

刑訴判解

證據排除之權衡理論

最高法院93年度台上字第664號判例（95年度第18次刑庭會議決議）

【關鍵字】

證據排除、證據禁止、權衡理論、正當法律程序、違法搜索扣押。

【事實摘要】

本案內容為：縣政府警察局99年3月28日，在被告住處搜索所扣獲之塑膠分裝罐一支、分裝袋三百八十一只、第一級毒品十七包等。因此法院判決課處被告罪刑。然依卷內資料，縣政府警察局警員於99年3月28日19時，以臨檢之名義，進入被告住處搜索，並未依法定程序為之（未持合法搜索票為搜索行為），有該警備隊臨檢紀錄表附卷可稽。雖被告於警訊時供稱：「我自己打開門讓警察進入屋內」，則被告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？因此本案扣案判被告有罪之證據仍有爭議，是否有證據能力？仍待討論。

【實務要旨】

刑事訴訟，係以確定國家具體之刑罰權為目的，為保全證據並確保刑罰之執行，於訴訟程序之進行，固有許實施強制處分之必要，惟強制處分之搜索、扣押，足以侵害個人之隱私權及財產權，若為達訴追之目的而漫無限制，許其不擇手段為之，於人權之保障，自有未周。故基於維持正當法律程序、司法純潔性及抑止違法偵查之原則，實施刑事訴訟程序之公務員不得任意違背法定程序實施搜索、扣押；至於違法搜索、扣押所取得之證據，若不分情節，一概以程序違法為由，否定其證據能力，從究明事實真相之角度而言，難謂適當，且若僅因程序上之瑕疵，致使許多與事實相符之證據，無例外地被排除而不用，例如案情重大，然違背法定程序之情節輕微，若遽捨棄該證據不用，被告可能逍遙法外，此與國民感情相悖，難為社會所接受，自有害於審判之公平正義。因此，對於違法搜索、扣押所取得之證據，除法律另有規定外，為兼顧程序正義及發現實體真實，應由法院於個案審理中，就個人基本人權之保障及公共利益之均衡維護，依比例原則及法益權衡原則，予以客觀之判斷，亦即宜就1.違背法定程序之程度。2.違背法定程序時之主觀意圖（即實

施搜索、扣押之公務員是否明知違法並故意為之)。3.違背法定程序時之狀況(即程序之違反是否有緊急或不得已之情形)。4.侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重。5.犯罪所生之危險或實害。6.禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果。7.偵審人員如依法定程序,有無發現該證據之必然性。8.證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度等情狀予以審酌,以決定應否賦予證據能力。

【學說速覽】

一、證據排除美國法之意義

美國刑事程序中,所謂之證據排除法則(the exclusionary rule of evidence),簡稱排除法則(the exclusionary rule)。是指政府機關違反聯邦憲法若干規定所取得之證據資料,不得在法院審判中作為證明被告犯罪之證據使用的證據規則。換句話說,所謂之證據排除,係指該等資料經法院認為無證據能力,當事人因而無法在審判中提出,致負責認定事實之陪審團無從見、聞、接觸該等證據資料,以免陪審團於認定事實時受此等資料之影響,甚至以該等資料作為裁決之依據。證據排除法則在美國僅適用於刑事訴訟,民事案件上並無適用之虞地,蓋因此證據排除目的在於避免國家機關不法執法行為,非民事程序中任何一造之私人行為,又,證據排除並沒有賦予被告任何新的權利,這只是針對憲法修正條文第4條權利所受到侵害的被告,在司法上創設的一種法律補救措施。

二、證據排除法則適用對象

(一)非法搜索扣押所取得之證據:

非法搜索扣押所取得之證據資料包含有:違禁品、犯罪所得、犯罪工具、或單純證物,只要是非法搜索扣押所得的,均不得於審判中作為證明被告犯罪之證據,此等物件均無證據能力。

對於違法之搜索扣押,採取最嚴格之態度莫非將其之證據能力排除。但往往因為搜索扣押之物對於認定犯罪事實至為重要,因此為不使「治安官之錯誤使犯人逍遙法外」對於違法搜索扣押所得之證據與對於被告非任意性之自白似乎有作不同之處理之必要。我國刑事訴訟法第158條之4之立法理由闡釋:「供述性證據與非供述性證據性質上不同,一般認為供述性證據之採證過程如果違法,即侵害了個人自由意思,故而應嚴格禁止,而蒐集非供述性證據之過程如果違背法定程序,則因證物之型態並未改變。尚不生不可信之問題。……違背告知義務取得之供述證據或非供述性證據(例如:違背法定程序為搜索或扣押取得之證物),其有無證據能力之認定,作一衡平之規定。亦即為保障人權,同時兼顧社會治安及防制犯罪之社會秩序公共利益,宜避免因為排除法則之普遍適

用，致使許多與事實相符之證據，無可例地外被排除。」至於權衡個人利益及刑事訴追利益時，允宜斟酌違背法定程序之情節；違背法定程序時之主觀意圖；侵害犯罪嫌疑人或被告權利之種類及輕重；犯罪所生之危險或實害；禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果；偵審人員如依法定程序有無發現該證據之必然性；證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度等各種情形。可見立法者對於非法搜索扣押取得之證據並不如對非任意性自白、證言採嚴格之限制態度。

上述雖為修法之立法理由，但已有實務判決將其精神展現。

(二) 毒樹果實理論

所謂「毒樹果實理論」，係在正當法律程序下形成之一種「證據排除法則」，在限制有偵查犯罪權限之機關，違法搜索，拘禁或扣押程序取得之證據，法院不得作為判斷之依據，同時依前述違法程序而直接或間接獲得之其他證據，不論其真實性如何，亦應一併排除。在德國學說上稱為「證據使用禁止之放射效力」問題，用美國法的「毒樹果實理論」作比喻，違法手段可謂「毒藥」，原始證據即為「毒樹」，衍生證據則是「毒果」。放射效力學說所要處理的並非原始證據（毒樹），而是衍生證據（毒果）得否採為裁判基礎之問題。

此證據規則美國早在1920年的Silverthorn Lumber Co. V. United States案判決中即已提出，此證據排除規則理由是：原係非法所取得之證據，不容再次利用以資取得其他證據，因為原來非法取得之證據資料已經「污染」（taint）了所有其他因此取得之證據資料。

【考題分析】

警員甲毆打犯罪嫌疑人乙而取得乙犯竊盜罪之自白，問：法院可否認為以乙自白有證據能力，而以其之自白為有罪判決？（模擬考題：95台北大改編題）

◎ 答題關鍵

一、被告自白證據法則適用

(一) 證據法則：

證據法則是指判斷證據素材有無證據能力的法則，證據法則並非用以處理證據素材如何取得的問題，也不用來處理證據證明力的問題，其僅用於處理證據能力問題，判斷已取得之證據素材是否具有證據能力的問題時，法院所依循的判斷標準總稱。

(二) 證據排除法則：

美國刑事程序中，所謂之證據排除法則（the exclusionary rule of

evidence)，簡稱排除法則（the exclusionary rule）。是指政府機關違反聯邦憲法若干規定所取得之證據資料，不得在法院審判中作為證明被告犯罪之證據使用的證據規則。換句話說，所謂之證據排除，係指該等資料經法院認為無證據能力，當事人因而無法在審判中提出，致負責認定事實之陪審團無從見、聞、接觸該等證據資料，以免陪審團於認定事實時受此等資料之影響，甚至以該等資料作為裁決之依據。

二、本案乙之自白不具有證據能力

(一)依照刑事訴訟法第156條規定：「被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據。被告或共犯之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符。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。被告未經自白，又無證據，不得僅因其拒絕陳述或保持緘默，而推斷其罪行。」

(二)本案是因警員甲毆打乙，以強暴脅迫方式取得乙犯竊盜罪之自白，因此違反自白任意性法則、亦不符合證據禁止法則下優先審查「證據取得禁止」之審查標準，因此乙的自白不具有證據能力。

且依據實務上所述之權衡理論標準，本案應認為乙之自白無證據能力為宜。

【相關法條】

刑事訴訟法第158條之4、刑事訴訟法第122條、刑事訴訟法第128條、95年度第18次刑庭會議。

【參考文獻】

1. 論證據排除法則和證據禁止法則，鄭逸哲，月旦法學教室第44期。
2. 刑事訴訟法上，林鈺雄。