

著作权合同登记:图字 01 - 2005 - 1792

图书在版编目(CIP)数据

论证据排除 美国法之理论与实务 / 林辉煌著. —北京:北京大学出版社,
2006.1

ISBN 7 - 301 - 10104 - X

I. 论... II. 林... III. 证据 - 研究 - 美国 IV. D971.25

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 131798 号

簡體中文版由元照出版有限公司(臺灣地區)授權出版發行

林輝煌:《論證據排除——美國法之理論與實務》2003 年,第一版

ISBN 986 - 7787 - 41 - 2

书 名:论证据排除——美国法之理论与实务

著作责任者:林辉煌 著

责任编辑:李 艳 邓丽华

标准书号:ISBN 7 - 301 - 10104 - X/D · 1350

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址:<http://cbs.pku.edu.cn>

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

电子信箱:pl@pup.pku.edu.cn

排版者:北京高新特打字服务社 82350640

印刷者:

经 销 者:新华书店

650 毫米 × 980 毫米 16 开本 11.25 印张 192 千字

2006 年 1 月第 1 版 2006 年 1 月第 1 次印刷

定 价:20.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

自 序

中国台湾地区刑事诉讼制度自本(2003 年)年 9 月 1 日起,将有革命性的变革,由原本极具大陆法系职权调查色彩的刑事审判制度,转向带有英美法系当事人进行特色之审判制度倾斜,各地方法院即将全面实施检辩双方之交互诘问制度,并采行较以往更为严谨之证据法则。从舆论民意反应、台湾地区各界,对此崭新制度之施行,有誉为“审判新契机”,亦有讽为“改革的幻景”,有褒有贬,既怀抱着殷殷期待又不免惶惶然之错综心情,一方面期待台湾地区新刑事诉讼制度更能切合时代潮流,符合社会实际需要,实现公平正义,但他方面心中仍难免抱持着深深的疑虑,这个新制的理想愿景真能实现吗?抑或,将会演变成一场新的司法灾难呢?

综观此次《刑事诉讼法》之修正,其实质影响最为深远者,厥为英美法制所创立之证据排除法则(exclusionary rule)与传闻证据法则(hearsay rule)之继受。许多站在第一线侦查犯罪之检警人员忧心忡忡,唯恐诸多可信度极高的传闻证据,尤其是有违程序规定取得,但对实体真实发现极具关键之主证据(evidence in chief),在新证据法则之适用下,将被排除使用,可能因此使某些重大案件被告得以脱罪,严格的新证据法则将使台湾成为“犯罪天堂”。

其实,研究刑事诉讼法学者已有共识,一致认为现代刑事诉讼法(Modern Criminal Procedure)已经不再只是实现国家具体刑罚权的传统技术规则或程序规范,现已蜕变为人权保障之现代化法律机制,美国法学者 Jerold H. Israel 及 Wayne R. LaFare 甚且以“宪法化的刑事诉讼法”(constitutional criminal procedural law)称之,将刑事诉讼法纳为宪法之具体构成部分,著名法官 Henry Friendly 更将宪法人权条款奉为实质的刑事诉讼法(the Bill of Rights as a code of criminal procedure),即在彰显现代化刑事诉讼法之本质。本此信念,美国即由其联邦最高法院领军,不断将美国联邦宪法增修条款有关人权保障之抽象规定首先适用于联邦管辖之具体个案,并进而逐一扩大适用于州管辖之刑事案件,展开全美“刑事诉讼法宪法化”之伟大改造工程,其中尤以引据第四增修条文有关免受不合理搜索扣押之规定所创设之“证据排除法则”被视为最大成就,历经多年来持续演绎发展,终于形塑成为美



国刑事审判最重要的证据法则之一,并且迅速流传各国法制。

在美国,证据排除法则乃是为遏阻执法人员不法搜集证据,由司法审判所创设,将不法取得之有用证据予以排除,作为保障人权之一种制裁手段(sanction),凡以不正方法取得之证据(evidence obtained by illegal means)均应排除,具有法定排除之性质。依此法则所排除之证据,都是案件中极具关键之主证据,当然会影响犯罪之有效诉追,因此,为兼顾真实发现之重要法益,审判实务又审时度势,逐渐创设对应的例外法则,建构完备的证据排除及其例外之具体法则,悬为侦审实务遵行之准则。

台湾地区《刑事诉讼法》此次修正,于第158条之4增订:“除法律另有规定外,实施刑事诉讼程序之公务员因违背法定程序取得之证据,其有无证据能力之认定,应审酌人权保障及公共利益之均衡维护。”采行“权衡理论”之相对证据排除法则,唯在实务运作上究竟应如何均衡维护人权保障及公共利益,亦即如何在“人权保障”与“有效追诉”两个竞争法益(competing legal interests)间作抉择,应是一大难题,在无前例可循之下,若别无具体法则资为指导方针,任由法官自由审酌,可能会有失出失入之乱象发生,恐将造成刑事裁判之不可预测性,诚有违本次司法改革之美意。

有鉴及此,本书特以证据排除法则之始祖——美国法制为研究重心,分七大部分,第一章绪论,第二章叙述证据排除法则之沿革,第三章详论排除法则之具体适用情形,包括非法搜索扣押之证据排除、违法通讯监察之证据排除、不法取供之证据排除、违反强制自证己罪及其相关禁止规定之证据排除及违反正当法律程序之证据排除等,第四章阐述毒树果理论(fruits-of-poisonous-tree doctrine)之运用及其限制,亦即,衍生证据(derivative evidence)之排除情形及其例外,第五章申论排除法则于其他附随程序之适用情形,第六章析述证据排除之当事人适格,最后提出总结,将美国刑事审判之证据排除,提纲挈领,从理论发展到实务运作,一气呵成,作简洁而有系统之深入浅出论述,并特别辅以生动鲜明实例或较具争议性之案例解说,且在附录中节录汇集美国联邦最高法院相关重要判决,借供查考,除增加读者阅读之兴趣外,并期能帮助读者易于了解各种错综理论之内涵,更冀望能使读者心领神会美国法院如何在竞争法益间作抉择之方法,而每个注解不但力求引经据典,俾本书之论述言之有据,并且择取相关论点,将台湾地区与美国之规定差异作简要比较,借供参酌;凡此,其最终目的就是在提供台湾地区侦审人员较为具体明确之指引,裨益妥当适用台湾地区新近增订之证据排除法则。

从事法学研究与创作本是作者一向之志趣与夙愿,但研究与创作对于



一位公职人员而言,着实是一件遥不可及之梦想。作者专职司法官培训之重责大任,公务缠身,欲竭尽所能,捡拾零碎余暇,从事法学研究,已深感非易,又岂敢奢望得以著成专门论作!本书之付梓,悉出于作者为台湾地区司法改革奉献一份绵薄心力之强烈动力所驱使鞭策,乃能促使作者持续不断长达九个月之久,夙夜匪懈,废寝忘食,广为搜集研读相关参考文献资料,经深入归纳分析,终能有所领悟,爰草成本书。写作之过程诚然相当艰辛,但创作之果实却是倍觉甜美,兹因夙愿成真,欣喜满怀,虽是野人献曝,唯区区研究心得,诚愿与读者分享,是为序。

林辉煌

2003年7月7日

出版说明

当今社会是信息社会。信息的交流和互动使我们可以站在巨人的肩膀上俯瞰整个学科的发展,进而推动该领域学科的发展壮大。我国台湾地区的法学研究较为成熟,但目前大量读者还不易直接在祖国大陆购买台湾地区的书籍,而大量复印又有违著作权法的有关规定。在这种情况下,我社引进了一些已经在我国台湾地区出版的优秀法学著作。我们希望通过这种方式给祖国大陆读者提供一种获取信息的捷径,从而可以比较迅速地了解各个地区的教学和学术成果,为深入学习和研究打下更坚实的基础。

我们引进这些学术著作,主要目的在于介绍我国台湾地区的相关法学理论和方法,推动学术交流,促进学科发展,完善教学体系。而其著作者的出发点、指导思想、基本观点和结论等,属于学术范畴的讨论,均不代表北京大学出版社的立场和观点。

由于海峡两岸的具体情况不尽相同,为方便读者,经授权出版社同意,我们在排版时对原书的某些行文方式作了少量技术性处理。至于原书内容,我们遵从著者的意愿,未作任何改动。需要特别说明的是:(1)台湾地区是中国不可分割的一部分,这是不争的事实。但目前由于特殊原因,台湾地区还实行本地区的法律、法规,包括“宪法”。学界从宪法的视角研究、审视法律已经成为一种趋势和必然。因此,从学术研究出发,对书中涉及的“宪法”规定及其分析,并没有加以删减。(2)一些机关和机构,比如行政法院、学会等,系指我国台湾地区之机构,为了保持行文顺畅,并使读者明确地查证,一般按照原有的称呼,没有进行特别的处理。(3)为了行文的简洁,对具体的法律、法规没有一一加以说明,因此如果

没有特殊标注,书中所涉及的法律、法规均为我国台湾地区的法律。(4)我国台湾地区法学领域有些用语与祖国大陆不尽一致。比如一些国际条约的翻译、学科设置等,为了保持作品原貌,也没有加以修改。特此一并声明,敬请读者注意,以免产生误会和质疑。

目 录

第一章 绪论.....	(1)
壹、导 言	(1)
贰、刑事诉讼法宪法化潮流	(1)
叁、台湾地区刑事诉讼法之重要变革	(2)
肆、论述主题	(5)
第二章 美国证据排除法则之沿革.....	(7)
壹、导 言	(7)
贰、英国习惯法传统法则之继受与变革	(7)
叁、证据排除法则之理论依据	(8)
肆、证据排除法则之发展	(9)
伍、证据排除法则在美国刑事诉讼法之地位	(10)
第三章 证据排除法则之适用	(11)
壹、导 言	(11)
贰、非法搜索扣押之证据排除	(11)
叁、违法通讯监察之证据排除	(27)
肆、不法取供之证据排除	(34)
伍、违反强制自证己罪及其相关规定之证据排除	(59)
陆、违反正当法律程序之证据排除	(62)
柒、侵犯被告辩护权之证据排除	(63)
第四章 毒树果理论之运用及其限制——衍生证据之排除与例外 ..	(66)
壹、导 言	(66)
贰、衍生证据之排除	(66)
叁、衍生证据排除之例外	(68)
第五章 证据排除法则于其他附随程序之适用	(95)
壹、导 言	(95)



贰、弹劾证言程序	(95)
叁、大陪审团调查程序	(97)
肆、量刑听证程序	(98)
伍、撤销假释听证程序	(98)
陆、少年感训程序	(99)
柒、驱逐出境听证程序	(99)
第六章 得主张证据排除之适格当事人	(100)
壹、导 言	(100)
贰、基本法则	(100)
叁、变形法则	(101)
肆、具体案件适用之评析	(103)
伍、“当然适格”法则之存废	(108)
第七章 总结	(110)
壹、导 言	(110)
贰、美国刑事审判证据排除法则理论体系完备	(110)
叁、违法搜索扣押之证据应予排除	(111)
肆、违法通讯监察之证据应予排除	(111)
伍、违反取供法则之陈述证据应予排除	(111)
陆、违反正当法律程序之证据应予排除	(111)
柒、侵害辩护权之证据应予排除	(112)
捌、违法证据之衍生证据亦应排除	(112)
玖、衍生证据之排除设有例外	(112)
拾、证据排除法则亦适用于准刑事审判程序	(112)
拾壹、主张证据排除须为适格当事人	(113)
拾贰、对执法人员之叮咛	(113)
附录	(115)
关键词汇定义中英对照表	(115)
本书引用美国法院相关判决一览表	(119)
本书引用美国联邦最高法院重要判决节录汇集	(125)
参考文献	(168)

第一章 绪 论

壹、导 言

世界各国法律制度在 20 世纪最具变革性者,当属刑事诉讼制度。世界法系主要虽有英美法系与大陆法系之分,而异其刑事诉讼之基本结构,但自 20 世纪末叶起,因刑事诉讼法宪法化之潮流而使刑事诉讼制度有日益合流之趋势。

贰、刑事诉讼法宪法化潮流

美国刑事诉讼法在 20 世纪中叶即发生了巨大的变革^①,其联邦最高法院经由所受理的具体案件不断地援用联邦宪法有关人权保障条款(Bill of Rights)之各项规定,创新了传统刑事诉讼规则,具体落实了刑事被告之人权保障,因而使刑事诉讼程序提升为实践宪法保障人权之法律机制,将刑事诉讼法与宪法密切联结,使刑事诉讼法宪法化(constitutionalization of criminal procedure)蔚为当代的主流风潮^②,并引领各国相继呼应追随,俨然形成一股

① 20 世纪 60 年代美国法制开始进行大规模的变革,其中又以刑事诉讼程序之制度变革为最,对此,美国自由派法学者甚且用“法律革命”(legal “revolution”)一语来形容之,较为保守之法学者也以法律“重大发展”(legal “accentuated evolution”)称之,参阅 Jerold H. Israel and Wayne R. LaFAVE, Criminal Procedure—Constitutional Limitations, West Nutshell Series, pp.1 ~ 10 (1993)(以下简称为 I&L 合著)。

② 美国联邦最高法院在美国从事法律革命之历程中,被认为系扮演最具关键性之角色(a key participant in the “revolution”),自 20 世纪 60 年代初起,透过所谓“筛选性的纳入”方法(the “selective incorporation” approach),陆续将联邦宪法有关刑事被告人权保障之规定,一一适用于州法院,几乎每年均有一个以上划时代的判决佳作,公之于世,令人称道,例如:Mapp v. Ohio, 367 U. S. 643 (1961)及 Ker v. Cal., 374 U. S. 23 (1963),将宪法第四增修条款有关免受不合理搜索及扣押(the freedom from unreasonable search and seizure)之规定,及以违反此项规定之方法取得之证据应予排除之法则(and the right to have excluded from criminal trials any evidence obtained in violation thereof),适用于州法院管辖的刑事案件;Robinson v. Cal., 370 U. S. 660 (1962),将第八增修条款有关酷刑禁止(the prohibition against cruel and unusual punishment)之规定适用于州法;Gideon v. Wainwright, 372 U. S. 335 (1963),将第六增修条款有关辩护权(the right to the assistance of counsel)之规定适用于州法院受理之刑事案件;Malloy v. Hogan, 378 U. S. 1 (1964),将第五增修条款有关禁止强制自证己罪(the privilege against self-incrimination)之规定适用于州法院;Pointer. v. Texas, 380 U. S. 400 (1965),



刑事司法改革之国际潮流。

叁、台湾地区刑事诉讼法之重要变革

近十年来,台湾地区《刑事诉讼法》几经大幅度的修订^③,揆其修订轨迹,吾人不难发现,大部分修订之重点亦系朝向刑事诉讼法宪法化之大道迈进,逐渐与国际潮流接轨,其中最显著之变革者,即呈现在证据排除法则之采行。传统上,台湾地区刑事诉讼法系本于大陆法系职权主义之效能,凡得为证据之资料,均具有理论上之证据能力,法律上对于证据之种类,并未设

将第六增修条款有关与不利证人对质(the right to confront opposing witnesses)之规定适用于州法院;Klopfer v. N. C., 386 U. S. 213 (1967)将第六增修条款有关迅速审判(the right to a speedy trial)之规定适用于州法院;Washington v. Texas, 388 U. S. 14 (1967)将第六增修条款有关取得有利证人作证(the right to compulsory process for obtaining witnesses)之规定适用于州法院;Duncan v. La., 391 U. S. 145 (1968)将第六增修条款有关陪审(the right to jury trial)之规定适用于州法院;Benton v. Md., 395 U. S. 784 (1969)将第五增修条款有关一事不再理(the guarantee against double jeopardy)之规定适用于州法院管辖之案件。再加上In re Oliver, 330 U. S. 257 (1948)及Cole v. Ark., 333 U. S. 196 (1948)二案判决,将第六增修条款有关公开审判(the right to public trial)之规定适用于州刑事案件,综计联邦宪法人权条款规定,计有23款,其中有12项规定与刑事被告有关。综合联邦最高法院之判例,已有上述十项规定认应适用于州刑事案件,仅第八增修条款有关保释金额不得过高(the guarantee against excessive bail)及第五增修条款有关大陪审团程序(the right to grand jury indictment in felony cases)两项规定尚未适用于州法院,后者早经Hurtado v. Ca., 110 U. S. 516 (1884)判决确定不适用于州法院,并于Gerstein v. Pugh, 420 U. S. 103 (1975)判决再度确认,已成定局,前者迄今虽尚未经联邦最高法院直接判决确认,但在Schilb v. Kuebel, 404 U. S. 357 (1971)判决,联邦最高法院曾间接暗示得适用于州法院,并为学界所赞同。详见注①J&L前掲合著,第5~18页。

③ 台湾地区《刑事诉讼法》自1928年7月28日国民政府公布以来历经17次修正,最近10年来,除1993年7月30日仅修正第62条送达规定外,更历经10次大幅度的修正,1995年修正第253、373、376、449、449之1、451、454等条,1997年为遵循“司法院”大法官释字第392号有关羁押权归属之解释,于12月19日作有史以来第一次最大幅度的修正,共计修正第27、31、35、91、92、93、93之1、96、98、100之1至2、101、101之1至2、102、103、105、106、108、110、114、116、116之1、117、118、121、141、226、228至230、231之1、259、271、311、379、449、451、451之1、452等条,并删除104、120等条,1998年1月21日修正第55、100之1至3、248之1、420等条,1999年修正两次,2月3日修正第93之1、146等条,4月21日修正第101之1、147等条,2000年又作两次修正,2月9日修正第38、116之2、117、117之1、323、326、328、338、441、442等条,7月19日修正第245条,2001年1月12日又作了有史以来第二次最大幅度之修正,共计修正第122、127、128、128之1至2、130、131之1、132之1、136、137、143、145、153、228、230、231、404、416等条,并删除129条,2002年1月17日又针对交互诘问及缓起诉等制度作重大变革,计修正第61、131、161、163、177、178、218、253、253之1至3、255、256、256之1、257、258、258之1至4、259、259之1、260、326等条,6月5日仅修正第101之1,最近一次在2003年2月6日针对证据章之规定作有史以来第三次最大幅度,也是最重要而实质的修正,共计修正第31、35、37、38、43、43之1、44、44之1、117之1、118、121、154至156、158之1至4、159、159之1至5、160、160之1至3、163之1至2、164、165、165之1、166、166之1至7、167、167之1至7、168之1、169至171,并删除172至174等条。



有任何之限制^④。因此,审判实务上曾认为:“警察机关对于拘提到案之刑事被告为讯问时,未即时告知其得选任辩护人,虽有违《刑事诉讼法》第88条之1第4项告知义务之程序规定,但不影响被告在警局任意自白之证据能力,如经原审调查与事实相符,自得资为裁判之基础^⑤”,抑且,“即使是传闻证据,亦非毫无证据能力,只要法院本于直接审理原则之运作,将依职权搜集调查所得证据,呈现于公判庭,命双方当事人辩论,借以发现证据之态度,衡量证据之价值,形成正确之心证,而为适当之判断,即与法无违^⑥”云云,即其适例。唯晚近,“最高法院”亦深受刑事诉讼法宪法化之国际思潮影响,在判定证据能力之有无时,常见注入保障人权之宪法考量,不时以个案判决,借创新法律见解、修正或变更传统的证据法则。例如:对于违反法定程序取得之证据,应否予以排除之争议,“最高法院”即一反上开传统见解,明确裁示:“必须考量容许其作为认定事实之依据,是否有害于公平正义。倘依‘宪法’所揭示之基本精神,就个案违反法定程序情节,犯罪所生危害等事项综合考量结果,认以容许其作为认定事实之依据,始符合审判之公平正义,而不予排除,自不能指为违法”云云^⑦,采行“判定证据能力之有无应作‘宪法’保障之考量”原则。换言之,法院就个案经综合考量结果,如认容许该违反法定程序取得之证据作为认定犯罪事实之依据有害于公平正义时,因有违“宪法”第8条、第16条所示应依正当法律程序保障人身自由、贯彻诉讼基本权之行使及受公平审判权利之保障等旨意,自应排除其证据能力^⑧。足证台湾地区“最高法院”对于违反法定程序而取得之证据,其证据能力之判断,已改采个案利益衡量审查原则。嗣又进一步阐释法院决定排除证据应考量之具体因素,称:“刑事诉讼之目的固重在发现实体真实,其手段则应合法正当,以保障人权。司法警察(官)询问犯罪嫌疑人,依《刑事诉讼法》第100条之1第1项之规定,除有急迫情况且经记明笔录者外,应全程连续录音,必要时,并应全程连续录影。考其立法目的,在于建立询问笔录之公信力,并担保询问程序之合法正当,亦即在于担保犯罪嫌疑人对于询问之陈述系出于自由意思及笔录所载内容与其陈述相符。故司法警察(官)

④ 详见陈朴生,《刑事诉讼法实务》,第205页(1987年9月修订十版);“最高法院”1986年台上字第933号判例参照。

⑤ “最高法院”1983年台上字第1332号判例参照。

⑥ “最高法院”1993年台上字第1228号判决参照。

⑦ “最高法院”1999年台上字第233号判决参照,2002年台上字第3523号判决亦同其意旨,可资一并参照。

⑧ “最高法院”1998年台上字第4025号判决参照。



询问犯罪嫌疑人如违背上开规定,其所取得之供述笔录,究竟有无证据能力,原应审酌司法警察(官)违背该法定程序之主观意图、客观情节、侵害犯罪嫌疑人权益之轻重、对犯罪所生之危害、暨禁止使用该证据对于抑制违法搜证之效果,及司法警察(官)如依法定程序有无发现该证据之必然性等情形,本于人权保障与社会安全之均衡维护精神,依比例原则,具体认定之”^⑨等语,明列证据能力有无之具体判断基准为执法人员违法之主观意图、客观情节、侵害权益之轻重、所生危害、抑制效果,及发现该证据之必然性等,使台湾地区刑事审判实务在适用证据排除法则时,更趋于具体明确。由此可知,有关违法取得系争证据之证据能力,台湾地区刑事审判除遵循既有之法定证据禁止外^⑩,实务上并积极回应刑事诉讼法宪法化之国际思潮,创立了个案之证据排除法则^⑪。

2003年1月14日台湾地区“立法院”三读通过大幅度修正《刑事诉讼法》并经“总统”于同年2月6日公布,其中增订第158条之4将于同年9月1日施行,该条规定:“除法律另有规定外,实施刑事诉讼程序之公务员因违背法定程序取得之证据,其有无证据能力之认定,应审酌人权保障及公共利益之均衡维护。”首度对违背法定程序搜集、调查而得之证据,明定采德、日

^⑨ “最高法院”1999年台上字第5762号判决参照2000年台上字第3878号、2001年台上字第7137号、2001年台上字第7242号、2002年台上字第437号等判决亦同其意旨,可资一并参照。

^⑩ 依台湾地区《刑事诉讼法》有关规定及实例见解,下列七种违反程序规定而取得之证据无证据能力,是为台湾地区的法定证据排除:(1) 违本法第93条之1第2项规定(不计入24小时移送时限之法定障碍事由所经过时间内不得讯问)所取得被告或犯罪嫌疑人对于犯罪之自白及其他不利之陈述。(2) 讯问笔录内所载被告或犯罪嫌疑人之陈述与录音或录影不符者,其不符之部分。(3) 违背本法第100条之3第1项规定(司法警察人员无该条情形不得于夜间询问犯罪嫌疑人)所取得其对于犯罪之自白及其他不利之陈述。(4) 被告因受强暴、胁迫、利诱、诈欺、违法羁押、疲劳讯问或其他不正方法所为之自白(本法第98条及第156条第1项)。(5) 违反本法第192条准用第98条规定对于证人施以不正方法而取得之证言。(6) 无免具结事由而未履行具结所为证言或鉴定(35上824及69台上2710号判例)。(7) 非由法官或检察官所实施之勘验(26渝上1257号判例)。参阅朱石炎,《刑事诉讼法(上)》,三民书局2000年9月出版,第142~143页。唯其中(5)之部分,因本(2003)年最新修正之《刑事诉讼法》第192条修正不准用第98条之规定,因而只能依同法第166条第2项第2款之规定禁止诘问之,不发生证据排除之问题。

^⑪ “最高法院”实例认为非法监听如有妨害“宪法”保障秘密通讯自由之重大违法情事,且从抑制违法侦查之观点衡量,容许其为证据并不适当时,应当否定其证据能力,即寓有赋予法院权衡裁酌权限之意义,“最高法院”1998台上字第4025号判决参照。

两国“权衡理论之相对排除”法则之立法例^⑫。此后,在台湾地区刑事审判实务,探讨违背法定程序取得之证据,是否具有证据能力,自应受本条规定之规范。

至于人权保障及公共利益之维护,如何求其均衡,因国情之不同,各国学说、理论至为分歧。台湾地区“最高法院”上开判决虽曾列举如上述七种情形,提供下级审法官对个案权衡斟酌,唯因本条规定系属新制,尚乏相当案例可循,因此,在台湾地区审判实务上应如何正确运用《刑事诉讼法》第158条之4有关证据排除法则之规定,诚有待吾人从事比较、参酌其他采行证据排除法则之国家立法例及其实务运作之情形。

肆、论述主题

他山之石,可以攻玉。由于证据排除法则原肇始于美国法制,因此,深入了解并熟悉美国证据排除法则之缘起背景,理论依据,实务运作之发展,

^⑫ 该条之立法说明曰:“一、按刑事诉讼重在发现实体,使刑法得以正确使用,是以认定事实、搜集证据即成为刑事裁判最基本课题之一。然而,违背法定程序搜集、调查而得之证据,是否亦认其有证据能力,素有争议。英美法系国家由于判例长期累积而形成证据排除法则(Exclusionary Rule of Evidence),将违法取得之证据事先加以排除,使其不得作为认定事实之依据。然而,反对者则主张‘不能因为治安官之错误,让犯人逍遥法外。’亦即无法忍受只有某一小瑕疵,就瘫痪了整个刑事诉讼程序,且因治安之要求及实现之需要,排除法则例外情形之适用有渐广之趋势。日本在战后受美国影响,采‘相对排除理论’,德国之‘权衡理论’亦为多数主张,亦即法院在裁判时应就个案利益与刑事追诉利益彼此间权衡评估。由此可知当前证据法则之发展,系朝基本人权保障与社会安全保障两个理念之相调和之方向进行,期能保障个人基本人权,又能兼顾真实之发现,而达到社会安全之维护。因此,探讨违背法定程序取得之证据,是否具有证据能力,自亦不能背离此一方向。另供述证据与非供述证据之性质不同,一般认为供述证据之采取过程如果违法,即系侵害了个人自由意思,故而应严格禁止,而搜集非供述证据之过程如果违背法定程序,则因证据之型态并未改变,尚不生不可信之问题。本次《刑事诉讼法》之修正,已就违背法定障碍事由及禁止夜间讯问与告知义务等规定暨违法未经具结所取得供述证据之证据能力,增订第158条之2、第158条之3,以资规范。而现行本法第100条之1第2项、《组织犯罪防制条例》第12条等,亦有关于证据强制排除之规定,为求周延,并兼顾人权保障及公共利益之维护,爰增订本条,使其他违背法定程序取得之证据,其有无证据能力之认定,有一平衡之规定,避免因排除法则之普遍适用,致使许多与事实相符之证据,无可例外地被排除。二、至于人权保障及公共利益之均衡维护,因各国国情不同,学说亦是理论分歧,依实务所见,一般而言,违背法定程序取得之证据之情形,常因个案之型态、情节、方法而有差异,法官于个案权衡时,允宜斟酌(一)违背法定程序之情节。(二)违背法定程序之主观意图。(三)侵害犯罪嫌疑人或被告权益之种类及轻重。(四)犯罪所生之危险或实害。(五)禁止使用证据对于预防将来违法取得证据之效果。(六)侦审人员如依法定程序有无发现该证据之必然性,及(七)证据取得之违法对被告诉讼上防御不利益之程度等各种情形,以为认定证据能力有无之标准,俾能兼顾理论与实际,而应需要。”详见“法务部”2003年2月印之“刑事诉讼法及刑事诉讼法施行法全文暨修正条文对照表”,第113~115页。



及其实定法立法之趋势等,对于台湾地区审判实务发展证据排除法则之启发,甚或相关法律解释适用之考量,或将有所裨益取法借镜之处。爰以“论证据排除——美国法之理论与实务”为题^⑬,申论该国证据排除法则之缘起与发展,并胪陈该国证据排除之各种情形及其理论剖析、实务运作,包括不法搜索、扣押证据之排除、非法监听所得证据之排除、违法取得自白之排除、违反宪法“不自证己罪”保障之排除、违反宪法“正当法律程序”保障之排除,及违反被告“辩护权”保障之排除等各种证据排除情形,并兼论及排除法则例外情形之理论与适用,进而析述审判程序以外之其他附随程序有否适用证据排除法则之情形,最后并详论得主张证据排除之当事人适格,借供比较参酌,尚祈方家指正。

^⑬ 台湾地区学者有关刑事证据排除法则之论述资料,请参阅黄朝义:《刑事诉讼法证据篇:证据排除法则》2000年元照出版;黄朝义:《证据排除法则》(收录于《黄东熊教授六秩晋五祝寿论文集》,《刑事诉讼之运作》)1997年五南出版;黄朝义:《刑事诉讼起诉状一本主义及配套法条化研究报告:再论证据排除法则》1999年最高法院学术研究会编(第二卷);王兆鹏:《当事人进行主义之刑事诉讼法:证据排除法则之承认》2000年元照出版;林钰雄:《从基础案例谈证据禁止理论与发展》,收录于同前祝寿论文集;陈朴生:《刑事诉讼之证据排除与禁止(一)、(二)、(三)、(四)》,军法专刊,第38卷第8、9、10、11期,1992年8月至11月出版;黄朝义:《违法搜集证据之排除法则》,中原财经法学,第4期,1998年12月1日出版;黄丽卿:《论违法取得证据之排除(一)、(二)》,军法专刊行,第33卷第3、4期,1987年3、4月出版;洪祯雄:《论证据排除法则》,政大法学评论,第25期,1982年6月1日出版;赖芳玉:《泛论证据排除法则之适用》,司法改革杂志,第22期,1999年8月15日出版;蔡秋明:《美国刑事程序中之证据排除法则简介》,律师杂志,第232期,1999年1月15日出版。

第二章 美国证据排除法则之沿革

壹、导 言

美国法制原本继受英国习惯法(Common Law)传统,与英国法制相结合,号称“英美法系”之大家庭,因此美国有关证据之相关法则亦系沿用英国传统习惯法则,对于以非法方法取得之证据,早期亦依习惯法之法则,并不否定该证据之证据能力,并无所谓“证据排除法则”之概念。其后,因侦查实务迭生执法人员不法搜集犯罪事证之事例,甚至恶化演变成侦查惯行,严重侵害人权,为遏阻此种违法乱纪之侦查乱象,审判实务乃以司法裁判自行创设“证据排除法则”,将执法人员使用不正方法取得之证据予以排除使用,作为吓阻违法搜证之手段,以资道正。此项法则历经审判实务长久以来不断演绎发展,终于建立一套严谨而兼顾现实之证据排除及其例外法则,在美国现行刑事审判立居极为重要之证据法则。

贰、英国习惯法传统法则之继受与变革

从法制史观察,美国证据排除法则(the Exclusionary Rule)实际上是颇为近代之产物^①。虽然早在1886年,美国联邦最高法院之判决中曾约略提及违反宪法规定为搜索所得证据之排除法则^②,唯迄1961年末,全美约有半数州仍遵循英国习惯法之证据法则(common law “English Rule”),亦即,凡与系争待证事实具有关联性(relevant)与重要性(material)之证据,均认为具有证据能力,纵使该证据之取得系出于不正之方法,或有违宪法之规范者,仍无碍其证据能力^③。此项英国法则之论据,主要系认为:若仅因执法人员使用不正方法搜证,即应予以排除原具有关联性之证据,此将徒使刑事被

^① John C. Klotter, Criminal Evidence (7th edition, 2000), 448, Anderson Publishing Co. (以下简称 Klotter 著。)

^② 同前注。

^③ 同前注。



告得以脱免刑责而已,对于刑事司法不啻构成一种具有危险性之妨碍;因此,基于国家利益之整体考量,实不宜遽予排除之^④。美国承继英国习惯法之此种见解,一直持续至1914年始生不变,其联邦最高法院在 Weeks v. U. S. 一案中^⑤,将违反《宪法》第四增修条款规定之搜索、扣押所取得之证据予以排除,扬弃了上述的英国传统证据法则,正式宣示采用“证据排除法则”。自此,由联邦最高法院本于宪法保障人权之理论所自创的证据排除法则即广泛地适用于联邦法院管辖之刑事案件。

叁、证据排除法则之理论依据

按联邦最高法院之所以创设“证据排除法则”,考其主要缘由,端在遏制检警人员经常以违反宪法保障人权之手段搜集证据之乱象。盖该院恒以人权守护神自许,目睹当时执法人员盛行采取不正搜证方法,忧心忡忡,对此日益泛滥之践踏人权的侦查行为,认为不能再坐视放任,亟思有所积极回应,以资道正。该院在 Weeks 案判决中即曾慨然指出:“(吾国)倘仍沿袭英国传统旧制,仅课违法搜证之执法人员以刑事责任,或赋予被害人民事损害赔偿请求权,资为法律上之救济方法,而仍容认不法取得之证据具有证据能力,此实不足以有效遏阻执法人员之违法取证行为,唯有采行较为激进而务实之手段,亦即,从根本上将违法取得之证据予以排除使用,如此,方能彻底铲除执法人员违法搜证之根本诱因,使人民应享有之宪法基本权利真正获得确保^⑥。”由此可知,联邦最高法院创立证据排除法则伊始,并未曾提出或援引任何石破天惊的宏论,或多么深奥的法理,资为其论据,实则,该院不过是出于为遏制日益泛滥之执法人员违法搜证行为而所采取之“撒手锏”

^④ “I think it would be a dangerous obstacle to the administration of justice if we were to hold that because evidence was obtained by illegal means, it could not be used against the party charged with an offense. It therefore seems to me that the interests of the state must excuse the seizure of documents, which seizure would otherwise be unlawful, if it appears in fact that such documents were evidence of a crime committed by anyone.”——Elias v. Pasmore, 2 K. B. 65 (1934).

^⑤ 232 U. S. 383, 34 S. Ct. 341, 58 L. Ed. 652 (1914).

^⑥ “The reason for adopting the exclusionary rule is that the rule, according to the court, is the only way to ensure that police and prosecutor will not violate or encourage violation of the rights protected by the Constitution and its amendments. While the English courts argue that remedy is action against the officer who violates these provisions, the courts in this country emphasize that only by excluding the evidence can these privileges be sufficiently protected.”——Weeks v. U. S., 232 U. S. 383, 34 S. Ct. 341, 58 L. Ed. 652 (1914).



(sanction)而已^⑦。美国证据排除法则,可视为该国司法审判实务期能彻底遏制执法人员不法搜证之乱象,除仍因循英国传统法制所采取之救济方法外,特别创设之另一种形式的法律救济“手段”,其终极“目的”,乃在透过排除违法取得证据之手段,促使执法人员更能严守宪法程序搜集证据,以落实宪法保障人权之宗旨^⑧。吾人对证据排除法则作如是观,则或可将之称为证据排除法则之“撒手铜手段论”(Means-Oriented Approach)。因此,证据排除法则在审判实务既系一种遏制不法之手段或方法,其实际运用,自宜力求宽严适中,拿捏准确,俾能兼顾“打击犯罪”及“确保人权”之现代刑事诉讼双重任务。从本书以下之论述中,吾人不难发现法院在考量是否适用证据排除法则时,均系围绕在“有效打击犯罪”与“保障被告人权”之两种竞争法益(competing legal interests)间作盱衡与抉择而已。

肆、证据排除法则之发展

证据排除法则创设之初,原仅适用于联邦法院管辖之刑事案件,嗣在1961年益加被发扬光大,联邦最高法院在著名的Mapp v. Ohio^⑨一案中,将该法则扩及适用于州法院管辖之刑事案件。从此,证据排除法则即正式成为美国全国法(national law)之一部分,无论在联邦法院,抑或州法院,均须一体适用。

不宁唯是,证据排除法则在实体适用范围之内涵上,亦经不断扩张充实。诚如前述,该法则创设之初,原仅适用于排除违反宪法第四增修条款规定所实施之搜索、扣押而取得之证据而已,其实际适用范围颇窄。嗣在1968年,美国国会制颁《综合犯罪防制法》(the Omnibus Crime Control Act of 1968)^⑩,规定对于该法所列举之特定犯罪之侦查,得以通讯监察之方法搜

^⑦ “Exclusion of evidence is a judicially created sanction to safeguard constitutional rights by deterring Fourth Amendment violation.”——State v. Klosterman, 114 Oh. App. 3d 327, 683 N. E. 2d 100 (1996).

^⑧ “The central purpose of the exclusionary rule is not to rectify a wrong already done, but to compel respect for the constitutional protections afforded the public in the most effective manner, by removing the incentive to disregard them.”——State v. Gadsden, 303 N. J. Super. 491, 697 A. 2d. 187 (N. J. 1997).

^⑨ 367 U. S. 643, 81 S. Ct. 1684, 6 L. Ed. 2d 1081 (1961); Potter Stewart, The Road to Mapp v. Ohio and Beyond: The Origins, Development and Future of Exclusionary Rule in Search-and-Seizure Cases, 83 Columbia Law Rev. 1365 (1983).

^⑩ The Omnibus Crime Control Act of 1968, 18 U. S. C. § 2501 (amended in 1986 by Pub. L. No. 99-508, and codified at 18 U. S. C. 2510 et. seq.).