

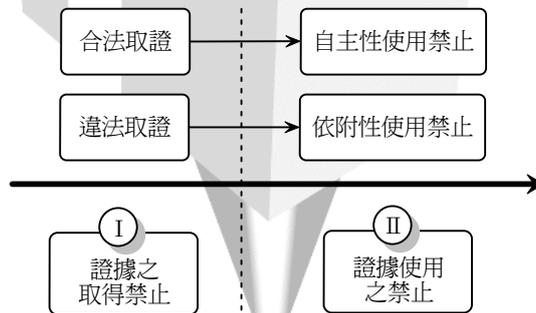
專題研究： 以「三階段審查基準說」判斷告知義務違反之效果*

告知義務違反時，應生何等法律效果，涉及證據禁止（排除）的議題，照理說應該留到證據禁止章節時再來說明。但為求學習告知義務的完整性，有必要在此先跟讀者們說明。而且，之後的幾個合法訊問被告程序，也會牽涉到證據禁止的問題，因此，有必要先藉由這個專題研究，跟讀者們介紹一些證據禁止的問題。

一、證據禁止法則的架構

取得之證據是否發生排除之效果，是否無證據能力，可區分為兩個層次討論。第一層次討論的是「取證行為」是否合法，亦即該取證程序是否符合法律規定？第二層次討論的是「違法取得」之證據所生之法律效果為何？

對於第一層次的取證行為學理稱為「證據之取得禁止」。第二層次的違法取得學理稱為「證據使用之禁止」，而該禁止之使用生何種法律效果，取決於第一層次取證行為，如為違法，涉及「依附性之使用禁止」；如為合法，涉及「自主性之使用禁止」。



(一)證據取得之禁止

證據取得之禁止，乃指國家取得證據過程，包含尋找、搜集證據等之合法性，強調「取證行為」的合法性，即取證行為的程序是否有符合法律規定。例如，要求國家機關向被告踐行第95條第1項告知義務，即係規範國家「取證被告自白」的合法性要求。

* 綜合整理自 林鈺雄，刑事訴訟法（上），元照，2013年9月，第7版，599～623頁。

在本專題結束後要介紹的「禁止不正訊問」上，第98條即規定：「訊問被告應出以懇切之態度，不得用強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問或其他不正之方法。」以及「禁止夜間訊問」（第100條之3）、要求「筆錄記載及全程連續錄音錄影」（第100條之1）等均屬於「取證行為」合法性之要求。

此外，除了對被告取證行為的合法性要求外，包含對證人、鑑定人等也各自有取證行為合法性之規定。再者，在偵查階段中，強制處分的相關程序規定，也是重要的取證行為合法性規定。

總此，取證行為合法性之規定種類繁多，針對不同的對象、針對不同的程序階段上，各自有其規定存在。必須先確定違背了什麼樣的「取證行為」，才能接著討論該違法取證應得出如何之法律效果，即接下來要討論的「證據使用之禁止」。

(二)證據使用之禁止

證據使用之禁止，規範對象乃「法院」之審判行為，即禁止法院在審判程序中，使用已取得之特定證據。而依照禁止使用之證據是否肇因於國家機關違法取證，可略分為兩種類型：

1. 自主性之使用禁止

在未存有任何國家違法取證行為而取得之證據，也有可能產生證據使用禁止之效果。例如，使用該證據將造成基本權的干預，且無法通過比例原則。如法院審理通姦案件（輕罪！）時，當庭朗讀被告的「情慾日記」，即可能造成對隱私權的侵害過大，而不符合比例原則。

再者，私人亦有可能違法取得證據，此時仍屬於未存有任何國家違法取證行為，依然是在自主性之使用禁止的討論範圍。常見的有委託民間徵信社搜查證據、違法掛線竊聽所得之錄音等。

實務對私人不法取證部分，認為如私人故意對被告或證人使用暴力、刑求等方式取得自白或證述，因違背任意性、虛偽可能性高，為避免間接鼓勵私人以暴力方式取證，應「例外」排除該證據之證據能力。

🔍最高法院98年度台上字第578號判決

偵查機關「違法」偵查蒐證與私人「不法」取證，乃兩種完全不同之取證態樣，兩者所取得之證據排除與否，理論基礎及思維方向應非可等量齊觀，私人不法取證，難以證據排除法則作為其排除之依據及基準，應認私人所取得之證據，原則上無證據排除原則之適用。惟如私人故意對被告使用暴力、刑求等方式，而取得被告之自白（性質上屬被告審判外之自白）或證人之證述，因違背任意性，且有虛偽高度可能性，基於避免間接鼓勵私人以暴力方式取證，應例外排除該證據之證據能力。

【高點法律專班】

2. 依附性之使用禁止

對於國家機關違法取證而得來之證據，其法律效果為何？立法者已就某部份的取證行為違法定出法律效果。例如，對被告之「不正訊問」即屬違反第98條取證行為之規定，其法律效果，第156條第1項反面解釋，即認取得之自白無證據能力。

又或者如前述所介紹的，違反第95條第1項告知義務，立法者刻意將違反第2款緘默權及第3款告知得選任辯護人之法律效果，明定於第158條之2第2項。

不過，取證方式千方百種，並非所有違法取證均有法律明文規定之違法效果，因而，如何處理即衍生出諸多理論，於本專題中，只先行介紹其中的佼佼者「權衡理論」，其餘理論待證據章節中再一一介紹¹。

權衡理論認為，任何違反取證規定的案例中，都需要「個案衡量」才能終局決定證據應否禁止使用。亦即，每個個案中都需要衡諸具體案例，並兼顧比例原則，權衡國家訴追利益和個人權利保護之必要性。我國第158條之4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。」即偏向此種理論之看法。

然而，權衡理論最受詬病之處，莫過於「無形無貌」，衡量結果事先難以預料，因此具有高度之不確定性及不安定性。由於欠缺公認的權衡規則，被告及辯護人無法擬定防禦方向，因此權衡理論，對被告極為不利。

二、三階段審查基準說

有鑑於權衡理論的缺失，林鈺雄教授主張「三階段審查基準說」認定違法取證之證據是否應證據使用禁止，其標準及順位如下²：



(一) 追訴機關是否惡意違法取證？

法院首先審查，追訴機關是否惡意、恣意違法取證？答案肯定時，該證據應予

¹ 詳見下冊4-2-126頁《依附性之使用禁止》。

² 林鈺雄，刑事訴訟法（上），元照，2013年9月，第7版，615~616頁。

禁止使用。當國家追訴機關明知故犯，不惜以違法手段為代價而取證時，已經違背公平審判原則保障之最低限度，應即禁止使用證據，法官並無權衡之餘地。

前述最高法院92年度台上字第4003號判決，在審查蓄意違反告知義務情形時，即採取此見解。

◇最高法院92年度台上字第4003號判決

檢察官於偵查中，蓄意規避踐行刑事訴訟法第95條所定之告知義務，對於犯罪嫌疑人以證人之身分予以傳喚，命具結陳述後，採其證言為不利之證據，列為被告，提起公訴，無異剝奪被告緘默權及防禦權之行使，尤難謂非以詐欺之方法而取得自白。此項違法取得之供述資料，自不具證據能力，應予以排除。

(二)法規規範目的為何？

當前述答案為否定時，繼續審查被違反之取證禁止，其法規規範目的為何？該目的是否因違法取證行為，而終局受損？使用該證據，損害是否會加深或擴大？如果會加深或擴大，則證據應禁止使用。實務亦有採此看法者。

◇最高法院93年度台非字第70號判決

訊問被告時若未踐行告知得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述之告知程序，訴訟程序固非無瑕疵，然被告若無因未受該項告知而違背其自己意思為不利於己之陳述，或以被告違背自己意思所為不利於己之陳述作為不利被告之推斷等情形，對被告訴訟上供述自由權之保障並無妨礙，即於判決本旨及結果不生影響。

(三)權衡個案

如果不會，或者根本無法探知規範目的時，則得權衡個案，判斷被告之個人利益與國家之追訴利益孰先孰後。追訴機關違法之程度、被告涉嫌犯罪之輕重乃其中關鍵之指標。

三、三階段審查基準說於告知義務違反時之適用

為什麼藉由這專題介紹了這麼多證據排除的相關知識，無非是介紹到告知義務違反效果時，若僅以單純的法條操作決定違反的法律效果，這樣的處理會有許多不合理之處。尤其在第158條之2第2項的適用上，因為該立法之不當，更容易產生問題。

前述已提及，第158條之2第2項適用有兩個重要的前提，第一，為必須是「檢察事務官、司法警察官或司法警察」違反告知義務，始有適用，如為檢察官違反，則不在規定之列。第二，必須是受「拘提、逮捕」被告而違反告知義務規定，否則亦無本條適用。

其次，因第158條之2第2項準用同條第1項，故第158條之2第1項但書的「善意例外且自白任意性」也在準用範圍內。但林鈺雄教授指出，善意例外之價值過度凸顯，畢竟

善意未告知還是會破壞告知義務的規範目的，何以法條此際卻排除受訊人之保護？還有，從例外結合任意性來看，同時顯現一種根深蒂固的誤解，即誤以為「非任意性自白」才是禁止自白證據的唯一理由。但以違反緘默權的告知義務為例，禁止自白的理由根本不是欠缺任意性，而是不自證己罪的違反³。

因此，前述的兩個適用前提加上準用規定，大概可以整理出三個缺失，以下就以一個實例為各位讀者們一一說明前述三個缺失。尤其讀者們必須比較以純粹以法條操作與三階段審查基準說判斷時法律效果的不同。

● 案例思考



甲前科累累，早已多次進出偵訊機關，熟知自己之權利。某次又因涉嫌強盜，經警方通知到場詢問。警方第一次詢問甲時，甲自白犯罪，但警方事先疏未踐行告知義務。審判中甲否認涉案，甲之辯護人主張：甲之警詢自白因警方違反告知義務而無證據能力。該主張有無理由？反之，若甲係經警方拘捕到場者，有無不同？嗣後，案件移送檢察官偵查，檢察官明顯認定甲具有強盜犯嫌，仍故意先以證人身分訊問甲，故並未踐行告知義務，取得證詞後，將甲改列被告起訴。問檢察官踐行之程序是否合法？

（改編自 林鈺雄，刑事訴訟法（上），元照，2013年9月，第7版，157頁）

3 林鈺雄，刑事訴訟法（上），元照，2013年9月，第7版，188頁。

刑事訴訟法 (上)

刑事訴訟法 (下)

王子鳴 律師

依105年6月最新修正之刑訴法編著，提綱挈領、
掌握爭點、搭配重要實務見解，輔以100~104年
司律試題完整擬答，厚植法學實力！

適用對象

律師、司法官、法研所

彙整各家學說見解
建立中庸法律體系

濃縮繁雜判決判例
濃纖合度方便吸收

困難問題專題介紹
複雜概念簡要圖解

司律新制一題不漏
適中擬答字字精準

APP測驗，完整收錄律司一試
題解，並提供該爭點於本書上
之位置，方便讀者參照



高點文化事業
publish.get.com.tw

