

東亞法治與人權叢書 ③

干預處分與刑事證據

林鈺雄 著

Coercive Measures
and Criminal Evidence

本書簡介

刑事程序的追訴措施，難免會影響或干預被告乃至於第三人的權利，現代各法治國家一方面容許國家機關在追訴過程干預個人權利，但另一方面也設定其干預界限，而個人權利保障及其干預界限的辯證關係，正是當代刑事訴訟法的核心課題。此外，證據法向來是訴訟法的靈魂，而干預界限的確實遵循，也有賴於證據法課予的禁止效果。本書以干預處分與刑事證據為課題，研究身體檢查處分、鑑定留置、羈押、搜索、證據禁止、嚴格證明等相關理論的議題，並評析我國實務發展與立法動向。

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

ISBN 978-986-01-1581-9



9 789860 115819



5D123GA

定價：480元

臺灣大學人文社會高等研究院 東亞法治之形成研究計畫

 元照出版公司

地址：臺北市館前路18號5樓

電話：(02)2375-6688

網址：www.angle.com.tw

東亞法治與人權叢書系列(3)

干預處分與刑事證據



林鈺雄 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

干預處分與刑事證據／林鈺雄著. -- 初版. --
臺北市：臺大人社高研院，2008. 01
面；公分. -- (東亞法治與人權叢書系列；3)
含索引
ISBN 978-986-01-1581-9 (精裝)

1. 證據 2. 刑事偵查

586.6

96021674

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

東亞法治與人權叢書系列(3)

干預處分與刑事證據

5D123GA

2008年1月 初版第1刷

手
外
用
書

作 者 林鈺雄
出 版 者 國立臺灣大學人文社會高等研究院
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 480 元
訂購專線 (02)2375-6688
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 978-986-01-1581-9

序

出版這本書時，我腦海浮現的，是一幕十幾年前在慕尼黑大學課堂的場景。

我的指導老師——治學嚴謹但也風趣詼諧的 Roxin 教授，在其證據禁止研討課程時以一則德國實例作為開場白，案例大要如下：A、B 於夜間侵入 C 開設的店，C 發現後在黑暗中以武器還擊，其中一名入侵者受傷後兩人逃逸。後來，警員 P 根據 C 提供的線索到附近某大醫院查訪，並找到當夜急診室的值班醫師 D，但 D 基於醫療業務秘密之拒絕證言權，拒絕透露傷患就醫資料；鍥而不捨的 P，轉而尋求當夜值班護士 E 的協助，E 基於同樣理由而予婉拒；P 雖不為難 E，但靈機一動表示：醫療人員固然不能洩露病患資料，但陪同隨行者並非病患，透露無妨，E 鬆了一口氣，交出了隨行者 B 的個人資料，隨後 P 遂按圖索驥找到 A 而破案。本案後經檢察官對 A、B 兩人提起公訴。

聽到這裡時，來自於「不同國情」的我，一方面腦袋是一頭霧水（德國犯人怎麼會笨到在犯案受傷後還去就醫？還留下真實姓名資料？德國醫生護士怎麼膽敢拒絕警方的要求？…），二方面心理也默默讚嘆德國警察的分寸及機智。沒想到，Roxin 說完案例後提出的問題是：法院應否禁止使用本案的相關就醫資料？更不可思議的是，在座德國同學競相舉手，贊同應該禁止使用，主要理由是：警方的作法實質上規避了醫療拒絕證言的規範目的，使用此種證據將造成傷患者不敢就醫的寒蟬效應。

坦白說，對於當時的我而言，這整件事真是天方夜譚。儘管曾熟讀台灣刑事訴訟法的學說及實務，但那時我的視野被國內主流

的單一性與同一性所侷限，對干預處分與刑事證據，其實連一知半解都談不上，更遑論什麼證據禁止了；就此，我國法與德國法的差距，豈止是一甲子而已？我帶著這場「震撼教育」的餘悸，努力上完證據禁止及其他的刑事訴訟課程之後，才得以登堂入室，窺見刑事訴訟另外一個殿堂的奧妙。隨後也抱著「不入虎穴，焉得虎子」的傻勁，以干預處分之法官保留及權利救濟為論文主題，順利完成我的博士學業。

這段過去說來容易，但邯鄲學步、追平落差的求學歷程，豈足為外人道？及至 1998 年我回國任教之際，國內仍然充斥著諸如「我國因採職權主義故對證據種類、能力不設限制」及「歐陸法就強制處分不採法官保留」等以訛傳訛的「通說」，而諸多根深蒂固的誤解，隨後在司法改革桂冠的加持之下，反而更為牢不可破。為了正本清源，細說從頭似乎是不二選擇；可惜的是，儘管我加足馬力，但數年來疲於應付慌亂修法引發的燎原之火，以致於無法按照既定規劃來完成自我期待，迄今僅能提出有限的成果。

本書所收錄的干預處分與刑事證據論文，創作年代橫跨十年，從我早期任意揮灑的青澀之作，及至近日反省我國格局走向的止觀靜慮。頓然回首，才覺修為深度跟不上歲月增長，真該自我警惕。

最後，在出版事宜方面，要特別感謝元照出版公司的全力協助，以及王士帆、陳昭龍、施育傑、陳以蓓及張立姍的校對與建議。

2007 年深秋於紗帽山麓

◎ 作者簡介

林鈺雄，台灣台北縣人。台灣大學法律系、法研所畢業，司法官、律師考試及格。1993 年 9 月赴德留學，追隨駱克信（Claus Roxin）教授攻讀刑事法，並以「法官保留及對刑事訴訟上基本權干預之救濟」為論文題目，於 1998 年獲頒慕尼黑大學法學博士學位。2005 年獲德國宏博基金會（Humboldt-Stiftung）研究獎勵金資助，再赴德深造半年，以歐洲刑事法之整合趨勢為研究範圍。

作者曾任教於政治大學法學院，現任教於台灣大學法律學院。

主要學術著作包括：

- 《檢察官論》（1999）。
- 《刑事法理論與實踐》（2001）。
- 《搜索扣押註釋書》（2001）。
- 《嚴格證明與刑事證據》（2002）。
- 《新刑法總則》（2006）。
- 《刑事訴訟法(上)(下)》（2007 年 5 版）。
- 《干預處分與刑事證據》（2008）。

主編書籍包括：

- 《人權之跨國性司法實踐—歐洲人權裁判研究(一)》（2007）。
- 各式法典。

目次

第一部分 干預處分

◎ 從基本權體系論身體檢查處分	3
壹、前言與出發案例	5
貳、身體檢查處分之基本權干預體系	9
參、身體檢查與搜索處分之區別	18
肆、授權範圍、類推禁止與附帶干預	25
伍、干預門檻之類型化與比例化	36
陸、我國新法癥結：法律保留與比例原則之失敗結合	51
柒、結語	55
◎ 對被告／犯罪嫌疑人之身體檢查處分	57
壹、前言	59
貳、德國法之分析	61
參、我國法之檢討	75
肆、特殊問題之研究	84
伍、立法建議—代結語	94
◎ 對第三人之身體檢查處分	97
壹、問題之提出：與我何干？	99
貳、本文立場與研究範圍	102
參、限定受干預人範圍之原則	104
肆、限定干預手段及同意之原則	118
伍、賦予拒絕干預特權之原則	125
陸、我國立法之檢討	135
柒、結語	140
◎ 論鑑定留置制度	141
壹、前言	143
貳、德國法之分析	144
參、我國法之檢討	156
肆、結語	167

◎ 急迫性搜索之事後救濟—兼評刑事訴訟法第一三一條修法	169
壹、前言：例外是原則？	171
貳、事後救濟之立法模式	174
參、我國現行立法之評析	182
肆、事後救濟與證據使用禁止	194
伍、立法建議—代結語	199

第二部分 刑事證據

◎ 協商程序與審判及證據原則	203
壹、前言：訴訟構造的質變	205
貳、從原則取向到契約取向之訴訟構造？	208
參、協商對原則取向訴訟構造之衝擊	211
肆、「停損」之控制途徑	226
伍、結語	241
◎ 從基礎案例談證據禁止之理論與發展	243
壹、證據禁止導論	245
貳、證據禁止之內涵及類型	252
參、證據使用禁止之功能	265
肆、證據使用禁止之理論	274
伍、證據使用禁止之放射效力及其限制：毒樹果實論之運用及界限	294
陸、總結與展望	300
◎ 德國證據禁止論之發展與特色	303
壹、前言	304
貳、德國證據禁止之發展	306
參、德國證據禁止之特色	316
肆、結語	326
伍、補充說明	327

第三部分 判解研究

◎ 蓋上潘朵拉的盒子—大法官釋字第五八二號解釋終結第六種證據方法？	331
壹、前言：嚴格證明的里程碑	333
貳、釋字第五八二號解釋之要旨	335
參、評釋	340
肆、結語	363
伍、附錄：最高法院發展之新趨勢	364
◎ 干預處分與刑事證據—台灣高等法院近年來座談會相關提案之評釋	379
壹、前言	380
貳、羈押與徒刑之競合（'02-25 號提案）	380
參、搜索票之有效期間（'01-36 號提案）	387
肆、無票搜索（'02-26 號及'03-23 號提案）	390
伍、拒絕證言與傳聞例外（'03-24 號提案）	397
陸、結語	404

第四部分 立法評析

◎ 鳥瞰二〇〇二年一月刑事訴訟之修法—澄清義務、起訴審查、交付審判及緩起訴制之檢討	407
壹、前言	408
貳、職權調查義務之限縮	409
參、起訴審查制之採行	412
肆、交付審判制之引進	417
伍、緩起訴制之建立	423
陸、其他修法	430
柒、結語	434

VI◎目次

◎ 鳥瞰二〇〇三年一月刑事訴訟之修法.....	437
壹、前言	440
貳、辯護人、輔佐人及代理人	440
參、證據章通則	444
肆、證據章人證節	462
伍、證據章鑑定節	464
陸、證據章勘驗節	468
柒、證據章證據保全節.....	470
捌、公訴章審判節（第二編第一章第三節）	473
玖、自訴	479
拾、其他修法	480
拾壹、結語	482
◎ 本書索引.....	483

第一部分

干預處分

2◎第一部分 干預處分

從基本權體系論身體檢查處分

壹、前言與出發案例	5
貳、身體檢查處分之基本權干預體系	9
一、獨立型態之強制處分	9
二、身體檢查處分之體系定位與支配原則	10
(一) 憲法優位性之原則	10
(二) 國家與個人之關係	11
(三) 基本權之保障範圍	12
(四) 基本權之干預	14
(五) 干預之正當性	16
1、法律保留原則	17
2、比例原則	17
參、身體檢查與搜索處分之區別	18
一、問題之所在	18
二、學說之標準	20
(一) 干預目的觀點	20
(二) 干預手段觀點	21
(三) 目的與手段之混合觀點	21
三、本文之見解	23
(一) 單一目的觀點之嘗試	23
(二) 邊界案例之檢討	24
肆、授權範圍、類推禁止與附帶干預	25
一、授權基礎的明確性	26
二、授權干預之類推禁止	28
三、授權範圍與附帶干預	30
(一) 自由之拘束：暫時性強制與同行問題	30
(二) 進入處所之干預	32
(三) DNA 之檢測	33

伍、干預門檻之類型化與比例化	36
一、基本問題之說明.....	36
二、派生原則之運用.....	37
(一) 適合性原則與用途限制	37
(二) 最小干預之界定：以酒精濃度測試為例	38
(三) 狹義比例原則：以抽取體液案為例	39
三、類型化之指標	41
(一) 受干預人之基準	43
(二) 干預程度之基準	45
(三) 追求目的之基準	46
四、比例原則與授權界限.....	47
(一) 比例原則、核心理論與無損健康原則	47
(二) 不自證己罪原則作為干預界限	49
陸、我國新法癥結：法律保留與比例原則之失敗結合	51
一、擴張國家權力的授權形式.....	51
二、忽略比例原則的授權基礎.....	53
柒、結語.....	55

壹、前言與出發案例*

包括 Roxin、Sax 及 Eb. Schmidt 在內，諸多當代知名法律學者曾以應用之憲法（angewandtes Verfassungsrecht）、憲法之施行法（Ausführungsgesetz zum Grundgesetz）、憲法的測震儀（Seismograph der Staatsverfassung）及法治國的大憲章（Magna Charta des Rechtsstaates）等用語來傳達憲法與刑事訴訟法的特殊關連性，以及刑事訴訟的立法與解釋必須特別注重憲法基本權保障的觀點¹。這種特殊的關連性，最為明顯的表現，莫過於刑事訴訟上容許的基本權干預；鑒於這些追訴性手段對憲法所保障人民基本權造成干預的嚴重性、徹底性，如果基本權體系不能貫徹到刑事訴訟領域，等於是委棄了最重要的守地²。

身體檢查處分（die körperliche Untersuchung）便是測試「刑事訴訟法作為應用憲法」最佳的「試金石」之一，因為：一來，身體檢查處分是各國追訴實務經常使用之強制干預手段，尤其是交通刑法的制定（如我國刑法第一八五條之三）以及新型醫學技術的發明（如 DNA 檢測），使得此一刑事訴訟上基本權干預的重要性日增。二來，由於某些身體檢查方式帶有高度的危險性（如開刀），可能對健康乃至於生命造成威脅，因此，其對基本權干預的嚴重程度，

* 本文原載《台大法學論叢》，第 33 卷第 3 期，頁 149 以下，2004 年 5 月。

¹ So. z.B. Hilger, Über verfassungs- und strafverfahrensrechtliche Probleme bei gesetzlichen Regelungen grundrechtsrelevanter strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen, in: FS-Salger, 1995, S. 319ff.; Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., 1998, §2 Rn. 1; Sax, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrecht, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, III/2, 1959, S. 909, 966f.; Eb. Schmidt, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 2. Aufl., 1964, Rn. 99, 333.

² Vgl. Amelung, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 1976, S. 13ff.

在某些個案中甚而會超過羈押。三來，由於身體刑（如拷打）已經在立法層次普遍被禁止，因此，身體檢查處分成爲目前刑事法領域之中，少數會直接造成身體上生理痛楚的合法干預手段。這些也構成了身體檢查處分的獨特性。

值得注意的是，身體檢查處分在憲法基本權體系及刑事訴訟上的重要性，與其受重視的程度，並不成正比。首先，儘管許多身體檢查處分的棘手問題，最後都必須回歸憲法基本權體系與理論來解決，不過，由於其主要運用領域畢竟在於刑事訴訟法，因此，國內憲法基本權的基礎文獻儘管燦然大備，但卻鮮少深究此類處分。其次，我國刑事訴訟法（以下簡稱本法）雖然在制定之初即有身體檢查之相關立法³，但七十年來的刑事訴訟相關之文獻與判例，卻是鳳毛麟角；二〇〇三年一月，立法院三讀通過達上百條的刑事訴訟法部分修法條文，其中超過十條數量的修法與身體檢查處分有關，這是否因而重新引發學界及實務之重視，值得觀察⁴。

本文擬從憲法基本權體系的角度切入，論述刑事訴訟上之身體檢查處分的基本問題。首先，本文論證身體檢查處分是刑事訴訟上獨立型態的基本權干預（下文貳）；其次，我國法既然分別規定身體檢查與搜索處分，表示這兩種處分有別，這個立法基點，證諸

³ 現行刑事訴訟法第 204 條的前身，乃 1935 年刑事訴訟法第 191 條的規定，本來即有鑑定人得檢查身體之規定；而現行刑事訴訟法第 213 條規定的前身，乃 1935 年刑事訴訟法第 155 條的規定，本來也有勘驗得爲檢查身體處分之規定。除了條次之外，從 1935 年到 2003 年修法之前的幾十年間，上開兩規定的內容幾乎未曾變動（相關歷史法條請參閱 <http://wjirs.judicial.gov.tw/jirs/judge.asp>）。從另一方面言，由於 1935 年刑事訴訟法，同時也存在搜索的規定，因此，可以看出本法在制定之際，已經區分搜索與檢查身體兩種處分，關於此兩者之區別請參閱下文參。

⁴ 關此，請參閱台灣刑事法學會於 2003 年 3 月 29 日在東吳大學舉辦之「刑事訴訟法最新增修之檢討」中，由報告人張麗卿發表的〈鑑定制度之改革〉，及與談人林俊益發表的〈鑑定留置、鑑定處分與強制採樣〉二文。