

第十二章 證據禁止法則

壹、證據禁止導論.....	5
一、所為何來？.....	5
二、運作之模式.....	6
（一）排除原則併容許例外之模式.....	6
（二）規範保護目的之模式.....	7
（三）權衡理論及其相類模式.....	7
三、法源之依據.....	8
（一）概括及間接之規定.....	8
（二）法定之證據使用禁止.....	8
四、排除之時機.....	10
貳、證據禁止之內涵及類型.....	11
一、證據禁止之內涵.....	11
二、證據取得之禁止.....	12
（一）不正訊問之禁止.....	12
（二）告知義務之違反.....	13
（三）拒絕證言權之違反.....	14
（四）強制處分之要件限制.....	15
三、證據使用之禁止.....	15
（一）依附性之使用禁止.....	15
（二）自主性之使用禁止.....	16
四、證據取得與使用禁止之關係.....	17
參、證據使用禁止之功能.....	18
一、發現真實說.....	19
二、保護個人權利說.....	20
三、公平審判說.....	20
四、導正紀律說.....	21
肆、證據使用禁止之理論.....	22
一、依附性之使用禁止.....	22
（一）權利領域理論.....	22
（二）規範保護目的理論.....	25
（三）權衡理論.....	26

2◎第十二章 證據禁止法則

(四) 三段審查基準說..... 27

(五) 第 158-4 條之定性：平台說..... 29

二、自主性之使用禁止..... 33

 (一) 憲法隱私權保障..... 33

 (二) 私人不法取得證據之效力..... 35

伍、證據使用禁止之放射效力..... 37

 一、放射效力學說與毒樹果實理論..... 38

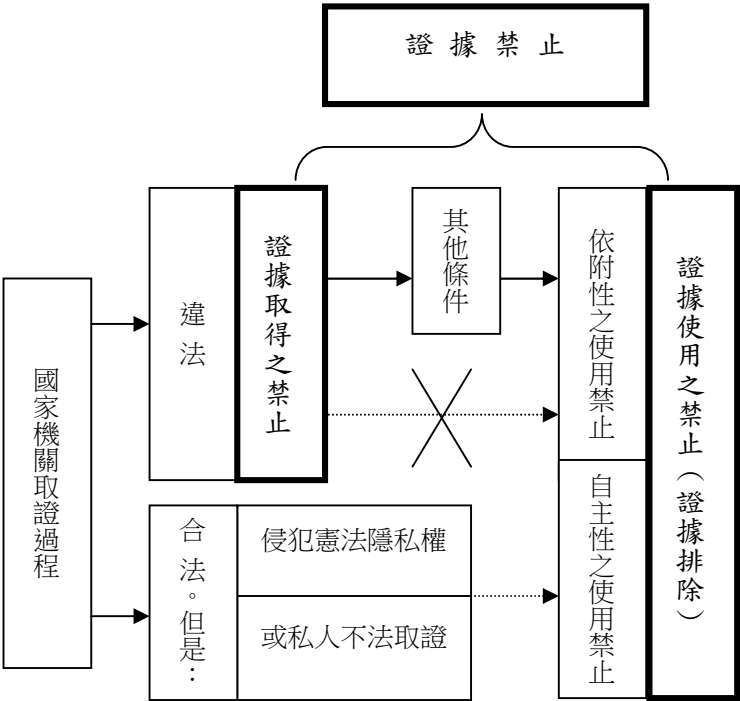
 二、放射效力之限制與例外..... 39

陸、我國實務之回顧與展望..... 41

 一、裁判回顧：從早期誤解到近期演進..... 41

 二、實務展望：站在剪貼說與平台說的十字路口..... 44

※ 圖表 12-1：證據禁止之體系



【案例 12-1：外勞毒品案】

甲涉嫌販賣毒品予外勞乙。檢察官以證人身分傳訊乙，乙因唯恐自己受到刑事追訴，本來不欲陳述，但檢察官卻因過失，疏未依法告以其得拒絕證言，乙因而作證甲販賣其毒品之事實。隨後：

- 1、檢察官將甲以販賣毒品為由提起公訴，審判期日，甲抗辯乙之證詞乃違法取得，不得作為認定犯罪事實之依據。試問有無理由？
- 2、若檢察官後來起訴乙持有毒品，試問上開乙證詞得否作為認定乙毒品案件之依據？
- 3、本案若由司法警察以證人身分傳詢乙（§196-1），情形有無不同？

【案例 12-2：年終績效案】

某日，某分局長告以局內三名值勤警員：「年終升遷時間快到了，趕快去找『績效』！」，該三名警員遂翻閱舊案，找出轄區內有吸食安非他命前科的甲，三名警員隨即出動「查訪」，雖未聲請搜索票，但卻直闖甲之自宅，敲門後便衝入房間搜索，惟無所獲。隨後，警員仍然逮捕甲前往警局採尿並製作偵訊筆錄，甲於警局自白吸食安非他命，而後來之尿液檢驗結果亦呈安非他命之陽性反應。檢察官隨後以該自白及尿液檢驗報告，將甲起訴。試問本案之：1、自白；2、採尿檢驗證據，能否作為裁判基礎？

【案例 12-3：配偶證言案】

A 女為被告 B 之配偶，其於 2003 年 9 月 5 日，在警詢中指證其目擊 B 在家殺死 C 女。隨後，檢察官起訴 B 殺人罪，A 於審理中到庭，經審判長告知後行使拒絕證言權（§§180I①,185II）。試問：

- 1、A 於警詢中之證言可否作為證據？
- 2、設若警員詢問前並未依法告知 A 拒絕證言權（§§196-1, 185II），情形有無不同？

【案例 12-4：槍擊就醫案】

甲、乙於夜間行竊時被店主丙發現並開槍還擊，乙中彈。甲即時扶持

乙脫逃，並隨即將乙送往附近醫院治療。警方其後查訪該醫院，但主治醫師丁表示其依法行使拒絕證言權，拒絕向警方透露甲乙之個人資料。警方鍥而不捨，找到該醫師之助理護士戊。戊亦拒絕透露病人乙之任何資料。警方則「曉諭」戊：甲並非病人，因此不在醫護人員拒絕證言之範圍內，透露無妨。戊聽信其言，告知警方甲之個人資料。警方遂循線找到甲、乙兩嫌犯。甲、乙之辯護人皆抗辯，警方偵查之方式，實質上規避醫師拒絕證言權之規定，因而所得之線索不得採為有罪裁判的基礎。試問其兩人之抗辯各自有無理由？(BGHSt33, 148ff.)

【案例 12-5：偶然監聽案】

法官經聲請後核發通訊監察書，下令監聽 B 的電話，後經延長；在延長監聽期間，適巧，B 之友人 L 打電話給 B 談論 L 自己所犯的他罪，上開通訊內容也因此被監聽錄音，檢察官據此訊息展開對 L 所犯他罪的偵查程序，隨後起訴 L 並以監聽錄音光碟為證。

L 的辯護人在審判中抗辯，系爭監聽證據是在延長監聽期間所得，但因該延長令未依法定程序而無效，故本案監聽證據取得時間，已經逾越了監聽的期間限制，證據應予禁止使用。檢察官則主張，即便延長令違法，因通訊監察書及其延長令所載的監聽對象皆是 B 而非 L，L 僅是偶然被監聽到的第三人 (third-party-tapping)，故 L 欠缺爭執監聽合法性之「指摘適格」(standing to complain)。試問雙方抗辯有無理由 (案例取材自：ECHR, Lambert v. France, Reports 1998-V)？

【案例 12-6：曝屍荒野案】

W 涉嫌殺害 10 歲之小女孩 M。當 M 的衣物在高速公路旁的休息站中被發現後，各方人士組成一個兩百人之自願團，在長達 160 英哩的幹道進行地毯式的搜索。其間警方繼續咄咄偵訊，曉諭虔誠的信徒 W 氏：M 之父母有權為 M 要求一個基督教的葬禮。W 遂引導警方至棄屍之支線 (幹道旁)，尋獲 M 之屍體。法院認為：警方利用 W 之宗教信仰之訊問方式並不合法，但因而間接所發現之屍體則可作為證據使用。W 之辯護人以該等判決違反毒樹果實法則為由，提起上訴。

壹、證據禁止導論

一、所為何來？

盱衡整部刑事訴訟法，不乏真實發現與法治程序之衝突（→1.2），然而，於證據禁止領域，兩者衝突之激烈程度，則是無與倫比。諸如，【案例 1-3】的自白與贓物、【案例 10-3】的手槍和毒品、【案例 12-6】的自白與屍體，在各該案件之中，若是禁止使用這些證據，幾乎也排除了實體真實，「罪犯因為警探的疏失，得以逍遙法外」。

既然如此，刑事訴訟法上的證據禁止機制，所為而來？一言以蔽之，發現實體真實早已不是現代刑事訴訟法的「帝王條款」，而證據禁止理論與實務之蓬勃發展，所欲確立者正是：刑事訴訟法上禁止不計代價、不擇手段、不問是非的真實發現。禁止「三不」，既是法治國原則為發現真實所劃定的界限，也是刑事訴訟法進入啟蒙時代的里程碑。本法禁止不正訊問及其所得被告自白之明文（§§98, 156I），正是法治程序奮戰實體真實的成果。

然而，爭端方興未艾。證據禁止問題之衝突，兼具刑事訴訟法與憲法、刑事訴訟之目的、刑事政策及法律解釋之爭議面向。【案例 5-4.1】顯示，即便立法已經明文規範，個案難免容留法律解釋的餘地（如：何謂§156I 之「詐欺」），在此，基本價值的取捨、刑事政策的考量，藉由解釋途徑，而形塑、轉化、乃至於改造法律之意旨。更甚者，立法退縮，幾乎是我國、美國、德國及日本關於證據禁止法則的共同現象；立法（憲）者多半設定國家追訴行為的要件限制，但就其違犯的法律效果問題，往往是三緘其口，因而為司法續造容留相當的空間¹。證據禁止法則，便是輔助裁判者解決個案爭議的證據規則。

¹ 這種趨勢，不但在以判例法為主軸而發展的美國法制，極其明顯（Kennedy，1999.01，頁 88：證據排除與否的基準是「判例法至上」），縱使在德國，證據禁止體系也是源自於學說的建構與實務的發展（林鈺雄，1999.01，頁 56）。

應予注意：證據禁止制度不能取代干預處分之權利救濟。對干預處分提起（準）抗告（§§404, 416）之功能，在於使受干預人得即時或事後請求法院審查干預處分本身及其執行方式是否合法，並藉由撤銷、變更、返還或確認違法等方式，排除或確認國家公權力對基本權之侵害。相較之下，證據禁止主要是在本案審判程序中，處理違法取得資料能否作為證據使用的問題，其功能重心在證據能力，而非受干預人權利狀態之回復。尤其是偵查機關違法實施搜索等干預處分後，並未取得任何證據，或案件未經起訴，即無後續審判程序可供主張證據禁止；此外，若受干預人並非本案被告，例如受搜索之第三人，證據禁止亦無法充分保障其權利。況且依下述第 158-4 條判斷結果，違法取證不必然導致證據使用禁止。因此，證據使用禁止至多只是違法取證後的程序補救或制裁效果，不能取代憲法第 16 條訴訟權保障所要求之有效、無漏洞的權利救濟²。

二、運作之模式

如前所述，各國證據禁止（或排除）法則多半不是立法的產物，而觀諸各國法例，其運作方式主要可歸納為三種原型及其混合的模式，先簡介如下³：

（一）排除原則併容許例外之模式

以搜索扣押為例，運作規則為「違法搜索、扣押→原則上應排除證據→例外時不排除證據」，此乃美國證據排除法則之實務運作模式。

² 就此，114 台上 687 下述說法有待商榷：司法警察（官）執行搜索、扣押所為相關決定，並非§416I 所列舉之處分，「無從循準抗告途徑救濟」。該裁判認知此一權利救濟之立法漏洞，卻拒絕類推適用救濟規定，反而認為「僅餘事後法院依§158-4 規定權衡並排除違法取得證據之證據能力一途」。然而，以上兩種制度，目的有別，並無相互取代之作用，不應混為一談。

³ 林鈺雄，2001I，§前言/62~。美國法介紹：王兆鵬，1999，頁 1~、1999.06，頁 17~及 2006，頁 26~；法治斌，1982.06，頁 61~；吳巡龍，2009.12，頁 94~；蔡秋明，1999.01，頁 35~。德國法：林鈺雄，1999.01，頁 56~；Jäger, 2003, S. 4ff.; Roxin/Schünemann, StVR, 24/13ff.。瑞士法：Gless, 2012.09。

此種模式的精髓，在於其判例創制的琳瑯滿目之例外法則（諸如：善意例外、無可避免發現例外、污漬清除例外、獨立來源例外等），因此，不應將其簡化為「違法＝排除」。儘管此類模式仍有諸多問題，且在非判（案）例法國家運作時有些障礙仍待解決，但其有運用結果相對明確的優點。

（二）規範保護目的之模式

此等模式主張，違法取得之證據，得否使用，要回溯該項被違反之法規的規範目的（如不符§122 搜索門檻而發動搜索者，首應探求§122 之規範目的）；至於如何探求規範目的，則有各家主張，下述的權利領域理論、規範保護目的理論、資訊分配理論等，皆可劃歸為此類的模式；本書主張的三階段審查基準說，基本上也是此類。此等模式基本上嘗試用統一的觀點來處理不同的禁止類型，比下述權衡模式明確許多，並且，由於探求法律的規範目的，本來就是法官解釋、適用法律時的基本任務。因此，規範保護目的模式也能與法律解釋論結合，成為判定證據使用禁止的重要基準。

（三）權衡理論及其相類模式

權衡理論（Abwägungslehre：→12.4.1.3）或其相類模式，簡言之，任何違反取證規定的案例中，都需要個案衡量，才能終局決定證據應否禁止使用，亦即，每個個案中都需要衡諸具體案情並權衡國家訴追利益和個人權利保護之必要性。至於權衡之具體標準為何，眾說紛紜，諸如違法之輕重程度、犯罪之輕重、導正刑事追訴機關紀律之必要程度、當事人保護之必要性、規範之保護目的等等。由於權衡模式必須犧牲法律原則的一般性，其最受詬病之處，莫過於衡量結果事先難以逆料，因此具有高度之不確定性及不安定性。但因為其具有彈性的優點，故備受（如日本及我國）實務的青睞。

以上模式僅為原型，各種混合的排列組合亦屬可能。如德國學說基本上雖多以規範保護目的為依歸，但德國實務卻發展一種規範保護目的與權衡理論的混合模式。

三、法源之依據

於我國刑事訴訟法，證據禁止之相關法源可以略分為兩大類：

（一）概括及間接之規定

在此所稱之概括性規定，係指「無證據能力…之證據，不得作為判斷之依據」（§155II），亦即，由此可推知本法概括承認證據能力／資格的限制，而理論上得藉此推衍消極及積極之要件限制。特定證據之禁止使用，屬於消極要件之限制；已經禁止使用之證據，確定無證據能力，並不屬於證據裁判原則底下所稱得以推斷犯罪事實的證據（§154II），因此，縱使依照嚴格證明程序的調查（積極要件）之後，也不得作為自由心證的評價對象，更不得採為裁判之基礎⁴。

在此所稱之間接規定，係指證據取得之禁止的相關規定。亦即，本法關於取證行為所設的諸多要件限制（→12.2.2），當國家有所違反時，除了少數立法者已經明定使用禁止者（下述（二））外，這些取證規定的規範目的，成為探求其違反法律效果的主要論據。證據禁止理論，正是處理如何從違法取證推論應否禁止使用之理論（→12.4）。

（二）法定之證據使用禁止

所稱法定之證據使用禁止，係指立法者已經針對某種違法取證明示了其所得證據應禁止使用者而言。在我國法最為典型且歷史最為悠久的法定證據使用禁止，便是出於不正訊問之被告自白無證據能力的明文（§156I）。不過，本條項雖然明白宣示立法者之基本價值，但僅係針對供述證據而發。

雖然以我國目前證據禁止之發展程度，殆無可能以立法手段來一

⁴ →11.1.1 及圖表 11-1。應予注意：§155II 所稱「…未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據」，並非證據禁止法則之依據。此處所稱之「合法調查」，是指法院於審判期日依法踐行調查證據「程序」（§288）而言，亦即，其僅指涉證據能力之積極要件（應經嚴格證明程序），而與其消極要件（應否禁止使用）無關（→11.1.1）。簡之，「違法取得之證據」，並不等於§155II 所稱「未經合法調查之證據」。

舉解決證據使用禁止問題。但我國 2003 年之修法，嘗試創設幾種證據使用禁止的法源依據，簡述如下⁵：

1、增列違背法定障礙事由與禁止夜間訊問之證據使用禁止 (§158-2I；→ 5.3.1.2)。

2、違背告知義務 (§95I) 之證據使用禁止 (§158-2II；→5.3.2.4)。

3、應具結而未具結之證言或鑑定意見，不得作為證據 (§158-3)⁶。

4、增訂證據使用禁止之概括條款 (§158-4)。明定違法蒐集取得之證據，除條文已禁止使用者外，其餘情形是否一概排除，應審酌人權保障與公共利益之均衡維護，以判斷其有無證據能力。此即證據使用禁止的權衡基準之明文化，立法理由內並例示權衡因素，謂：法官於個案權衡時，允宜斟酌① 違背法定程序之情節。② 違背法定程序時

⁵ 另應注意違法通訊監察之特別立法 (→10.6.2.6；通訊§18-1) 及其適用的優先性，實務參 110 台上大 2943。

⁶ 本條應屬體系誤列。證據使用禁止（排除）是證據能力的消極要件，與作為證據能力積極要件的嚴格證明法則有別。簡言之，違反嚴格證明規定，包括使用非法定之證據方法、違反法定證據方法之個別程序（如應命證人具結而未命其具結）及違反其共通程序（尤指直接、言詞等審理原則），因屬欠缺積極要件 (§155II 之「未經合法調查」) 而無證據能力。以證人為證據方法時（鑑定人準用），未遵守該證據方法之法定調查程序者，除了部分對結果無影響的「無害瑕疵」之外，證言因「違反嚴格證明法則」而無證據能力。上開修法，卻將「應具結而未具結之證言或鑑定意見」列入證據使用禁止的體例，有待商榷；更何況為何僅單挑具結，其他重大違反該證人及鑑定人證據調查程序之情形（如未依法傳訊證人、鑑定人到庭）卻不予列入，亦難說明，若因而引發其他重大違反並不影響證據能力之誤解，更屬得不償失。

不過，由於法條明定之故，實務仍特別重視§158-3 並將其理解為「證據絕對排除法則」（98 台上 3987），若有違反，法律效果即為無證據能力，且排除了適用§159-5 的可能性（97 台上 2882）。但另一方面，實務又限縮解釋§158-3 所稱「依法應具結而未具結者之證言」，認為僅限於以證人身份傳訊到庭或到庭後轉為證人身份者，始足當之，據此，「若檢察官或法官非以證人身份（例如以告發人、告訴人、被害人或共犯、共同被告身份）傳喚到庭訊問時，其身分既非證人或鑑定人，即與前述『依法應具結』之要件不合，縱未命其具結，…當無違法可言」（98 台上 2646；99 台上 994、101 台上 3611 同旨）。惟如此一來，不但更為凸顯體系誤列的瑕疵，而 93 釋 582 之後已經被死亡宣告的「第六種證據方法」，似乎藉此又有借屍還魂的復活機會。