

國立臺灣大學法學叢書(147)

新刑訴·新思維

王兆鵬 著

國立臺灣大學法學叢書編輯委員會 編輯



元照出版

D927.585.2/1

2005

國立臺灣大學法學叢書 147

新刑訴・新思維

王兆鵬 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

新刑訴・新思維 / 王兆鵬著. — 初版. -- 臺北

市：王兆鵬出版：元照總經銷, 2005〔民94〕

面：公分

含索引

ISBN 957-41-2121-6 (平裝)

1. 刑事訴訟法

586.2

93015891

ISBN: 9789574121212

人民幣價: 237.5

新刑訴・新思維

5D26PA

2005年8月 初版第2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

定價 新臺幣380元

訂購專線 (02)2375-6688 轉166 (02)2370-7890

訂購傳真 (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 957-41-2121-6

序

就在去年，我被法官從法庭中趕出！去年交互詰問新制實施後，陪同友人旁聽他兒子的刑事案件。聽到幾個有意思的問題，我拿出紙筆靜默著記錄，法警看到後趨前與法官交頭接耳，隨即走向我：「法官要你出去！」我貌雖不至斯文，但絕無兇神惡煞之姿，何以命我離去？即令我相貌兇惡，也不能因為我的長相而不准我旁聽。雖然明知法官命令違法，我仍溫馴地離開法院，留下錯愕惶恐的友人孤坐法庭。我想心態上，他們已經把一個普通的人民當「賊或嫌疑犯」處理了，為何法官會推定一個作筆記的旁聽民眾為壞人，而忘記法院公開審判的神聖規定？更嚴重的是，這是一位非常年輕的法官！

司法文化如何形成，一直是我關心但無解的疑惑。在改國家考試試卷時，發現絕大多數的考生滿紙人權保障、無罪推定，我不曉得這些人有多少人考上了司法官。但觀察法庭審判及判決書時，又發現有非常多的法官充滿有罪推定思想，無視人民權益。我不確信那些暢言人權的考生是否考上了？如果考上了，他們為何變了？而且在這麼短的時間就變了！難道以前只是在應付主考官？還是學校教育徹底脫離現實，他們進入實務界就幡然悔悟？還是司法文化吞噬了他們的正義感？我不解原因為何，只知道這是一個非常嚴重的問題。

在美國讀書時，曾「不小心」成為法院中的當事人，讓我得以當事人的身分，而非旁觀者的心情，去體察不同的司法文化。一九九二年從紐約哥倫比亞大學畢業的暑假，我跟著大家參加補習班準備紐約州的律師考試。考試分為專業及倫理測驗二不同階段，在考完專業測驗後，我接到了芝加哥大學的博士班入學許可，興奮地攜家帶眷遷往芝加哥。在芝加哥大學期間收到了專業考試的及格通知，當時為了博士班的學業正焦頭爛額，毫無心思準備律師倫理考試。打了個電話給紐約州的律師考試單位，問他們我的專業考試成績

得保留幾年，是否有期限問題，得到的答案是無限期，我可以隨時參加律師倫理考試，等考完後再聲請律師資格。也因此，我就專心在寒冷的芝加哥城修習博士課程，將律師考試置諸腦後。一九九五年取得博士學位後，我輕易地通過了律師倫理考試，就正式向紐約州申請律師資格。沒想到得到的卻是青天霹靂的答案：我的專業考試有效期限過期了（就在申請前幾個月過期），申請駁回，如果不滿意此一結果，得向紐約州法院申訴。對於此一決定，我憤怒而無法接受，我寫了一封信（不是狀紙）給紐約州法院，告訴他我的求學及考試經過、我信賴承辦單位的電話答覆、我沒有理由在考試及格後卻不申請律師資格等等。信寄出去後，我懊惱自己當了這麼久的律師，竟然無憑無據相信電話另一端的陳述，我連他（她）的名字、職稱都不知道，我如何打贏這場官司。沒想到，不久之後我收到紐約州法院寄來的「裁定」，命令紐約州的律師受理單位必須接受我的律師申請，只要我提出哥倫比亞大學的畢業證書、芝加哥大學的入學許可及就學證明、芝加哥大學博士班的畢業證書。我提出了這些文件，他們也發通知給我，要我接受口試及宣誓。口試時，口試人員起身與我握手，言他代表紐約州向我致歉，一切的困擾都是紐約州政府造成的。隨即移身至另一寬廣之室，與眾多準律師共同宣誓成為紐約州律師。事實上，我完全不知道紐約州法院是依據何「法源」、何「法條」命令考試單位接受我的申請。而我，只是一個卑微的外國人，只是一個剛畢業的法學院學生，來自聯合國不承認的一個亞洲小國，美國法院竟然相信我的「片面之詞」。

相對於我在美國所得到的快速司法正義，我可以想像同樣的事情如果發生在台灣，我得到的必定是「敗訴」與「纏訟」的輪迴。不是我崇洋媚外，而是我過去的訴訟經驗讓我作此結論。我執業律師期間，一個未成年的當事人被警察局以流氓移送士林地方法院，關在警察局地下室的他牙痛難挨，我請求警察准戒護就醫，無人理睬。我寫了狀紙給法院，再以電話向法官說明，法官說「不關我的事」。我想

這位法官可能擔心當事人趁機逃亡，也可能擔心賜人恩惠而招物議，也可能是找不到法源依據，所以一切不關他的事。不論原因為何，我只知道這位中華民國的國民，得不到中華民國法院的照顧或保護。而幸運的我，只是一個外國人，卻得到紐約州法院的照顧及保護。

在台灣，有多少法官逢事言「不關我的事」？問蒼天吧！朋友的小孩在大學一年級時，被檢察官以參與犯罪組織而提起公訴，在地方法院審理四年期間共換了四個法官。前面幾位法官把當事人或證人叫來問一下，就把卷宗束諸高閣不聞不問，留下驚竦惶恐的被告猜疑不確定的未來，直到承辦法官調職，爛攤子就留給下一位倒楣的法官。被告及其親人長期承受犯罪嫌疑人的污名，如驚弓之鳥自卑自怨渡過悲慘的大學生活，大學畢業案件仍未終結。我在律師執業期間，一個當事人受法官的「特別眷顧」，每兩三個禮拜叫他來開一次庭，每一次都草草結束，拖久了，當事人因為請假過於頻繁，工作也丟了，遺憾地是案件仍未終結。司法院及法官都有一大堆正當的理由，面對批評，他們會拿出審判獨立甚至「那你來當法官好了」來回應。「人民有受迅速審判的權利」被訂於美國憲法，聯合國公民與政治權利公約第十四條也作相同規定，我不知道為何我們的刑事被告永遠如此悲哀、永遠低人一等，憲法及法律皆未規定此為被告的權利，必須等待個別法官的恩賜，但司法文化不改，又有多少被告能受其惠？就此問題，苦思多年，略有所得，終於在去年完成「速審權」論文。只希望有一天快速審判不再是司法院或法官的恩賜，而是被告可以主張、得以實現的權利。在臺灣刑事訴訟改革的大趨勢中，我認為這個夢想終有實現之日。

過去所寫的幾篇「冷僻」論文，有幸發揮影響力而成為實定法。民國八十七年我撰文獨排眾議，指出參與犯罪組織未必是繼續犯；檢察官對繼續犯之構成事實有舉證責任，不得以行為人曾「加入」組織成員，即推論被告「參加」組織活動。司法院大法官九十二年一月二十四日釋字第五五六號，宣示與我論文完全相同之意旨。民國八十六

年我完成認罪協商的論文，今年年初立法院三讀通過協商程序章節，內容大致與我當時所主張者相同。只希望幾年後，我的「速審權」論文能有相同的影響力或運氣，再成為立法的文字或大法官會議的解釋。

目前刑事訴訟的改革，最重要者莫過於新的思維。舊法時代打著實體的真實發現主義旗幟，重實體、輕程序，沉鬱的思想令人窒息，大部份的學生修完刑事訴訟法的課程後，只餘令人難解的「案件單一性、同一性」。人民對於司法的信心低落，但人權保障的記錄又不光彩，可說是全盤皆輸的局面。這幾年刑事訴訟修法之頻繁與幅度，遠勝過任何一個時代，甚至可以說是空前絕後。我國刑事訴訟的修法採逐年逐步修正，部分章節已全然修正，代表新的思潮；部分條文則不更動，仍為舊思想的產物。也因此現行法新舊雜陳，不相容之思想並列，衝突矛盾之處，俯拾皆是。法律之形成，源於新的思潮，法律之解釋，更待新的思維。以舊思維制定新法，不能革弊；以舊思維詮釋新法，非但錯誤，甚至危險。即令尚未修改的法律，亦應以新的思潮，重新思維。這幾年一直努力撰寫論文引進新思潮，或以新的思維方式詮釋法律，敝帚自珍，乃集成一冊。

黃榮堅教授是我刑法的良師，林明鏞教授是我行政法的啓蒙，沒有他們的指引，本書的幾篇論文必然荒腔走板。我的助理，臺灣大學法律研究所學生陳筱屏、陳啓豪、蔡羽玄、魏潮宗、劉金孜，聰敏勤奮，遠甚於我，協助蒐尋資料，幫忙校正，也提供許多寶貴意見。無庸置疑，文責一切歸我。

王北鵬

2004年7月20日

臺大法律學院研究室

目 錄

序

第一章 論新法之證據排除法則

壹、導 論	1
貳、實施刑事訴訟之公務員	3
參、附帶承認毒樹果實原則及其例外	4
肆、排除與否之判斷	6
伍、供述證據是否適用？	18
陸、結 論	23

第二章 自白與毒樹果實原則

壹、導 論	25
貳、毒樹果實原則及例外介紹	30
參、自白爲毒果	32
肆、自白爲毒樹	43
伍、結 論	54

第三章 重新定義高科技時代下的搜索

壹、導 論	57
貳、理論基礎	60
參、不同樣態	63
肆、分析與結論	83

第四章 論新法之證人不自證己罪

壹、導 論	93
貳、證人不自證己罪之限制	95
參、權利告知	103
肆、共犯與共同被告	107
伍、偵查中之特殊問題	118
陸、結 論	124

第五章 論共同被告之合併及分離審判

壹、導 論	127
貳、共同被告合併審判之目的	130
參、合併審判之證據法則適用	138
肆、分離審判	152
伍、結 論	167

第六章 論新法之協商程序

壹、協商程序之意義	169
貳、美國協商程序介紹	172
參、協商之正當性爭議	174
肆、協商案件	178
伍、協商主體	179
陸、協商事項	181
柒、先認罪或先協商	185
捌、協商階段	186
玖、協商之發動	187
拾、違反協議之效力	189
拾壹、受律師協助的權利	192
拾貳、法院應踐行之程序	194

拾參、協商之撤銷或撤回	196
拾肆、法院接受協商與否	199
拾伍、協商過程中陳述之效力	202
拾陸、上訴審理	207
附 錄	211

第七章 建構我國速審法之芻議——以美國法為參考

壹、導 論	224
貳、理論基礎與利益	227
參、美國憲法規範之速審權	233
肆、美國法律規範之速審權	252
伍、我國速審法之擬議	261
陸、結 論	302

第八章 大法官釋字第556號解釋之評釋

壹、導 論	305
貳、本號解釋前之實務見解	310
參、本號解釋宣示參與犯罪組織未必為繼續犯	313
肆、本號解釋釐清犯罪要件之舉證責任	317
伍、結 論	321

索 引	323
作者主要論著	329

第一章

論新法之證據排除法則^{*}

目 次

- | | |
|------------------------|----------------|
| 壹、導 論 | 三、違背法定程序時之主觀意圖 |
| 貳、實施刑事訴訟之公務員 | 四、預防將來違法取證之效果 |
| 參、附帶承認毒樹果實原則及其例外 | 五、發現證據之必然性 |
| 肆、排除與否之判斷 | 伍、供述證據是否適用？ |
| 一、侵害權益之種類、輕重及違背法定程序之情節 | 陸、結 論 |
| 二、犯罪之危險或實害 | |

壹、導 論

所謂「證據排除法則」，乃將一具證據價值，甚或為真實的證據，因取得程序違法而排除不作為證據，即令該證據為關鍵性的證據，亦同。我國過去無「證據排除法則」，最高法院八十七年度台上字第四〇二五號（民國八十七年十一月二十六日）判決，首先承

^{*} 本文原載於司法周刊第1150期，2-3版，92年9月10日、第1151期，2版，92年9月17日，部分內容在刊載後修改。

認證據排除法則。¹民國九十年以後新修正的法律，也陸續承認證據排除法則，民國九十年七月一日生效之刑事訴訟法第四一六條第二項規定：「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。」民國九十一年二月八日公布之第一三一一條第四項規定：「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。」民國九十二年九月一日生效之第一五八條之四（以下簡稱九十二年新法）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。」自上立法，足見我國已明確承認證據排除法則，但將有無證據能力的認定，交由法官審酌人權保障與公共利益後決定。

有關違法取得之證據應否排除，論述極繁，本文無欲重複。²本文將針對證據排除法則適用上可能產生之疑義，提出拙見供各界參考。

¹ 判決主旨為：「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384、396、418號等解釋部分釋示參考），自應排除其證據能力。」

² 有關證據排除法則之理論，詳法治斌，論違法搜索扣押證據之排除，收錄於刑事訴訟法論文選集，頁237；及黃朝義，論證據排除法則，收錄於黃東熊教授六秩晉五華誕祝壽論文集，頁122；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，台大法學叢書第116號，元照，2004年5月。

貳、實施刑事訴訟之公務員

依九十二年新法規定，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。新法釐清過去的一項重大爭議，宣示私人非法取證，不適用證據排除法則。蓋證據排除法則在針對「政府行為」而創設，因為過去政府機關非法取證的情形非常普遍，卻無有效的法律機制得箝制政府機關的非法行為，證據排除法則為不得已的救濟措施，目的在嚇阻政府機關非法取證。但私人非法取證的情形則不同，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。例如，被害人得請求民事損害賠償、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。

惟何謂「實施刑事訴訟程序之公務員」，本文認為應從廣義解釋。如私人在公務員的教唆、指示或幫助下違背法定程序，應視該私人為公務員手足的延長，仍適用證據排除法則，否則不能達到新法之立法目的。例如司法警察知悉未取得搜索票進入民宅搜索，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。

有疑問者，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），其係在實施「警察職權行使法」，而非「刑事訴訟法」，是否應適用證據排除法則？本文持肯定見解。蓋我國證據排除法則同時受「憲法」及「法律」之規範。民國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，而法院若容許該項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、十六條；大法官會議釋字第三八四、三九六、四一八號解釋），應否定證據之證據能力。最高法院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。民國九十年後陸續修正之刑事訴訟法（含九十二年新法），為「法律」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。

所以，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。將來遇有「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。

參、附帶承認毒樹果實原則及其例外

有證據排除法則後，必須同時附帶承認「毒樹果實原則」，否則不足以貫徹證據排除法則的目的。所謂的「毒樹果實原則」，指非法取得之證據為毒樹，由該非法證據所衍生之證據，即令係合法取得，仍為具毒性之毒果，不得使用。例如司法警察非法搜索取得帳簿（第一個行為），依證據排除法則該帳簿應予排除。司法警察隱瞞前有非法搜索之事實，報請檢察官向法院聲請搜索票，經法院核發搜索票後執行搜索（第二個行為），又取得帳簿。此時因為第二個行為完全合乎法定要件，無法依證據排除法則排除帳簿，必須借助毒樹果實原則，否則無法貫徹證據排除法則的目的。如同

美國聯邦最高法院所言：對於非法取得之證據，若僅禁止直接使用，不禁止間接使用，等於邀誘執法人員以違反法律及侵害人權的方式取得證據。³

惟過度適用毒樹果實原則，會造成一有警察之非法行為，證據即永絕於世，有承認例外的必要。在上述帳簿案例情形，若司法警察向法院聲請搜索票所依據之證據，係源自於獨立、合法的來源，而非先前非法搜索的產物，應適用「獨立來源(independent source)」的例外規定，不適用毒樹果實原則。例如會計人員自行主動向警察揭發帳簿之存在與內容，司法警察雖有非法搜索在先，但仍得依會計人員之證詞向法院聲請搜索票，合法取得帳簿。其他毒樹果實原則之例外，尚包括：一、必然發現(inevitable discovery)。警察雖然因為不法行為而發現證據，但即令無警察的不法行為，該證據亦必然終將發現，亦為毒樹果實原則之例外。⁴二、稀釋原則(purged taint exception)。在第一次違法行為之後、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，亦為毒樹果實原則的例外。⁵

有關美國毒樹果實原則的論文，國內論述甚繁，本文無欲重複。本文只強調毒樹果實原則在過去僅為「學說見解」，但在九十二年新法規定證據排除法則後，法院必須同時附帶承認「毒樹果實原則」，否則不足以貫徹證據排除法則的目的，也等於邀誘執法人員間接逃避法律。

³ *Nardon v. U.S.*, 308 U.S. 338 (1939).

⁴ *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984).

⁵ 有關以上判決之理論與意義，請詳王兆鵬，刑事訴訟講義(一)，元照，2003年，頁45-48。

肆、排除與否之判斷

在某案件的準備程序中，被告主張關鍵性證物係非法搜索所得，法院應否將證據排除？新法規定，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，立法理由指出法院應綜合考量下列事項：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。（對此七項因素，以下簡稱立法之權衡因素）。

實務上，下級審法院最關心的問題應該是，如何裁定才不至於被上級審法院撤銷；上級審法院最關心的問題應該是，如撤銷下級審之裁定，應以如何之理由，始能令當事人及下級審心服，並指引下級審將來作出正確之裁判？如上舉案例為殺人案件，地方法院「審酌人權保障及公共利益」，於裁定書交待：「本案司法警察違反『令狀原則』未事先取得搜索票，令狀原則為刑事訴訟之重大原則，用以保障基本人權，篩檢無必要的搜索扣押，雖然被告被起訴者為殺人罪，但為保障基本人權、抑制違法、貫徹令狀之基本原則，本案證據應排除之。」上級法院得否以被告所犯為殺人重罪、排除證據有害於公平正義，因此撤銷原審裁定，裁定不排除證據？是否能令當事人或下級審心服？

對於證據排除與否之判斷，如不能建立比較明確之標準，必將出現一國多制的亂象。也就是說，有的法官可能就「犯罪的嚴重性」有較多的考量而裁定證據不排除，有的法官可能對基本人權與

刑事訴訟大原則賦予較高的份量而裁定排除，在地方法院各法官之間、在各地方法院之間、在高等法院與其分院之間，必然會出現極端不一致的看法。雖然最高法院終將統一分歧之意見，但地方法院、高院、最高法院之間不斷出現大逆轉的情形（地方法院排除證據判決無罪、高等法院不排除證據判決有罪、最高法院又排除證據發回更審，或相反的情形），只會戕害司法威信及加深人民對司法的不信任而已。

為防止上述情形發生，本文針對七項立法權衡因素可能遭遇的問題，提出以下建議，希望以較明確的標準、較合於證據排除法則的理論、較能兼顧人權保障與公共利益均衡，適用新法。

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、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。⁶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

⁶ 詳司法院大法官第535號解釋。