

刑事證據

王 兆 鵬

這幾年刑事訴訟法修改的幅度相當地多，有一部分我個人有參與並扮演一些角色，今天跟大家談的是「刑事證據」相關的發展方向以及適用上可能注意的一些事項。我曾經在司法院擔任刑事訴訟法研究修正委員會成員，基本上刑事訴訟法是必須在這裡通過的法案之後才會送至立法院，裡面是最高法院、法務部、學者等等的見解。我個人授課對象多為法官、檢察官跟律師，跟警界上課的互動比較少，所以有問題盡量提出來，讓我們了解彼此想法跟看法。

證據能力與證明力

- ◎ 大法官釋字第五八二號解釋：「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。」
- ◎ 第 273 條第 1 項第 4 款。
- ◎ 第 273 條第 2 項：不得於審判期日主張。

首先談到的是「證據能力與證明力」：這是現今我們在法院所探討的第一個部分，證據能力強調的是，因為種種政策上的理由，我們根本不讓它進入到審判庭當中，這個我們稱之為證據能力。例如，檢警所取得之刀、槍、毒品、自白等等，我們在審判中第一個問題是會想到說「它能不能用？」，也就是「它有沒有證據能力？」，而不是先問能不能證明被告有

沒有罪。

證據能力的決定常常取決於很多因素，有一些是政策性的考量，例如新法規定非法取得者不能當證據。所以證據的合法性在將來的審判中，不是只強調這個證據能證明什麼事情，而是必須先探討這個證據有沒有證據能力。我們往回溯來看它是不是合法取得的證據，證據取得程序合法與否變得非常重要，假設它沒有證據能力的話，新刑事訴訟法第 273 條第 2 項規定它根本不可在審判期日拿出來主張。

我在此介紹刑事證據三大法則：證據排除法則、自白法則以及傳聞法則。

證據排除法則

最高法院八十七年度臺上字第四〇二五號

- ◎ 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。

在民國 87 年以前尚無所謂的證據排除法則，當時各位在警務執行上或許會比較輕鬆，只要手上握有刀或槍等等，就可以當成證據。民國 87 年以後最高法院出現 4025 號這個判決，認為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，這是不太妥當的。必須從「抑制違法」的角度來觀察，抑制的意義亦即不要讓這種事情繼續發生。

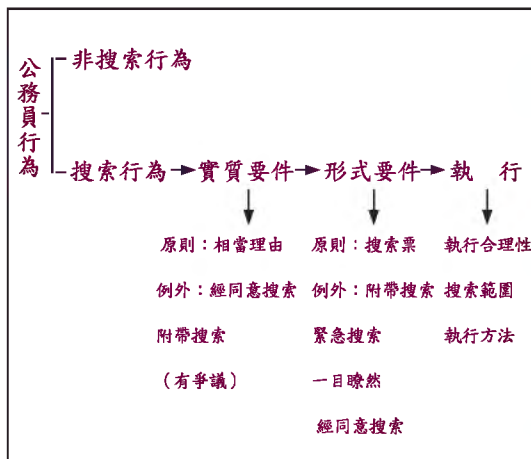
立法

- 九十年之第四百十六條第二項
- 九十一年之第一百三十一條第四項
- 九十二年之第一百五十八條之四：除前二條之情形外，實施刑事訴訟程序之公務員因其他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。

在 87 年最高法院創造這個見解之後，我們的立法機關即不斷地強調「抑制違法」這個觀念，後來在刑事訴訟法第一百三十一條第四項及第四百十六條第二項加入這個觀念，並在第一百五十八條之四建立一個很普遍性的法則，現在只要證據取得之程序違法，在考量人權保障及公共利益，可以將之捨棄不當證據。實務目前已經陸續出現非常多的案例，法院因為證據取得的程序違法，為了達到「抑制違法」這個目的，本於不可以讓程序違法再度發生的角度，把證據排除掉而判決被告無罪。

另外必須強調的是，這裡所稱的「違法」，並不是指程序上枝微末節的違法，而是指一些重大法律程序的違法情形而言。當碰到重大法律程序的違法時，法院慢慢傾向將證據排除掉，這是一個原則。所以「抑制違法」觀念一開始只是最高法院判決所出現的一個見解，後來衍變成立法者在立法方向上從民國九

十年以後之刑事訴訟法第一百三十一條第四項、第四百十六條第二項及第一百五十八條之四條等等皆不斷強調的一個觀念。



什麼樣的情形屬於違法或是合法？基本上我列了一個檢視圖表供各位參考，在我們談到物證的時候，物證的取得是犯罪偵查比較關切的焦點。在圖示上，首先前提必須是一個公務員的行為，因為刑事訴訟法第一百五十八條之四「除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員……」即明白規定此前提。基本上，非公務員例如民間徵信社所自行偷來或其他違法方式所獲取的物證，原則上我們不將它當作排除的對象，因為這跟我們這裡所談的「公務員行為」之前提沒有關係。

但是各位必須記得的一點是，在立法機關立法之後，法院將「公務員」的定義已經稍微將之擴大解釋，假設老百姓是在警察的教唆、幫助或指揮之下從事某一個行為的話，一般法官的想法通常是會將該老百姓視同於公務員之立場，亦即將老百姓的行為當作是公務員手足的延長。例如，警方陪同徵信社取締不法讓業者踹門的動作，裁判者會認為業者係進行一個幫助警方的行為，其行為也等同於公務員的行為。

公務員的行為有些稱之為非搜索行為，有些稱之為搜索行為，基本上的判斷是，當碰觸





到人民隱私的行為，我們就認為這是搜索行為。例如，實務上曾經在新竹地區出現一個偵查案件，在當事人把牙刷丟棄之後，警察將之撿起後送驗 DNA，當時警方並沒有取得搜索票，這樣的情形算不算是搜索行為呢？這其實不算搜索行為。基本上當事人拋棄於公共場所的東西，警察在公共場所撿拾或翻動取得的物品，不涉及人民隱私，因此，警察的行為不是搜索行為。

警察的作為如果被認定係搜索行為之後，就必須遵循圖示所列之要件，包括實質要件裡面的相當理由，形式要件的搜索票，還必須執行方法合理等等。因此，一開始必須區別是否為搜索行為，假如不是搜索行為的話，就是警察實施作為的職權範圍。至於假如是警察進入家宅的行為，我們是採推定的立場，推定它是搜索行為，就必須遵循圖示所列之要件。

另外，執行方法必須合理的部分，亦即憲法行政法上的比例原則，不可以用大砲打小鳥，警察的執行行為就算有搜索票，仍然必須在法官合法授權範圍內，這是一個基本觀念。

排除判斷

- 警察甲要乙秘密潛入丙宅，乙在丙宅發現毒品，在丙持有毒品之審判中，該毒品應否排除？
- 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。

證據排除的判斷，我們從實例上來觀察它的細節，在第一個案例審判中是否該排除這個毒品，就是我剛強調的，原則上這個雖然是老百姓乙非法取證行為，但是因為這是警察甲教唆的行為，所以法院會傾向認定屬於警察教唆老百姓實施非法的行為，是私人在公務員教唆下所實施之行為，因此屬於一個違法行為。

- 有三個線民具名向警察表示，剛在甲宅中完成毒品交易，甲宅內有毒品，警察是否得立即進入甲宅搜索扣押毒品？

就這個例子來判斷，警察是否可以立即進入甲宅搜索？原則上這是搜索票的問題，在英美法上稱為「令狀」。令狀的意思是，在西方最原始的目的是拿來保護警察的，警察只要持有令狀，立法機關也好，民意代表機關也好，甚至上級長官也好，完全沒有資格來批評我警察的行為有錯，因為這令狀是事先經過批准的。亦即，令狀的目的在於保護持有令狀的人，其搜索行為不受到批評。後來，令狀逐漸變成在保護被告，這個案例裡面，有百分之百的相當理由，線民具名檢舉，警察如果沒有申請令狀，就要證明有沒有符合刑事訴訟法第一百三十一條的「緊急」？有沒有符合刑事訴訟法第一百三十一條之一的「同意」？必須由警察來證明。

這個例子中，甲顯然是沒有「同意」，就必須由警察來證明有沒有「緊急」的情形。我個人認為，本例尚未構成緊急的情形，尚必須有相當的理由及事證證明有人即將把證據湮滅，僅單純線民聲稱屋內有毒品，尚不構成緊急情形，因此警察不可以立即進入甲宅搜索，應該先取得搜索票。

- 警察因甲酒醉駕車而以現行犯逮捕甲，在逮捕甲之後，警察發現車上有一包裹，懷疑為毒品，是否得拆開查看？又對前方置物箱或後行李箱，警察得否打開查看？

就本案例，警察甲沒有搜索票可不可以拆開包裹或打開後行李箱查看？大家必須有一觀念，有些權限是警察自身所擁有的，就不必考慮到當事人有無同意的問題，例如警察職權上可以直接將當事人上手銬或架離者，這是法律上所賦予警察的職權，就不需得到當事人的同意。



在本例中，警察是否可以拆開或打開查看？這是相當值得爭議的問題，在刑事訴訟法第一百三十條規定裡的附帶搜索提到，檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押時，雖無搜索票，得逕行搜索其身體、隨身攜帶之物件、所使用之交通工具及其立即可觸及之處所。而在此一個案中，行為人甲係因為「酒醉駕車」而被逮捕，假如本案甲係因煙毒被通緝，則有不同的結論，因為煙毒通緝犯的包裹裡面極可能就藏置煙毒，並且車子裡面亦極可能藏有毒品，就該第一百三十條之規定來說，警察逮捕甲之際，似乎可以拆開包裹、打開後行李箱。

就這一點來說，實務上持有兩派不同的意見，有一派見解認為，單純從法條第一百三十條附帶搜索之文義上來解釋，認為警察不問甲是因酒醉駕車或是因煙毒被通緝而被逮捕，甲的包裹及車子都可以被打開來查看，最高法院至目前為止尚未表示出意見。另外一派不同的見解則認為，為何法律上會容許你抓一個人而可以搜索他的皮包呢？應該有二個原因，第一個原因是，因為他皮包裡可能藏刀、槍，而在我們進行逮捕的過程中因其持刀槍反抗而傷害我們警察。第二個原因是，在逮捕的過程中其可能隨時將該證據湮滅掉。當這二個原因不存在的時候，你警方就不可以動他的東西。因此，如果你逮捕煙毒犯或槍擊犯，當然他的包裹裡就有可能藏毒或藏槍，但是在這個案例中，行為人甲係因為「酒醉駕車」而被逮捕，證據是藏在身體血液裡面的酒精，所以明顯地包裹跟車子裡面的東西就不會是證據，這是另一派不同的見解。

在這裡我要強調二個部分的是，第一個部分是，當事人的包裹各位最好不要隨意開拆，必須像剛才我所說的，你必須具備「合理的懷

疑」才可以這麼作。並且，這個所謂「合理的懷疑」必須是「客觀」上的合理的懷疑，並不是主觀上的懷疑，換句話來說，應該是就當時客觀情況，根據警察的執法經驗以及警察行政的判斷而有相當程度上可能懷疑是毒品的情形。因此，在這個案例裡面，法官一定會問到你開啟被告包裹的依據在哪裡，你必須要說出一個理由，例如被告的「同意」，如果沒有被告的同意呢？那就是必須依據刑事訴訟法第一百三十條規定裡的附帶搜索規定，但是有些法官會認為這樣單憑法條是不可以的，你還是必須要表示出一個理由。有學員提到被告的「煙毒前科」算不算是一個理由？事實上，要把煙毒前科當作僅有的理由是比較薄弱的說法，煙毒前科應當只是合理的懷疑中的「因素」之一，因為煙毒行為已經受過司法審判並且執行完畢，他個人目前算是清白的資格，因此，法官在這一點的考量會比較產生猶豫，因為前科紀錄只是合理的懷疑中的因素之一，但不是一個決定性的因素。相對地來說，如果行為人甲目前是「煙毒通緝」身分的話，是否決定開拆包裹則又應另當別論。

第二個部分的問題是，本案例中，警察對於酒客甲的車子前方置物箱或後行李箱可否打開查看呢？也是一樣的問題思考，法官可能會認為理由更薄弱，特別是在車子後方的行李箱部分，得到甲的同意與否是另一回事。當然，我們談到當事人同意的時候，各位必須要知道自己所擁有的是哪一些權限，如果是屬於自身權限，當然可以不經詢問當事人同意與否。

此外，在刑事訴訟法第一百三十條規定「立即可觸及之處所」之用語上，實務上的解釋認為，舉例來說，以使用的交通工具而言，並不是說嫌疑犯搭上了一班統聯客運之後就整班車內都可以讓你搜，並不是說嫌疑犯搭上了一班遠東航空班機之後就整個機艙之內都可以



讓你搜。因此，在本案例中係作相同的解釋，車子後方的行李箱非甲立即可以碰觸的部分，也不是馬上可能被湮滅證據的地方，警察如果要去搜行李箱，除非得到甲本人的同意，否則你必須再去證明有相當理由存在或者必須另行聲請一張令狀搜索票。因此，我們現在多認為，「抓人」跟「搜東西」這是二個不同的事情，你可以拘提一個人，不見得你就可以搜這個人的車子，除非嫌疑犯可能持有槍械會立即造成警察的安全威脅，或者嫌疑犯可能湮滅隨身持有之證據。

● 銀行搶案發生後，證人將搶匪所駛汽車號碼記下告知警察，警察以電腦查詢得知汽車所有權人姓名及住址，於是強行進入該住址所在，此時距搶案發生已約一小時。警察在住宅內搜尋搶匪的過程中，發現臥房中有手槍，乃扣押之，但搶匪不在家中，問嗣後在審判中該手槍是否得為證據？

再就本案例來看，警方可否進入該汽車所有權人的住宅進行搜索呢？事實上，這一部分是屬於警察的職權行使的範圍，有人從現行犯定義的角度去切入這個問題，這裡牽涉到我國立法的缺失，將來有修法的必要，這個案例在法條運用上確實欠缺現行法律去支持它。基本上，警察進入民間住宅及房間搜索，我們應該分成二個目標，一個目標是進入為「抓人」，另一個目標是進入為「搜東西」，就像回到上一個案例也一樣，「搜人」跟「搜物」其實是不太一樣的。

這個案例算不算是現行犯逮捕的情形？有些人將現行犯的涵意解釋得非常地狹隘，必須侷限於你必須「親眼看見」的情形才屬之。我個人是認為，現行犯的涵意解釋應該要擴大，警察在犯罪案件發生之後如果遇有立即的迫切需要去抓人的時候，觀之刑事訴訟法第八十八條第二項規定「犯罪在實施中或實施後即時發

覺者，為現行犯。」「實施後」之解釋，這一段時間實際上應該是蠻短的，根據統計數據，一個人在犯罪之後的多少時間之內一定會逃跑，過了某一段時間之後，他大概知道警察不會馬上來抓人，所以可能就不會逃跑，這一段時間內算是很急迫的時間，都應該被算入「實施後」急迫的時間內。並且，我們比較擔心的是，警察聲請拘票、搜索票後再回來抓人，可能犯罪行為人就全部跑光了。

回來這個案例，我的解釋傾向於認定這是一個符合「現行犯」解釋的案例，可以符合刑事訴訟法第一百三十一條第一項第一款「逮捕被告」而無令狀搜索的情形，所以我個人的看法是肯定的。再者，或許你會問「二個小時」可不可以？「三個小時」可不可以？甚或「五個小時」可不可以？這個時間點我無法精確回答你一個時間，但是原則上的一個想法是，警察於犯罪「實施中」或「實施後」如果有迫切需要立刻去抓這個行為人的話，其實這是警察擁有的權力。

在本案例的後半段之情形，警察意外所扣押的手槍是否可以當作證據呢？我們的想法是「一開始合法，隨後自然合法」，只要警察一開始的行為是合法的話，後面的行為只要是自然地發生，都屬合法。因此，警察一開始的進入住宅抓人倘若是合法的話，如果人沒有抓到而意外地發現一把手槍，即使不是我們當初預料的東西，我們還是允許把它當作證據使用。刑事訴訟法第一百三十七條附帶扣押規定及第一百五十二條另案扣押規定參照即明。

刑事訴訟法第一百三十一條無令狀搜索規定，第一項的情形是專指衝到老百姓住家抓人的情形所作的規定，至第二項則是專指為衝到老百姓住家搜索證據的情形所作的規定，二個情況分開來規定。基本上，對於衝到老百姓住家抓人的情形，我們會比較傾向於支持警察，

因為「抓人」是一個很緊急的狀況，至於「搜東西」就要視情況而定，警察就要提出證明，因為抓人的部分如果現在不抓的話，人犯可能再犯案或者逃跑等等，而搜東西的部分我們則傾向謹慎一點。

- 甲在路上偷汽車（或搶劫銀行），當場為警發現逮捕，警察詢問有無共犯，甲答還有共犯乙在路口把風，警察趕至路口，但乙已聞風逃逸不見蹤跡，警察自甲口中得知乙之住址，警察得否立即進入乙宅逮捕之？若警察進入乙宅搜尋乙，意外發現毒品，該毒品嗣後是否得為證據？若警察在現場詢問甲有無共犯時，甲答無，但當警察將甲帶回詢問後，甲在翌日供出共犯為乙，警察是否得無拘票進入乙宅逮捕？

在這個案例前半段情形，警察得否立即進入乙宅逮捕乙呢？這個情況是可以允許的，此屬於刑事訴訟法第八十八條之一第三項準用第一百三十一條第一項規定的情形。至於在本案中半段情形，警察係於合法搜索過程中發現毒品，該毒品當然得作為證據。至在本例後半段之情形，甲係於翌日供出共犯乙，警察就不可以無拘票進入乙宅逮捕乙，因為我們認為「翌日」已經欠缺緊急狀況之前提。參照刑事訴訟法第八十八條之一第二項「由司法警察官或司法警察執行時，以其急迫情況不及報告檢察官者為限」規定即明。基本上法律設計之初，絕對不是要將警察辦案的手腳綁死，這是大家應該具備的觀念。

- 甲在路上偷汽車（或搶劫銀行），當場為警發現逮捕，警察是否得立即進入甲宅搜索？
- 警察是否得帶甲入甲宅搜索？
- 警察是否得在得甲之同意後入甲宅搜索？

在第一個小問題，答案是否定的，除非警察得到當事人甲的同意，或者現場有緊急的狀況。警察抓了人之後立刻將該人帶至其家宅內

搜索，這種做法是有問題的，現行法律並未允許此種做法。

基本上，法官對於警察到嫌犯家裡搜東西這件事非常非常地在意，你搜嫌犯他的身體、搜索他的汽車，法官對之的在意程度都比不上你去搜他的房子。換一個角度來想，如果你是嫌疑犯的立場，你也會認為憑什麼要搜索我的家。因此，逮捕現行犯後並不代表可以立即無搜索票搜索其家宅，這是絕對不被允許的觀念。因此，在第二個小問題之情形，答案一樣是否定的，你必須得到甲本人出於自願性的同意。

- 警察持檢察官（而非法官）所簽發之拘票，至甲宅執行拘提，敲門後無人應門，警察相信甲躲藏在內，乃破門而入，進入後四處搜尋甲，在搜尋的過程中，於浴室發現毒品。警察終在臥室衣櫥內發現甲而予以拘提，在拘提後警察搜索衣櫥內甲得立即控制的範圍，發現彈藥。合法？

在這個案例當中，警察的做法不合法，因為拘票的目的在於抓人，至於警察進入家宅的行為是屬於搜索的行為，但是檢察官也沒有准許搜索的權力，檢察官也必須依照同法第一百二十八條令狀搜索之規定，所以持檢察官拘票進入住宅搜索的行為是非法的（請參照）。

- 警察持法官所簽發拘提甲之拘票，至甲宅執行拘提無著後，轉往甲之未婚妻乙宅執行拘提。警察敲乙宅門，但無人應門，警察相信甲躲藏在內，乃破門而入，進入後在搜尋甲的過程中，於浴室發現毒品。此時，乙正好自外歸來，承認毒品為其所有，乙嗣後被起訴持有毒品罪，乙於審判中請求排除證據，法官應如何判決？

在這個案例當中，警察進入未婚妻乙之家宅的做法是否合法呢？法官有權授權警察進行搜索，上一個例子則是檢察官沒有資格授權警





察可以到家宅內進行搜索，檢察官沒有資格簽發搜索票，這個案子是法官所簽發的拘票，事實上在法官簽發拘票的同時也寓有簽發搜索票的意味，因此，法官基本上的做法是簽發拘票之後就不另簽發搜索票。因此，警察可以持拘票進入甲之家宅拘提甲，沒有問題。

本例中，問題在於，法官並沒有授權警察到乙的家宅裡面抓甲，我們要有一個認知，拘票上面所明白記載的地址即是法官授權的地址，你到另一個第三者的家宅的地址的時候，就是超出了法官的授權。亦即，法官叫你去張三的家抓張三，你就不可以跑到李四的家，而你如果要到李四家裡，這時候你的理由就不是該紙令狀了。

警察可否破門而入呢？假如你不符合特殊的狀況，你可能會遭到法官的譴責。

● 最高法院 93 年度台上字第 664 號判決：犯罪嫌疑人「同意警方進入」，能否推定為「自願性同意搜索」？尚非全無疑義。……上訴人於警訊時供稱：「我自己打開門讓警察進入屋內」，上訴人開門讓警察進入其住處，能否謂同意警察搜索？上開搜索是否合法？所取得之扣押物有無證據能力？

我剛提到刑事訴訟法第一百三十一條之一的「同意」，「同意警方進入」能否推定為「自願性同意搜索」？最高法院判決提到上述看法，當事人開門讓警察進入並不當然代表同意被搜索。「默默忍受」與「自願性同意」不太一樣，本例情形應當是指當事人僅係因為在警察的權威之下「默默忍受」讓警察進門之情形而已。因此，警察最適當的做法是在當下明白地問當事人「是不是同意我進來？」，而不是在當事人開門的時候逕行進入。刑事訴訟法第九十五條告知義務規定，相對於第一百三十一條就沒有規定警察要明白表示「我可不可以搜索？」，但是，如果警察有先告知的話，法

院通常都會對警察這一邊作有利的推定。

● 警察欲進入殺人嫌疑犯甲的家中搜索，敲甲之家門，因甲不在家中，同居人乙應門。警察表明身分，並告知來意，問乙得否允許警察進入搜索，乙同意，警察在搜索的過程中發現殺人凶刀或毒品，得否為證據？

這個案例的情形是屬於合法的，我們在意的不是民法上的所有權歸屬於誰，我們這裡強調的是甲與乙二人之間是否具有「共同使用的權限」。甲乙是否具有婚姻或其他關係等等，並非所問。

另外，如果是爸爸不在家而警察問兒子的意見的情形呢？這裡分二個問題來思考，第一個問題是牽涉到兒子年齡的問題，第二個問題就是兒子跟爸爸二人所共同使用的空間範圍如何，就算兒子已經成年來說，警察最多也只能看看客廳等區域，至於爸爸的臥房能否進入？我們就認為這時候兒子的同意是有瑕疵的，因為兒子跟爸爸通常不會共同享有爸爸房間的隱私權。因此我們應該在意的是其彼此之間有無「共同使用的權限」。如果有共同使用權限，警察就不需得到當事人本人的同意。

● 甲涉嫌殺人，警察依法聲請並取得搜索票後，搜索票上記載應搜索及扣押之物品為「手槍及武器」。警察進入甲家中搜索，發現桌上有未緘封之信封，內有面額十萬元支票一張，警察扣押該支票，帶回警察局鑑定為偽造。甲殺人罪部分，經檢察官認定為傷害，而被害人又不為告訴，檢察官為不起訴處分。在甲被訴偽造有價證券罪的審判中，該支票是否得為證據？

在這個案例前半段中，警察的行為合法嗎？搜索票上所記載的範圍是「手槍跟武器」，假設發現毒品，可不可以扣押帶回？當然可以。我們並沒有強制規定說搜索票上所載的物品才能帶離。但是，如果是甲家的音響，

就不能隨隨便便帶走。我們的要求是，在合法的搜索扣押的過程中，一看即知這個東西是得扣押之物的話，就可以把它帶走。反之，一看無法即知這個東西是得扣押之物的話，就不可以把它帶走。在本例中，各位怎麼知道這張支票是偽造的呢？你們有這個能力一看即知這張支票是偽造的嗎？當然很難，事實上我們沒有這個能力。所以，如果是毒品，我們當然可以帶走。

另外一個觀念要注意的是，搜索票上面所記載的東西越小，你可以搜索的空間就越大；搜索票上面所記載的東西越大，你可以搜索的空間就越小。並且只要是在合法的搜索過程中，你一看到並且就知道這是得扣押之物，你都可以扣押。例如，搜索票上記載可以搜索手槍跟武器的話，你可否把信封打開？因為手槍跟武器不可能在那裡面。反之，今天如果搜索票上記載可以搜索毒品的話，你可否把信封打開？答案是可以的，因為信封裡面可能藏有毒品。

毒樹果（實）原則

- 警察無搜索票，衝入被告家中取得帳簿，帳簿不得為證據，依證據排除法則。幾日後，警察聲請搜索票，再搜索扣押帳簿，此時帳簿之取得程序為合法。警察第二次取得帳簿，排除與否？第二次係依合法搜索票合法程序取得？
- 非法取得之證據為毒樹，由該非法取得證據所衍生之其他證據為毒果，不論毒樹或毒果皆不得使用。

這個部分我簡單介紹，就是因為你第一次的行為違法，就算你第二次的行為合法，我們一樣有可能將證據排除。我們從以下的案例裡面來說明。

例題演習

- 某竊案發生後，警察懷疑甲涉案，但苦無證

據。警察至甲宅要求其同行至警察局，警察「語氣強硬」，但未對甲施以物理力。在警察局內，警察對甲極為客氣，未施強暴脅迫或不正方法，也讓甲的父親到場陪同後始為詢問，詢問時氣氛輕鬆和緩，並遵守刑事訴訟法一切問訊規定。假設審判中法院認定：一、警察要求同行的行為已構成逮捕，而警察無得逮捕之理由。二、警察未違反刑事訴訟法訊問之一切相關規定，且甲在警察局之陳述係出於自由意志（自錄影帶及其父親的證詞得知）。則甲在警察局之不利陳述，在審判中是否具證據能力？

基本上我們認為，警察讓一個人不能夠自由地離去的時候，就構成拘提逮捕。在本例中，甲雖然未被戴上手銬，法官認為警察仍然對甲構成拘提逮捕。現在問題在於，該「自白」可不可以排除？警察或許會抗議自己並沒有夜間訊問、並沒有對甲實施強迫或脅迫或有全程錄音錄影啊？這裡我們就稱之為「毒樹果實原則」。

實務上判決尚不多見，但是我們已經慢慢地有一個觀念，刑事訴訟法第一百五十八條之四之後，地方法院已經慢慢承認這個原則。很多律師也開始採取抗辯認為說，警察一開始的行為非法，後面的自白也應跟著非法。在本例中，雖然警察並沒有夜間訊問、沒有對甲實施強迫或脅迫或有全程錄音錄影，但是因為前面的拘提逮捕行為屬於非法，導致後面的自白也屬於非法，這就是毒樹果實原則。

證據死了？

- 獨立來源
- 必然發現
- 稀釋原則

獨立來源：若證據係源自於獨立、合法的來源，而非源自非法證據，不適用毒樹果實原則。例如，警察非法取得文件，文件因證據排





除法則不得使用，依毒樹果實原則警察亦不得再以聲請搜索票或提出命令的方式取得。但若警察自其他合法管道知道該文件的存在，例如線民密報或從其他合法證據推衍，警察得根據合法的獨立來源（即獨立於非法證據），再依合法程序取得證據。例如美國 *Murray v. U.S.* 案例，警察得到訊息有一倉庫藏有大麻等毒品，未取得令狀即衝入該倉庫，果然看到大麻，警察未動手搜索，亦未破壞現場，立即聲請搜索票，在聲請搜索票的紀錄中未提及警察已進入倉庫內，亦未提及警察親眼看到大麻。法官核發搜索票後，警察持搜索票再度進入，搜索扣押取得大麻等證據。聯邦最高法院判決只要警察搜索票的聲請行為、法官核發搜索票的決定，未受初始非法進入行為的影響，仍得適用獨立來源的例外規定。如果初始非法的進入行為，影響警察是否聲請搜索票的決定；或法院簽發搜索票的決定，受警察非法行為所得資訊的影響，則不符合獨立來源例外。

必然發現：因為檢警的不法行為而發現證據，但即令無該不法行為，證據亦終將必然發現，稱之為必然發現，或譯為不可避免的發現。例如美國之 *Nix v. Williams* 案：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，屍體必然會被發現，乃判決屍體證據不排除。此理論之主要目的在不使檢察官或警察因不法行為處於更優勢的地位，但亦不使其處於較非法取證前更劣勢的地位。

稀釋例外：在第一次違法取證行為之後，第二次合法取得證據之前，有其他因素的介

入，而稀釋或消除原來的違法性，雖然無獨立來源、無必然發現原則的適用，第二次取得的證據仍不排除。例如美國 *Wong Sun v. U.S.* 案，警察非法逮捕被告，取得自白，又將被告釋放。數日後，被告又自行返回警察局，並向警察自白。聯邦最高法院判決，第二次的自白得為證據，因為非法逮捕與第二次自白之間的關聯性非常遙遠，不法性已被稀釋。

自白法則

談到自白的部分，大家首先要了解自白的一些法律上規定及實務上趨勢，我們從實例上來了解：

案例

- 被告主張自白非自由意志，法院如何判斷？
- 156 條第三項：「被告陳述其自白係出於不正之方法者，應先於其他事證而為調查。該自白如係經檢察官提出者，法院應命檢察官就自白之出於自由意志，指出證明之方法。」

預防性

- 常業竊盜犯甲夜出晝伏，警察夜間訊問甲取得自白，排除否？
- 警察合法逮捕甲，甲是警察局「常客」，且一向敢做敢當，與警察嬉笑如故，但警察在詢問前疏未告知第 95 條權利，甲自白並供出贓物所在，警察又合法取贓。
- 依 158 條之 2 排除自白，為何？
- 贓物排除？

在第一個案例中，警察對晝伏夜出的甲夜間訊問所取得的自白能否作為證據？甲本來就是一個夜貓子習性的人，這時候的自白可不可以被當作證據呢？事實上，夜間訊問還是必須取得甲個人之同意，其所供之自白才能當作證據。在第二個案例中，甲常被警察抓而習以為常，在警察疏未履行刑事訴訟法第九十五條告

知義務的程序下，甲自白而供出贓物所在，這份自白屬於合法抑或是非法呢？可否將甲此份自白當作證據？

觀之刑事訴訟法第九十五條、第一百條之三及第一百五十八條之二之規定，事實上大家必須了解到，這二個案例中其實有一點沒有道理。在第一個案例中，因為甲本來就是一個暗光鳥習性的人，為什麼非得要得到甲的同意呢？況且法律上夜間訊問禁止之規定在本來設計之初就是考量到我們這些正常白天工作的人。在第二個案例中，甲是警察局常客，為什麼非得要踐行告知義務的法律程序呢？實際上，有時候很難判斷個案中的當事人是否具有暗光鳥習性或是個警察局常客，以這二個案例的情形來說，我們的法律其目的並不是為了保護甲，而是在保護一般正常的人，在這裡我們稱之為法律所存在的一種「預防性」的目的。

原本對於自白合法性著重個案判斷，後來發現個案判斷有其困難度存在，法院根本很難判斷在個案中的當事人是否具有暗光鳥習性或是個警察局常客，因此，立法方向傾向於原則上作一個統一的規定，亦即原則上對老百姓作一有利的規定。因此，凡未踐行法律所設立之預防保護措施（例如禁止夜間訊問），推定自白為非任意性，不得為證據。

嚇阻性

- 警察合法拘提甲，將其帶回警察局問案。警察（一）未向甲為第九十五條權利告知，或（二）於夜間詢問甲，經與甲「周旋、鬥智」甚久後，終「突破心防」，甲自白。警察在甲自白後，始正式作筆錄，告知甲應有權利，甲放棄緘默權、律師權、不受夜間詢問權，又再自白並經載明筆錄。審判中，檢察官僅提出警詢筆錄，辯護人指出前述事實，經查明屬實，法院應如何裁判？

我們再來看這個案例，警察在當事人自白

之後始正式製作筆錄，筆錄上清清楚楚載明甲放棄法律上種種權利，此份自白在合法性上有沒有問題呢？在早期，警察這樣做法通通都不會受質疑，但是目前律師慢慢開始挑剔了，其挑剔第二份自白是第一份自白的「延續」，就像毒樹果實原則一樣，它的效果是延續下來的，越來越多的律師會主張這份自白沒有法律上效用，因為前面警察已經問過一次而通通未遵守法定程序。

因此，各位必須了解到，我們的現行法律逐漸要求夜間訊問禁止、權利告知等等，警察不見得要用筆錄的方式進行，但是最後要依法作一份筆錄。在前面的過程中，大家可以將之以錄音機、錄影帶或錄音筆等等的方式去跟嫌犯作一個權利說明，一樣可以達到法律要求的目的，我們現行法並未明文強制規定要求。

事實上，在各位警職生涯的印象中，會遇見被告行使緘默權的情形應該相當少見，其實在我們的研究中，被告通常多是不敢保持緘默權者居多，所以其實各位不須畏懼。因此，以往警察辦案多數都不會遇到爭執，現在開始越來越多的爭執，各位應該如何保護自己，就是踐行夜間訊問禁止、權利告知及連續錄音錄影等等簡單的法定程序。

證據能力調查

- 91 年台上字第 2908 號判例：被告供認犯罪之自白，如係出於強暴、脅迫、利誘、詐欺或其他不正方法，取得該項自白之偵訊人員，往往應擔負行政甚或刑事責任，若被告已提出證據主張其自白非出於任意性，法院自應深入調查，非可僅憑負責偵訊被告之人員已證述未以不正方法取供，即駁回此項調查證據之聲請。

不正方法

- 第三人為不正方法—最高法院 93 年台上字第 6018 號判決：對被告施以…不正之方法





者…其他第三人亦包括在內，復不以當場施用此等不正之方法為必要，縱係由第三人於前此所為，倘使被告精神上受恐懼、壓迫之狀態延續至應訊時致不能為任意性之供述時，該自白仍屬非任意性之自白，依法自不得採為判斷事實之根據。…本件上訴人…於0年0月0日在刑警隊遭到刑求，並非指本件承辦製作筆錄之00曾對伊加以刑求。詎原審並未就刑警隊有無以不正方法，使上訴人之精神上受有壓迫狀態延續至新莊分局詢問時不能為任意性之供述為調查…自非適法。

最高法院逐漸重視被告的自白可否作為證據之看法，採越來越嚴格的態度，這裡也是毒樹果實原則的概念，在這裡提出來供各位參考。

不正方法

- 何謂「詐欺、利誘」？
- 甲警察詢問乙：「只要你說實話，我就放你回去，就沒事了。」
- 丙警察詢問丁：「我們在現場採到你的指紋，也有目擊證人說看到你了。」

不正方法

- 最高法院九十四年度台上字第五五四號判決：執法人員若告知被告「自白後可以回家」、「自白可以緩刑、減輕或減免其刑」，屬於利誘；若告知被告「無法與體制對抗、會被羈押」，屬於脅迫。前述情形之自白皆非出於任意性，無證據能力。

什麼情況才能稱之為「詐欺、利誘」呢？這個問題非常難，有警察隨身帶著指紋片，在抓到通緝犯嫌疑犯之後對之宣稱「現場我都採到指紋了，你還有什麼好辯好賴的？」，事實上，警察的指紋片不過是一個道具而已，然而這個嫌疑犯卻因而傻傻地承認其犯行，這種情形屬於詐欺利誘嗎？這一點我個人的淺見認為，

它應該不算詐欺利誘。再來第二個案例的情形呢？警察宣稱「你說實話，我就放人」這算不算詐欺利誘？

最高法院不贊同各位使用法律所不准的東西跟嫌疑犯交換，例如你說「你自白後可以回家」、「你自白後可以緩刑」或「你自白後可以減刑」等等，這是屬於利誘。你說「你敢對抗就羈押你」，這是屬於脅迫。我們其實很贊成警察比被告聰明，但是我們確實不可以使用不合法或不確定的東西去跟嫌疑犯作交換。

權利告知

- 舊法：違反第95條，無效果。
- 新法第158條之二，要件如下：(一)「受拘提、逮捕」之人。
- (二)四款告知內容，只有違反緘默權或律師權的告知義務，違反其他並無效果。
- (三)只有檢察事務官或司法警察(官)違反，始產生排除效果。

刑事訴訟法第95條有規定告知義務，第一百五十八條之二也有相同規定，這一點是很簡單的做法，你只要單純地告訴他「你有權保持緘默、有權聘請律師」即可，第95條規定訊問被告的告知事項有四點：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。四個部分都必須告知。人權保護團體有主張，假如你有一項沒有告知被告，就應該把被告的自白給排除掉。我個人覺得沒有這麼嚴重，應該是你至少要作到告訴被告「你有權利保持緘默、你有權利聘請律師」這二點就足夠。

權利告知

- 警察在商店內逮捕被告，附帶搜索其身體，發現有槍袋，但袋內無槍，警察即問「槍呢？」被告指某處，答：「槍在那兒」，警

察果然在該處發現槍。審判中，被告言「槍在那兒」得否為證據？

- 依「公眾安全」例外法理，該陳述毋庸排除。
- 第158條之二所謂的違背非出於「惡意」，非指未告知是否出於良善動機之意，而是指因為有緊急事由、有更重大的利益需要保護，致未履行告知義務。

最高法院判決

- 最高法院九十三年度台上字第六五七八號判決：自白係出於不正方法者無證據能力之侵害性法則，並不限於負責訊(詢)問之人員對被告為之，即第三人對被告施用不正之方法，亦屬之，且不論係事前或訊(詢)問當時所為，只要其施用之不正方法，致被告之身體、精神產生壓迫、恐懼狀態延伸至訊(詢)問當時，倘被告因此不能為自由陳述者，其自白仍非出於任意性，不得採為證據。
- 理論基礎：毒樹果實原則？

最高法院判決

- 最高法院93年度台上字第6656號判決：調查員於九十年九月十二日…以不正方法取供…檢察官於同年九月二十三日…傳喚上訴人…到庭訊問後，…再經該檢察官於九十年十二月二十日…訊問…上訴人選任之辯護人…並於該期日到庭執行職務。則上訴人於檢察官偵查中之初供，距其於調查局詢問時之陳述已逾一個月又十日，又其第二次在檢察官偵查中之供述，並有選任之辯護人到庭執行職務，此與犯罪嫌疑人在警調人員詢問後即移送檢察機關訊問之情形迥然有異，顯見上訴人已有極為充裕之時間，足以脫離其在調查局所受恐懼、壓迫之狀態…足證上訴人先前因上開不正之方法，所受精神上之壓迫狀態，並未延伸至其後未受不正方法所為之自白…上訴人在檢察官偵查中所為之自白，自

具有證據能力。

第一百五十八條之二規定「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。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。」裡面，其但書的「非出於惡意」並非指好或壞的意思，而是指沒有權利告知是為了追求更重大的利益，因此蓋過了不踐行告知義務程序的情形。

在本權利告知之案例中，被告後來抗辯「警察當初沒有告知我有權保持緘默」，因此所說的「槍在那兒」這句話不能當證據云云。但是因為警察查獲手槍這是一件很急迫的事情，因此這就是一個典型的「非出於惡意」的例子。

最高法院93年6656號這個判決，第一次非法訊問與第二次檢察官的訊問時間上間隔得很長，那檢察官就這個筆錄就能夠當作證據，反之，如果在時間上間隔得很短，那檢察官就這個筆錄就不能夠當作證據。因此，我們是看時間的長短、有沒有其他因素的介入。本例中時間已經超過一個月又十天，這個時候毒樹違法的「毒」在果實裡就不存在了。

傳聞法則

我國法發展一新法

- 九十二年二月六日修正之刑事訴訟法明文承認傳聞法則（同年九月一日生效）。
- 第一百五十九條為：「被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。（第二項）前項規定，於第一百六十一條第二項之情形及法院以簡式審



判程序或簡易判決處刑者，不適用之。其關於羈押、搜索、鑑定留置、許可、證據保全及其他依法所為強制處分之審查，亦同。」

我國新刑事訴訟法規定承認傳聞法則，因此表面上，似乎在警察局所作的筆錄不可以當作證據，至於檢察官所作的筆錄好像原則上多可以當作證據，而法官所作的筆錄則是當然可以當作證據等等。事實上這是個誤會，在警察局所作的筆錄其實是具有很高的證據價值，我們只是原則上希望這個證人能夠來法庭再講一次。或許有人認為我幹嘛要講二次三次的，我在警察局已經講了一次難道還不夠嗎？我相信在警察的辦案經驗中，證人亂講話的情形是常見的，因此，我們的要求其實是，在被告的審判中，對被告不利的證人都要出庭作證。

先前不一致的陳述

- 我國新法第一百五十九條之二「先前不一致的陳述」：
- 「被告以外之人於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，與審判中不符時，其先前之陳述具有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據。」

先前不一致的陳述

- 證人甲於警詢：乙為下手殺人之凶手。
- 乙之審判中，法官傳喚甲作證，甲：當時驚嚇過度，在警詢中對乙之指證並不真確，不能確信乙為下手之凶手。
- 審判中陳述、警詢陳述，皆得為證據。

我們來看這個案例，刑事訴訟法第一百五十九條之二「被告以外之人於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，與審判中不符時，其先前之陳述具有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據」規定，剛提到在警察局所作的筆錄其實是具有很高的證據作用，通常原則上的做法是

被告以外之人在警察局所講的一些話，是要請他到法院再講一次。他在法院所講的話如果跟在警察局所講的話不一樣的話，在警察局所作的筆錄是可以當證據的。

不能或拒絕作證者之警訊陳述

- 第 159 條之 3 第 1 款至第 3 款情形，因為證人死亡、無法記憶、無法傳喚，被告以外之人於檢察事務官、司法警察官等調查中所為之陳述，經證明具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，得為證據。

公務或業務上之文書

- 新法第一百五十九條之四規定：「除前三條之情形外，下列文書亦得為證據：一、除顯有不可信之情況外，公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書。二、除顯有不可信之情況外，從事業務之人於業務上或通常業務過程所須製作之紀錄文書、證明文書。三、除前二款之情形外，其他於可信之特別情況下所製作之文書。」

公務或業務上之文書

- 至於警察單位所製作之幫派組織系統表。
- 依最高法院八十九年台上字第六九六五號判決，不得為證據，法院必須傳喚製作該系統表之公務員，以直接審理之方式加以調查。
- 依新法之立法理由，該幫派系統表係非可受公開檢查之文書，仍不得為證據。

公務上的文書這部分，基本上我們的看法是，警察局裡面的出勤報告百分之百可以當成證據，例如出差紀錄、電話紀錄等等皆屬之。在最高法院 89 年這個 6965 號判決裡面，我們會要求這個承辦的警察製作人親自來法院一趟講給法官聽，因為你在法庭上所說的內容的說服力，會比那張紙（幫派組織系統表）說服力強上許多。以幫派系統表為例，有經過人的思維所製作的東西，原則上要把製作者請來法官面前說明，才能將之作為證據。又例如交通事

故調查表，因為會有一些人為的錯誤可能在裡面，因此也是作相同的解釋。

同意及擬制同意

- 新法第一百五十九條之五規定：「被告以外之人於審判外之陳述，雖不符前四條之規定，而經當事人於審判程序同意作為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據。（第二項）當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有第一百五十九條第一項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意。」

同意及擬制同意

- 第一項規定，當事人得明示同意傳聞陳述為證據，但法官仍保有審查權，此乃我國改採當事人進行主義之自然結果。
- 當事人對於審判外之陳述，得為「全部或一部」之同意。例如警詢曾訊問證人甲、乙、丙三人，辯護人基於一切考慮後，得同意甲、乙之警訊陳述，但不同意丙之陳述。若丙在警訊中陳述經紀錄多達十餘頁，辯護人得同意丙於第三、五頁之陳述，但不同意丙之其他陳述。

我們一個很簡單的目的就是讓證人到法院作證，我們現在這一套法律訂得很不完善，似乎表示法官最大、檢察官第二大、警察再次之。將來修法會逐漸改善法官、檢察官及警察的角色。刑事訴訟法第一百五十九條之五規定之同意，是一個很重要的修法。

傳聞法則之未來一大法官會議

- 民國八十四年大法官釋字第三八四號解釋，對質詰問權為人民憲法所保障之基本人權：「關於秘密證人制度，剝奪被移送裁定人與證人對質詰問之權利，並妨礙法院發現真實」
- 民國九十三年大法官釋字第五八二號解釋，

宣示「詰問證人的權利」，為憲法基本人權。共同被告之陳述，未經具結、詰問，不得為被告之證據，否則與詰問權有違。

大法官三八四號解釋是一個相當重要的解釋，我們的新修法傳聞法則就是根據此解釋而來的，以前警訊筆錄都可以直接當作證據，現在則是另一個看法。在對於傳聞法則的了解方面，主要是因為很多證人會說謊，或是有些證人不說謊但是搞錯了而不自覺，因此我們希望證人審判中能出庭讓被告直接詰問。

在大法官五八二號解釋中有一個趨勢，現行法規定是警察局所作的筆錄通通不可以當作證據，除非把筆錄製作人請過來親自說明，而檢察官所作的筆錄原則上可以當作證據。大法官在思考另外一個問題，我們要把警察跟檢察官的角色劃上一個等號，並且這個目的無涉官等的大小。因此，目前已經有人聲請刑事訴訟法第一百五十九條之一第二項的大法官解釋，認為檢察官的筆錄也不可以當作證據，應該跟警察所作的筆錄同等對待。✱

（本文為國立臺灣大學法律系教授演講摘要，張容瑞、黃傳志整理）

企業家在面對主流看法時，仍有勇氣表現出特立獨行、打破傳統以及果敢決斷的特質。

經濟學家凱因斯（John Maynard Keynes）

絕不要認為一個企業已經成功了，它只是持續下去，每一年努力往成功邁進一步。當一個人或一個企業認為他們是成功的，就不再會有進步。

IBM公司創辦人華生（Thomas J. Watson Sr.）

