音或錄影，致詢問程序不無瑕

疵，仍難謂其於警詢自白之筆錄無證據能力。」

4. 最高法院92年度台上字第4139號判決要旨：「被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、違法羈押或其他不正方法，且與事實相符者，始得為證據；又司法警察或司法警察官詢問犯罪嫌疑人時，應全程連續錄音，必要時並應全程連續錄影。但有急迫情況且經記明筆錄者，不在此限。又筆錄內所載之陳述與錄音或錄影之內容不符者，其不符之部分，不得作為證據，刑事訴訟法第一百五十六條第一項、第一百條之二準用同法第一百條之一分別著有規定。上訴人抗辯其警訊之自白係遭刑求所致，且警詢筆錄亦未全程連續錄影云云。但為承辦警員陳鴻裕所堅決否認，並證稱：『我們使用之錄影機兼有錄音之作用，因錄影機原係使用乾電池，後來沒電，始改用插電方式，故畫面才會中斷。又因原來錄影時係使用小帶，而前審法官勘驗時稱小帶無法勘驗，要求我們轉錄成大帶，是否於轉錄時沒有錄到，故畫面才会有空白之現象。因錄影帶有中斷之關係，故筆錄才会有部分不符之處』等語(原審更二卷第五四、五五頁、第九〇、九一頁)。原判決因而認定尚無積極證據證明警察刑求逼供情事，且上訴人之警詢筆錄縱有上開瑕疵，參酌人權保障及公共利益之均衡維護，依比例原則仍應認上訴人之警詢筆錄可以採信等語。」(不排除)

5. 最高法院92年度台上字第2874號判決要旨：「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，並擔保詢問程序之合法正當；亦即在於擔保犯罪嫌疑人對於詢問之陳述，係出於

日新 第二期 (2004.1)

伍、證據法專欄

自由意思及筆錄所載內容與其陳述相符。故司法警察（官）詢問犯罪嫌疑人如違背上開規定，其所取得之供述筆錄，究竟有無證據能力，即應審酌司法警察（官）違背該法定程序之主觀意圖、客觀情節、侵害犯罪嫌疑人權益之輕重、對犯罪嫌疑人在訴訟上防禦不利益之程度等具體情節認定之。而如犯罪嫌疑人之陳述係屬自白，同法第一百五十六條第一項已特別規定『被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據。』，則被告在警詢之自白如係出於自由意思而非不正之方法，且其自白之陳述與事實相符，縱令司法警察（官）對其詢問時未經全程連續錄音或錄影，致詢問程序不無瑕疵，仍難謂其於警詢自白之筆錄無證據能力。本件原判決以『被告於偵查及原審調查、審理期間，均否認警訊筆錄內容之真實性或任意性』、『原審於八十九年七月二十五日函請移送機關台北市政府警察局北投分局（下稱北投分局）補送前述警訊錄音帶，憑以查證警訊筆錄之真實性及任意性，移送機關函覆稱：『經查本案承辦單位永明派出所員警於執行偵訊過程，因尚無錄音設備，製作筆錄時，並未錄音』，此有北投分局八十九年八月三日北市警投分刑字第八九六一八八二八〇〇號函在卷可按』、『本案檢察官據以起訴認被告涉犯販賣第二級毒品MDMA之被告警訊筆錄，派出所員警於案發當時竟因無錄音設備而無踐行錄音存證之程序，於移送北投分局時，分局竟又無踐行覆訊及錄音之程序，已明顯違反『正當法律程序』法治國家之基本原則，且因警察局未錄音或錄影而無錄音或錄影帶足供原審核對，上開警局筆錄亦未記載當時有何急迫情況而未能錄音或錄影……則被告是否曾為上開陳述，即屬可疑，是公訴人上訴旨陳稱：只要經法院以此等筆錄作為書證，並於審

判期日調查證據，自有證據能力，容有未洽』、『以在警訊筆錄所載被告犯罪自白之任意性及真實性均無法確保之情形下，審酌人權保障與社會安全之均衡維護，手段與目的間自須合乎一定之比例，則該警訊筆錄之記載，自難認有證據能力』（第三頁至第五頁），就證人高○福之證言部分，亦以同一理由不予採信，似均以未依規定錄音、錄影，作為該自白、陳述無證據能力或不予採信之理由。然被告及證人於警訊之自白或證言，苟係出於自由意思而非不正之方法，且其自白、證言之內容均與事實相符，縱令司法警察（官）對其詢問時未經全程連續錄音或錄影，致詢問程序不無瑕疵，仍難遽謂其於警詢之筆錄無證據能力。」

6. 最高法院92年度台上字第992號判決要旨：「依刑事訴訟法第二百二十九條至第二百三十一條之規定，司法警察（官）有調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據之職權，而得訊問犯罪嫌疑人，惟依同法第一百條之二準用同法第一百條之一第一項之規定，司法警察（官）訊問犯罪嫌疑人，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。考其立法目的，在於建立訊問筆錄之公信力，並擔保訊問程序之合法正當；亦即在於擔保犯罪嫌疑人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。故司法警察（官）訊問犯罪嫌疑人如違背上開規定，其所取得之供述筆錄，究竟有無證據能力，原應審酌司法警察（官）違背該法定程序之主觀意圖、客觀情節、侵害犯罪嫌疑人權益之輕重、對犯罪嫌疑人在訴訟上防禦不利益之程度、該犯罪所生之危害、禁止使用該證據對於抑制違法蒐證之效果，以及司法警察（官）如依法定程序有無發現該證據之必然性等情形，本於人權保障與社會安全之均衡維護精神，依比例原則，具體認定之。但被告在警訊之自白如係出

於自由意思而非不正之方法，且其自白之陳述與事實相符，縱令司法警察（官）對其訊問時未經全程連續錄音或錄影，致訊問程序不無瑕疵，仍難謂其於警訊自白之筆錄無證據能力。」（不排除）

7. 最高法院92年度台上字第107號判決要旨：「刑事訴訟之目的固重在發見實體真實，其手段則應合法正當，以保障人權。依刑事訴訟法第二百二十九條至第二百三十一條之規定，司法警察（官）有調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據之職權，而得詢問犯罪嫌疑人，惟依同法第一百條之二準用同法第一百條之一第一項、第二項之規定，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。但有急迫情況且經記明筆錄者不在此限。筆錄內所載之被告陳述與錄音或錄影之內容不符者，除前項但書情形外，其不符部分，不得作為證據。考其立法目的，在於建立詢問筆錄之公信力，並擔保詢問程序之合法正當；亦即在於擔保犯罪嫌疑人對於詢問之陳述係出於自由意思及筆錄所載內容與其陳述相符。本件上訴人於歷審一再辯稱其於警訊之自白非出於任意性（見第一審卷第三一五頁，原審上訴卷第二一七頁），原審雖調取警詢錄音帶及錄影帶加以播放勘驗，對於錄音帶勘驗部分，上訴人（之辯護人）於原審具狀陳明錄音帶播放時間較筆錄製作時間為短且有中斷現象，對於是否通知律師到場一節與筆錄記載內容不同，上訴人陳述果若不虛，似未全程錄音；至於錄影帶部分，原判決亦認定有畫面中斷、錄影帶空白現象，對於上訴人是否擁有其他槍枝等與筆錄記載內容不符（見原判決第二十三頁第八行至第十三行）；則司法警察所製作之警詢筆錄非全無瑕疵，其是否得作為證據，原判決未就司法警察違背法定程序之主觀意圖、客觀侵

犯犯罪嫌疑人之權益輕重，暨禁止使用該證據對於抑制違法蒐證之效果，本於人權保障及社會安全之均衡維護精神，依比例原則具體認定，率採為認定上訴人犯罪事實之證據，自難謂無判決理由不備之違法。」

8. 最高法院91年度台上字第4054號判決要旨：「查上訴人等否認警訊筆錄之真正，連○傑亦曾於八十九年三月二日具狀聲請原審調查警訊筆錄之錄音內容是否與筆錄相符（見原審卷第六六、六七頁），原審雖已函查並未有警訊錄音（原審卷第七四頁），則該警訊筆錄，是否具有證據能力（刑事訴訟法第一百條之一），原審自應就司法警察（官）違背該法定程序之主觀意圖，客觀情節，侵害犯罪嫌疑人權益之輕重，對犯罪嫌疑人在訴訟上防禦不利益之程度，以及該犯罪所生之危害，暨禁止使用該證據對於抑制違法蒐證之效果等，本於人權保障與社會安全之均衡維護精神，依比例原則，具體認定之，乃原判決對上訴人之抗辯，並未進一步審酌並於判決內說明其理由，即以該警訊筆錄中不利於上訴人等之供述證據為論罪之基礎，自非適法。」

9. 最高法院90年度台上字第7242號判決要旨：「按刑事訴訟之目的固重在發見實體真實，其手段則應合法正當，以保障人權。依刑事訴訟法第二百二十九條至第二百三十一條之規定，司法警察（官）固有調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據之職權，而得詢問犯罪嫌疑人，惟依同法第一百條之二準用同法第一百條之一第一項、第二項之規定，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。又筆錄內所記載之被告陳述與錄音或錄影之內容不符者，其不符之部分，不得作為證據。所謂「應全程連續錄音」，係指於警訊筆錄製作開始至完成之全部過程，均應予錄

日新 第二期 (2004.1)

伍、證據法專欄

音，在於建立詢問筆錄之公信力，並擔保詢問程序之合法正當；亦即在於擔保犯罪嫌疑人對於詢問之陳述係出於自由意思及筆錄所載內容與其陳述相符。故審理事實之法院，遇有被告抗辯其未有如訊問筆錄所載之陳述時，或詢問筆錄並未全程連續錄音時，應先調取該詢問過程之錄音或錄影帶，加以勘驗，以判斷前揭程序是否已被遵行，該筆錄所載被告之陳述得否作為證據。故司法警察（官）詢問犯罪嫌疑人如違背上開規定，其所取得之供述筆錄，究竟有無證據能力，原應審酌司法警察（官）違背該法定程序之主觀意圖、客觀情節、侵害犯罪嫌疑人權益之輕重、對犯罪嫌疑人在訴訟上防禦不利益之程度，以及該犯罪所生之危害，暨禁止使用該證據對於抑制違法蒐證之效果，及司法警察（官）如依法定程序有無發現該證據之必然性等情形，本於人權保障與社會安全之均衡維護精神，依比例原則，具體認定之。上訴人於原審抗辯稱警訊筆錄不實，因害怕被刑求，所以配合警方作筆錄等語。原判決雖以「傳訊制作被告警訊筆錄之警察曾旭隆結稱：被告是在自由意識下，自由陳述的，而經原審當庭播放其警訊錄音帶，並無警方命被告配合制作筆錄之事。是被告所辯，警訊筆錄不實，並不足採。」等情。但依第一審勘驗警訊錄音帶筆錄之記載：「勘驗結果：錄音帶的內容有一些問題，警察還從中間插問，括弧內的字，被告並沒有唸出來，有些筆錄上的字，錄音帶內被告並沒有照唸，如八十七年十一月三日二十一時，被告唸晚上九點鐘，現場查獲何人？被告直接回答說：『羅○源，在羅○源身上找到』。警察插問是否還有你本人是不是也被查獲，被告回答：『我本人也被查獲』。警員問完問題後，被告有連續回答，沒有停頓。」（見第一審卷第八十八頁）。何謂「錄音帶的內容有一些問題」、「被告並沒有唸出來」、「錄

音帶內被告並沒有照唸」、「被告唸晚上九點鐘」？該警訊筆錄音帶有何問題？何以有唸筆錄之問題？司法警察詢問上訴人是否已踐行前揭規定？是否警方於制作完成筆錄後，再由上訴人照筆錄內容口述並錄音？筆錄記載之內容是否為上訴人之真意？如警方未遵守規定，採取該筆錄為論罪之依據，是否符合前述之比例原則？原判決均未詳加調查審認，並敘明其理由，遽依據第一審之勘驗警訊錄音帶之記載，率認無警方命上訴人配合制作筆錄之事，難認已盡職權調查能事，並有判決理由矛盾之違法。」

10. 最高法院90年度台上字第134號判決要旨：刑事訴訟之目的固重在發見實體真實，其手段則應合法正當，以保障人權。依刑事訴訟法第二百二十九條至第二百三十一條之規定，司法警察（官）固有調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據之職權，而得詢問犯罪嫌疑人，惟依同法第一百條之二準用同法第一百條之一第一項之規定，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。考其立法目的，在於建立詢問筆錄之公信力，並擔保詢問程序之合法正當；亦即在於擔保犯罪嫌疑人對於詢問之陳述係出於自由意思及筆錄所載內容與其陳述相符。故司法警察（官）詢問犯罪嫌疑人如違背上開規定，其所取得之供述筆錄，究竟有無證據能力，原應審酌司法警察（官）違背該法定程序之主觀意圖、客觀情節、侵害犯罪嫌疑人權益之輕重、對犯罪嫌疑人在訴訟上防禦不利益之程度，以及該犯罪所生之危害，暨禁止使用該證據對於抑制違法蒐證之效果，及司法警察（官）如依法定程序有無發現該證據之必然性等情形，本於人權保障與社會安全之均衡維護精神，依比例原則，具體認定之。但如犯罪嫌疑人之陳述係屬自白，

同法第一百五十六條第一項已特別規定「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，得為證據。」，則被告在警詢之自白如係出於自由意思而非不正之方法，且其自白之陳述與事實相符，縱令司法警察（官）對其詢問時未經全程連續錄音或錄影，致詢問程序不無瑕疵，仍難謂其於警詢自白之筆錄無證據能力。

11. 最高法院88年度台上字第5762號判決要旨：「刑事訴訟之目的固重在發見實體真實，其手段則應合法正當，以保障人權。依刑事訴訟法第二百二十九條至第二百三十一條之規定，司法警察（官）固有調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據之職權，而得詢問犯罪嫌疑人，惟依同法第一百條之二準用同法第一百條之一第一項之規定，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。考其立法目的，在於建立詢問筆錄之公信力，並擔保詢問程序之合法正當；亦即在於擔保犯罪嫌疑人對於詢問之陳述係出於自由意思及筆錄所載內容與其陳述相符。故司法警察（官）詢問犯罪嫌疑人如違背上開規定，其所取得之供述筆錄，究竟有無證據能力，原應審酌司法警察（官）違背該法定程序之主觀意圖、客觀情節、侵害犯罪嫌疑人權益之輕重、對犯罪嫌疑人在訴訟上防禦不利益之程度，以及該犯罪所生之危害，暨禁止使用該證據對於抑制違法蒐證之效果，及司法警察（官）如依法定程序有無發現該證據之必然性等情形，本於人權保障與社會安全之均衡維護精神，依比例原則，具體認定之。但如犯罪嫌疑人之陳述係屬自白，同法第一百五十六條第一項已特別規定「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，得為證據。」，則被告在警詢之自白如係出於自由意思而非不正之方法，且其自白之陳述與事實相符，縱令司法警察（官）對其詢問時未經全程連續錄音或錄影，致詢問程序不無瑕疵，仍難謂其於警詢自白之筆錄無證據能力。」

12. 90年度台上字第4828號判決要旨：「查被告之自白，如非出於強暴、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，依刑事訴訟法第一百五十六條第一項之規定，即有證據能力，得為證據；故司法警察官或司法警察於詢問犯罪嫌疑人時，縱未依同法第一百條之二準用第一百條之一第一項之規定予以全程連續錄音或錄影。然該警訊自白，若未違背任意性法則，且經查明與事實相符，本於審酌人權保障及公共利益均衡維護之原則，仍得認其有證據能力。」

四、違反禁止夜間訊問之規定

刑事訴訟法第158-2條第1項規定：「違背第九十三條之一第二項、第一百條之三第一項之規定（即夜間訊問之規定），所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。但經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限。」，惟過去最高法院就違反夜間不得訊問之規定所製作之筆錄，採相對排除法則以決定之，下列二則判決之見解，與現行法第158-2條之規定意旨，稍有出入，自無從再予援用。

1. 90台上字第7611號判決要旨：「本件上訴人先後於第一審就司法警察之夜間詢問否認同意，警訊筆錄出於司法警察虛捏，警訊筆錄所載售賣第一級毒品之價格出於司法警察虛捏，詢問筆錄未經錄音，警訊之自白出於不正方法及為刑求之抗辯等情一再爭執；原審未就上訴人所為之刑求抗辯為調查，亦未就該夜間

日新 第二期 (2004.1)

伍、證據法專欄

取得之供述筆錄，依據均衡人權保障及維護社會安全之比例原則，是否確實違背法定程序，有無妨害上訴人訴訟防禦權，其不利益程度為何，侵害上訴人權益之輕重，該證據有無證據能力等予以斟酌等情，認原判決有調查職責未盡及判決理由未備之違法，案經發回，原審仍未就上開上訴人之抗辯加以調查審酌，判決理由內亦未加以說明，其違法情形，依然存在。上開違誤，或為上訴意旨所指摘。」

2. 最高法院90年度台上字第2659號判決要旨：「刑事訴訟目的重在發現實體真實，其手段應合法正當，以保障人權。依刑事訴訟法第二百二十九條至二百三十一條之規定，司法警察固有調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據之職權，而得詢問犯罪嫌疑人，惟依同法第一百條之二準用第一百條之一第一項之規定，司法警察詢問犯罪嫌疑人，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，其目的在於建立詢問筆錄之公信力，並擔保詢問程序之合法正當；亦即在於擔保犯罪嫌疑人之陳述出於自由意志及筆錄所載內容與陳述相符。又被告之自白非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺或其他不正之方法，且與事實相符者，始得採為證據，如果被告之自白，係出於不正之方法，並非自由陳述，即其取得自白之程序，已非適法，則不問自白內容是否確與事實相符，因其非係適法之證據，即不能採為判決基礎。故審理事實之法院，遇有被告對於自白提出刑求之抗辯時，應先於其他事實調查。本件上訴人等先後於第一審就司法警察之夜間詢問否認同意，警訊筆錄出於司法警察虛捏，警訊筆錄所載售賣第一級毒品之價格出於司法警察虛捏，詢問筆錄未經錄音，警訊之自白出於不正方法及為刑求之抗辯等情一再爭執；原審未就上訴人等所為之刑求抗辯為調查，亦未就該夜間取得之供述筆錄，依據均衡

人權保障及維護社會安全之比例原則，是否確實違背法定程序，有無妨害上訴人訴訟防禦權，其不利益程度為何，侵害上訴人權益之輕重，該證據有無證據能力等予以斟酌，僅以嘉義市警察局第一分局復函所謂錄音帶於搬遷辦公處所不慎遺失之語，即不採信上訴人等之抗辯，逕為其不利之判斷，同有調查未盡及判決理由不備之違法。」

五、陷害教唆

關於陷害教唆所製作之筆錄有無證據能力，最高法院向來均未表示意見，新法施行後，最高法院亦採證據排除法則以決定該筆錄有無證據能力，茲分析說明如下。

最高法院92年度台上字第4558號判決要旨：「按所謂『陷害教唆』，係指行為人原不具犯罪之故意，純因司法警察之設計教唆，始萌生犯意，進而實施犯罪構成要件之行為者而言。申言之，因『陷害教唆』係司法警察以引誘或教唆犯罪之不正當手段，使原無犯罪故意之人因而萌生犯意而實施犯罪，再進而蒐集其犯罪之證據或予以逮捕偵辦；縱其目的係在於查緝犯罪，但其手段顯然違反憲法對於基本人權之保障，且已逾越偵查犯罪之必要程度，對於公共利益之維護並無意義，其因此等違反法定程序所取得之證據資料，應不具有證據能力。乃原判決理由竟謂：「所謂『陷害教唆』，於販毒案件中，自屬在不違反上開憲法上基本權之保障原則下，為使國家社會免於毒品之危害，所不得不採行之偵查手段，此與憲法上之比例原則無違，因之，在此等案件中，由『陷害教唆』所蒐集而來之證據資料，自得顯現於公判庭，採為法院論罪科刑之依據，其證據能力殊無疑問」云云（見原判決第九面第四行至第八行），其見解殊有謬誤。又「陷害教唆」與警方對於原已具有犯罪故意並已實施犯罪行為之人，以所謂「釣魚」之偵查技巧蒐

集其犯罪證據之情形有別，自不得混為一談。乃原判決理由竟續謂：「況於此類犯罪中（指「陷害教唆」犯罪之情形），犯罪嫌疑人均本即具有販賣毒品之犯意，初非警調人員所造意。即以本案言之，被告陳○始及潘○俐本即具有連續販賣毒品之概括犯意，非係因警方行為而引起其二人販毒故意，故本件警方前開指示尤瑞○撥打電話給陳○始，佯稱欲購買毒品之所為，係符合憲法上比例原則之釣魚方式，將被告釣出，人贓俱獲，自足為被告論罪之依據」云云（見原判決第九面倒數第八行至第十二行）。其將本件警方查獲陳○始、潘○俐二人之方法誤指為『陷害教唆』，又誤將『陷害教唆』與司法警察以『釣魚』之技巧蒐集犯罪證據之情形混為一談，亦有判決理由矛盾之違誤。又違背法定程序而取得之證據，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，始足以資認定。若認其違反人權保障之情形嚴重，且排除該項違背法定程序取得之證據，於公共利益之均衡維護無影響者，自得認該項證據欠缺證據能力，而予以排除；非謂警方協助偵查犯罪所取得之證據，不問其取得之過程有無違反法定程序，亦不論其違反法定程序取得證據對於人權保障及公共利益之均衡維護有無影響，均一律認其具有證據能力。」

六、監聽

關於違法監聽所取得之證據資料，最高法院採用證據排除法則以排除之，已如前述，茲再就相關判決說明如下：

1. 最高法院91年度台上字第2908號判決要旨：「刑事訴訟之目的，固在發現實體的真實，使國家得以正確的適用刑法權，並藉之維護社會秩序及安全，惟其手段仍應合法、潔淨、公正，以保障人權，倘證據之取得，非依法定程序，則應就人權保障與公共利益之均衡

維護，依比例原則予以衡酌，以決定該項非依法定程序取得之證據應否賦予證據能力（註25）。卷查原判決關於郭○欽與陳○義期約對於違背職務之行為收受賄賂部分，係以高雄市調查處於八十三年三月八日監聽郭○欽住處「三四二二二〇二」號電話，得知林○智確曾打電話予郭○欽，表明為日祥號漁船報關之「阿義仔」（即陳○義）說日祥號漁船要載二部三百匹馬力之發電機出去，要先跟你講一下等情，有監聽紀錄在卷可稽，為證據資料之一。惟依卷附高雄市調查處通訊監察聲請書所載，其聲請檢察官核發三四二二二〇二號電話通訊監察書之時間，雖係八十四年三月八日，惟檢察官核准之監察期間則係自八十四年三月九日至八十四年四月七日止，其後檢察官認有繼續監聽之必要，依職權核發通訊監察書之監察期間，又係自八十四年四月七日起至八十四年五月六日止（見聲監字三六九號卷第一頁、聲監字五三八號卷第一頁），則高雄市調查處於八十四年三月八日監聽郭○欽使用之三四二二二〇二號電話（原判決及監譯報告表誤載為八十三年三月八日），似非合法。原判決未就人權保障與公共利益之均衡維護，加以審酌，以決定該項監聽紀錄應否賦予證據能力，即逕採納該項非依法定程序取得之監聽紀錄作為判決之基礎，難謂符合證據法則。」

2. 90台上字第7269號判決要旨：「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，而猶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所示應依正當法律程序保障人身自由、權利之旨意，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

（註25）92台上964號判決，權衡認為有證據能力。

日新 第二期 (2004.1)

伍、證據法專欄

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，以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。」（89台上1234判決同旨）

3.91台上字第2200號判決要旨：「按刑事訴訟之目的，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、三九六、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（見本院八十七年台上字第四〇二五號判決）。」（88台上6775號判決、88台上1882號判決、88台上1152號判決、88台上671號判決同旨）

4.最高法院91年度台上字第2905號判決要旨：「按通訊秘密係憲法第十二條規定保障之基本人權，電話通話為通訊之一種，自在保護之列，縱在通訊保障及監察法於民國八十八年七月十四日公布之前，仍應予保障，非謂在通訊保障及監察法公布實施後始有保障該基本人權之必要；又司法警察固得不待檢察官之指揮而有逕行調查犯罪嫌疑人及蒐集證據之職責，然涉及侵害基本人權之通訊監察，法律並未賦與司法警察得逕予為之之權限；至證據之取得若非依法定程序，則應就人權保障與公共利益之均衡維護，依比例原則予以酌量，以決定該

項非依法定程序取得之證據應否賦予證據能力。本件原判決論處上訴人等罪刑所憑之監聽電話錄音，係基隆市調查站先後於八十四年十一月二十五日、十一月二十八日、十二月十五日、十月二十一日、十月二十七日監聽上訴人等電話通訊之錄音，卷內並無檢察官核發之通訊監察書，上開監聽錄音似非合法取得之證據，原判決未說明已就人權保障與公共利益之均衡維護加以審酌而賦予證據能力，僅謂該監聽錄音係在通訊保障及監察法公布實施前之記錄，自非無證據能力等語，尚嫌率斷，

5.最高法院90年度台上字第848號判決要旨：「刑事訴訟之目的，固在發現實體真實，使刑法得以正確適用，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，則應就人權保障與公共利益之均衡維護，依比例原則予以衡酌，以決定該取得之證據應否具有證據能力。卷查原判決依台北市政府警察局信義分局（下稱信義警察分局）對證人文○隆之「七九九二九一四」號電話之「通訊監察內容譯文」作為認定上訴人犯罪之證據，但該電話之通訊譯文，期間係自八十六年十一月二十一日至同年十二月十日十二時止（見原判決理由三、八十七年度偵查聲字卷第六至十一頁），而依卷附台灣士林地方法院檢察署通訊監察書之記載，該支電話經檢察官核准之監聽期間為自八十六年十二月二十六日至八十七年一月二十四日止（見原審上訴卷第八十三頁）；則「七九九二九一四」號電話自八十六年十一月二十一日至同年十二月十日十二時之監聽，似非合法；至信義警察分局雖函覆原法院前審稱「七九九二九一四電話使用人係文○隆，聲請通訊監察期間為八十六年十一月二十日至八十六年十二月十九日……」（見原審上訴卷第一一四頁），但刑事案件偵查中通訊監察之核准係檢

察官之職權，警察機關尚不得逕自爲之，上開電話自八十六年十一月二十一日至同年十二月十日十二時之監聽紀錄，雖在通訊保障及監察法八十八年七月十四日公布施行前，惟依法務部八十六年三月十七日（八六）法檢決字第○七二三五號函所頒之檢察機關實施通訊監察應行注意要點第八點、第九點之規定，上開監聽紀錄之取得似違背法定程序，如就人權保障與公共利益之均衡維護，加以審酌，應否賦予證據能力？原判決未予說明論斷，遽採爲論罪之基礎，難謂符合證據法則。本院前次判決發回意旨就此點亦已指明，原審仍未注意依上開說明，按比例原則，妥適說明論斷，其瑕疵亦依然存在。」

6. 最高法院91台上字第7220號判決要旨：「刑事訴訟之目的，固在發現真實，藉以維護社會安全，但其手段應合法純潔、公平公正，以保障人權；倘證據之取得非依法定程序，法院又容許該項證據作爲認定犯罪事實之依據而有損於公平正義時，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，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，從抑制違法偵查之觀點衡量，應當否定其證據能力。原判決以李○明與其他關係人之電話通訊監察譯文作爲認定上訴人等犯罪證據之一，但該電話監聽過程究係何機關依何程序取得？是否合法？有無證據能力？原審俱未調查說明，遽採爲判斷之依據，難謂無違刑事訴訟法第一百五十五條第二項所稱「無證據能力，未經合法調查之證據，不得作爲判斷之依據」之規定。

七、違法搜索

1. 最高法院91台上字第5653號判決要旨：「被告經通緝後，司法警察（官）得逕行逮捕之，於逮捕通緝之被告時，雖無搜索票，亦得逕行搜索其身體、住宅或其他處所，刑事訴訟法第八十七條第一項、第一百三十條、第一百三十一條第一項第一款分別定有明文。然對於身體、住宅之搜索，爲嚴重侵犯人民身體自由、居住安寧、隱私及財產權之行爲，故執行搜索時，自應遵守刑事訴訟法有關之規定，且不得逾越必要之程度，始符該法保障人民不受非法及不當搜索之意旨。因之，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，除爲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爲搜索，始符刑事訴訟法保障人民不受非法及不當搜索之意旨。本件原判決援引第一審判決書所記載之事實，係認上訴人因涉犯偽造文書、強盜等罪經有權單位發佈通緝，於八十七年十月二十日二十二時在新竹市光華二街一八八號五樓內，由國道公路警察局刑警隊之員警予以逮捕，並於屋內執行搜索，進而查獲如第一審判決附表一、二所示之物等情，如屬無訛，該司法警察（官）似係基於逮捕通緝犯之目的，未持搜索票，逕行進入上開處所內執行搜索而逮捕上訴人，然執法之員警對屋內，尤其是對保險櫃所爲之搜索，是否係基於確認上訴人身分或緊急搜索之必要？有無逾越附帶搜索之範圍？其將保險櫃內涉犯常業重利罪之相關證物予以搜索、扣押，是否已逸脫刑事訴訟法第一百三十條、第一百三十一條逕行搜索之

日新 第二期 (2004.1)

伍、證據法專欄

立法目的，均非無進一步詳加研求之必要。又按刑事訴訟之目的，固在發現真實，藉以維護社會安全，然其手段仍應合法純潔、公平公正，以保障人權。因之，執法機關違反刑事訴訟法之相關規定執行搜索，因而取得之證據，以及依各該證據所發現之其他衍生證據，應否排除其證據能力，自應就執行之司法警察(官)違背該法定程序之主觀意圖、客觀情節、侵害犯罪嫌疑人權益之輕重、對犯罪嫌疑人在訴訟上防禦不利益之程度，以及該犯罪所生之危害、禁止使用該證據對於抑制違法蒐證之效果，與司法警察(官)如依法定程序有無發現該證據之必然性等情形，本於人權保障與社會安全之均衡精神，依比例原則具體認定之，若該違法搜索所違反法定程序之情節甚為嚴重，不予排除其證據能力，已難維護人民對司法公平公正之信賴，且難抑制偵查機關違法之搜索，則就司法警察(官)違法搜索所取得之證物及相關證人之證言，應予排除，始符公平正義。原判決就第一審判決附表一、二所示之證據是否為違法搜索所得，未予具體審認，復未進一步斟酌上開所述情形，本於人權保障與社會安全之均衡精神，依比例原則具體審認上開證據及其衍生證據應否排除其證據能力，遽採為判決之基礎，自非適法。」

2.92台上字第2574號判決要旨：「按刑事訴訟，係以確定國家具體之刑罰權為目的，為保全證據並確保刑罰之執行，於訴訟程序之進行，固有許實施強制處分之必要，惟強制處分之搜索、扣押，足以侵害個人之隱私權及財產權，若為達訴追之目的而漫無限制，許其不擇手段為之，於人權之保障，自有未周，故基於維持正當法律程序、司法純潔性及抑止違法偵查之原則，實施刑事訴訟程序之公務員不得任意違背法定程序實施搜索、扣押；至於違法搜索扣押所取得之證據，若不分情節，一概以程

序違法為由，否定其證據能力，從究明事實真相之角度而言，難謂適當，且若僅因程序上之瑕疵，致使許多與事實相符之證據，無例外地被排除而不用，例如案情重大，然違背法定程序之情節輕微，若遽捨棄該證據不用，被告可能逍遙法外，此與國民感情相悖，難為社會接受，自有有害於審判之公平正義，因此，對於違法搜索所取得之證據，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社會安全之維護，依比例原則及法益權衡原則，予以客觀之判斷，亦即應就(1)違背法定程序之程度。(2)違背法定程度時之主觀意圖(即實施搜索扣押之公務員是否明知違法並故意為之)。(3)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)。(4)侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重。(5)犯罪所生之危險或實害。(6)禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果。(7)偵審人員如依法定程序，有無發現該證據之必然性。(8)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。本件原判決以原判決附表二所載扣押物作為判決之證據，然台北市政府警察局搜索扣押該物品，依卷內資料，並未依法定程序為之，該扣押物有無證據能力？原判決並未說明已就基本人權之保障及社會安全之維護加以審酌，遽採為判決之基礎，殊屬違誤。」

3.最高法院92台上字第4455號判決要旨：「違反法定程序取得之證據，應否予以排除，必須考量容許其作為認定事實之依據，是否有有害於公平正義。倘依憲法所揭示之基本精神，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，尤以蒐集非供述證據之過程違背法定程序，因證物之型態並未改變，故認以容許其作為認定事實之依據，始符合審判之

公平正義及公共利益，而不予排除，自不能指為違法。原判決考量查獲之安非他命數量龐大，且為政府公告查禁之違禁物，審酌人權保障及公共利益之均衡維護，依比例原則，認員警逕行搜索查扣之安非他命有證據能力，於法尚無不合。」（數量龐大的安非他命，不排除）。

4. 最高法院91年度台上字第7078號判決要旨：「按司法警察（官）執行搜索時，除有（八十九年二月九日）修正前刑事訴訟法第一百三十一條及第一百三十一條第一項各款所列得逕行搜索之事由以外，均應用搜索票。而搜索票應記載一、應搜索之被告或應扣押之物。二、應加搜索之處所、身體或物件。搜索票於偵查中由檢察官簽名，審判中由審判長或受命推事簽名。此觀之（八十九年二月九日）修正前刑事訴訟法第一百二十八條、第一百三十一條及第一百三十一條規定甚明。從而，司法警察（官）若未得有搜索票，亦無前述得逕行搜索之情形，而逕對人民實施搜索者，其搜索之程序即非適法。又按刑事訴訟之目的，固在發現真實，藉以維護社會安全，然其手段仍應合法純潔、公正公平，以保障人權。因之，執法機關執行搜索，應確實依據刑事訴訟法及其他有關法令規定之程序為之。若執法機關違背刑事訴訟法或其他相關法令之規定執行搜索，因而取得之證據，應否排除其證據能力，亦應就執行之司法警察（官）違背該法定程序之主觀意圖，客觀情節、侵害犯罪嫌疑人權益之輕重、對犯罪嫌疑人在訴訟上防禦不利益之程度，以及該犯罪所生之危害、禁止使用該證據對於抑制違法搜證之效果，與司法警察（官）如依法定程序有無發現該證據之必然性等情形，本於人權保障與社會安全之均衡精神，依比例原則具體認定之。若該違法搜索違反法定程序之情節甚為嚴重，不予排除其證據能力，已難維護

人民對司法公平公正之信賴，且難以抑制執法機關違法之搜索，則就該項違法搜索所取得之證據，應予排除，始符公平正義原則。原判決認定上訴人有未經許可無故持有槍枝及子彈之犯行，無非以上訴人在警訊時之自白，及警方在上訴人租住處搜索查獲前揭改造之手槍一把及子彈一發，為其主要之論據。惟據上訴人在原審具狀辯稱：偵查員林○明等十餘名員警於八十八年十二月九日，持台灣台中地方法院檢察署檢察官所核發之搜索票，越區至彰化市南興街一二一巷八弄十一號其租住處搜索，其搜索票上記載受搜索人姓名為「鍾○雄」，並非上訴人，而所記載應加搜索之處所為「彰化市彰美路一段一四九巷三六號」，亦非伊之居所。經上訴人之妻何○鶯當場質疑，警員始抄填伊住處門牌，並訊問其姓名後，將之填載予搜索票內，其搜索程序並不合法。且警方係在伊住處隔壁十三號頂樓所放置之烤漆浪板中起獲上開改造手槍及子彈，非在伊住處查獲，該槍、彈並非伊所有等語（見原審卷第二十二頁、第二十三頁）。而依本件警方持以至上訴人租住處搜索之搜索票影本觀之，其「受搜索人姓名欄」係記載「鍾○雄」，而上訴人之姓名「黃○川」則記載於該欄左側之邊線上；而其「應加搜索處所」欄除記載鍾○雄之住址「彰化市彰美路一段一四九巷三六號」之外，另在其左側加註上訴人之租住處「彰化市南興路南興街一二一巷八弄十一號」。則上訴人前揭所辯，似非全屬無稽。究竟警方搜索上訴人前揭租住處，所持搜索票中上訴人之姓名及其地址部分，係於該搜索票核發時即已記載完備，抑或事後始由警員自行加註？有無上訴人所述之不合法情形？又該搜索票所記載之另一受搜索人「鍾○雄」，與上訴人涉嫌犯罪有何關聯？何以將其二人併列於同一張搜索票之內？以上疑點與判斷警方搜索上訴人住處之程

日新 第二期 (2004.1)

伍、證據法專欄

序是否合法，以及該次搜索所查扣之槍枝及子彈得否作為適法之犯罪證據有關，自有先予調查釐清之必要。

5. 最高法院91年度台上字第371號判決要旨：「原判決已詳細敘明『本案執勤警察並未有情況急迫非於斯時逕行拘提並實施非要式搜索之情況，而未向檢察官申請搜索票即逕對被告為搜索之行為，並扣得手槍乙枝及子彈三顆等物，於取證程序自存瑕疵。然……倘證據之取得，非依法定程序，則應就人權保障與公共利益之均衡維護，依比例原則予以衡酌，以決定該取得之證據應否具有證據能力，本件被告未經許可持有手槍及子彈對社會秩序及人民生命財產安全之危害重大，對公共利益之均衡維護，依比例原則加以衡酌，應較被告不受非法搜索之人權保障優先』等旨，則本件查扣之手槍乙枝及子彈三顆之取得，縱認於取證程序有所瑕疵，惟原判決已就人權保障與公共利益之均衡維護，加以說明論斷，難謂違反證據法則

6. 同意搜索：最高法院90年度台上字第1899號判決要旨：「卷查上訴人之警訊筆錄已記載警方係在上訴人同意配合下，始在上訴人住處起獲被害人所有遭搶奪之信用卡等物品等情，此有上訴人之警訊筆錄在卷可憑（見偵查卷第五、六頁）；故縱使警方起出上開信用卡等贓證物時，未出示搜索票，惟既經上訴人同意下，則上開為警搜索起出之信用卡等贓證物，就人權保障與公共利益之均衡維護觀點，尚無逾越比例原則，自難認無證據能力；則上訴意旨(2)，亦不能資為適法之第三審上訴理由。」

八、非法扣押

1. 臨檢時查扣之帳單、監視器

最高法院90年度台上字第5038號判決要旨：「依警察勤務條例第十一條第三款規定，警察得於公共場所或指定處所、路段，由服勤

人員擔任臨場檢查或路檢，執行取締、盤查及有關法令賦予之勤務。卷查本件係辦案員警執行臨檢，發現上訴人等有從事色情按摩嫌疑，為追查犯罪，而查扣前開帳單壹張、陸仟元、監視器壹個等，並帶同上訴人等至警局製作筆錄，為保護公共秩序、善良風俗及公共利益，上開帳單等證據之取得，縱認有程序上瑕疵，惟就人權保障與公共利益之均衡維護觀點，尚無逾越比例原則，自難認無證據能力，況本件原判決認定上訴人等有妨害風化之犯行，如上所述，並非專以扣案之前開帳單等為主要證據，是縱該扣案之帳單等證物並無證據能力，然本件除去此部分證據，綜合案內其他所有之證據，仍應為同一事實之認定，並不影響於原判決之主旨，依刑事訴訟法第三百八十條之規定，本不構成撤銷之原因。」

2. 臨檢查扣之帳冊：90台上字第2513號判決要旨：「有事實足信為有人在內犯罪而情形急迫者，司法警察雖無搜索票，得逕行搜索住宅或其他處所，但應於執行後二十四小時內呈報檢察官或法院，本件行為時刑事訴訟法第一百三十一條定有明文。又依警察勤務條例第十一條第三款規定，警察得於公共場所或指定處所、路段，由服勤人員擔任臨場檢查或路檢，執行取締、盤查及有關法令賦予之勤務。卷查證人黃啓賢（即高雄市警察局新興分局前鎮分駐所警員）在原審調查時證稱：「我是第一個到現場查獲的員警，我們是接獲檢舉色情交易就喬裝客人進入，以客人身分詢問小姐後，外邊的員警就進入臨檢……問小姐後均坦承半套服務，全帶到分局」、「我們沒對店內進行搜索，因我們沒持搜索票」等語（見原審卷第六十頁背面、第六一頁背面）；為警扣案之帳冊，係警方在花旗美容坊櫃台所查獲，此亦有現場檢查紀錄在卷可按（附於警卷）。本件原判決理由內已詳細敘明「辦案員警係執行臨

檢，經盤查已發現上訴人等有容留未滿十八歲之人從事色情按摩嫌疑，為追查犯罪，而查扣前開帳冊，並帶同上訴人等人至警局製作筆錄，上訴人等人於第一審辯論終結前亦未就此有何異議，為保護少年及善良風俗，且無礙於追求真實，縱令員警辦案程序有瑕疵，前開帳冊及警訊筆錄等證據，亦無排除之必要，則上開帳冊及上訴人等警訊筆錄之取得，縱認有程序上瑕疵，惟原判決已就人權保障與公共利益之均衡維護，加以說明論斷，難謂違反證據法則，上訴人陳○濱上訴意旨(2)自不能執為適法之第三審上訴理由。」

九、私人錄音

證據排除法則在規範實施刑事訴訟程序之公務員非法取得之證據究竟是否有證據能力，至於非實施刑事訴訟程序公務員之私人非法取得之證據，應如何決定其是否有證據能力？

1.91台上字第3523號判決要旨：「又刑事訴訟之目的，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，自應排除其證據能力。上訴人既無法證明該錄音帶係依法定程序取得，有違反憲法第十二條保障人民秘密通訊自由之虞，尚難認該錄音帶內容有證據能力。」(主張排除)

2.92年度台上字第2677號判決要旨謂：「刑事訴訟法上『證據排除法則』，係指將有證據價值，或真實之證據因取得程序之違法，而予以排除之法則。而私人之錄音、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。惟依通訊保障及監察法第二十九條第三款之規定『監察者為通訊之一方或已得通訊之一方事先同意，而非出於不法目的者，不罰』，通訊方一方非出於不法

目的之錄音，所取得之證據，即無證據排除法則之適用。」(主張排除)

伍、結論

無論是美國法上之證據排除法則或是德國法上之證據禁止使用原則，均有其歷史之發展背景，在美國法上有有各種例外規定，此等例外規定，在判例法上亦有其存在之價值，然在我國刑事訴訟法，自應發展具有本土化特色之證據排除法則，無論是最高法院所草擬之條文說明，或是92.2.6.公布修正刑事訴訟法第158-4條之立法說明，均提出七項基準，以判斷違法蒐集之證據應否加以排除，此等七項判斷基準在實務上將會如何運作，有待進一步的觀察，雖如是，惟值得肯定的是，證據排除法則已在我國刑事訴訟法制與實務生根發展，違背法定程序而取得之證據，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，始足以資認定。若認其違反人權保障之情形嚴重，且排除該項違背法定程序取得之證據，於公共利益之均衡維護無影響者，自得認該項證據欠缺證據能力，而予以排除；非謂警方協助偵查犯罪所取得之證據，不問其取得之過程有無違反法定程序，亦不論其違反法定程序取得證據對於人權保障及公共利益之均衡維護有無影響，均一律認其具有證據能力。由於偵查犯罪之人員非法蒐集所取得之證據，未必為法院所採用，對實施偵查犯罪之偵查人員產生重大的影響，偵查人員必須審慎研究，注意偵查方法與手段，避免得來不易之證據因一時疏忽致慘遭排除而影響犯罪之追訴，當然法院更應審慎適用證據排除法則，以免冒然排除任何證據致使應受處罰者逍遙法外，使社會正義無法實現，證據排除法則確係吾等偵、審人員必須嚴肅審慎面對之重要課題！■