

最高檢察署 109 年度台上聲字第 4 號

檢察官行言詞辯論聲請書

(追加理由書)

檢察官 朱朝亮

陳瑞仁

吳巡龍

林俊言

黃則儒

法律爭點

爭點一：判斷警察誘導詢問證人是否違法的心證程度為何？警察詢問毒品交易案件之證人(買方)時提示通訊監察譯文，詢問此次有無向被告購買毒品，證人稱：「有問但未調到。」警員稱：「有啦，有啦，這次應該有。」、「你要看全部譯文內容，不是只看一部分。」、「沒關係，沒有就沒有。」等語，該詢問是否構成違法誘導？

爭點二：證人在司法警察違法誘導詢問後為不利被告之陳述，於檢察官偵訊中為相同內容之供述，其偵訊筆錄是否當然無證據能力或無證明力？

目錄

壹、與法律爭點相關之本案事實	1
一、第一審臺灣宜蘭地方法院 107 年度訴字第 459 號判決.....	1
二、第二審臺灣高等法院 108 年度上訴字第 1878 號判決.....	2
貳、本案下級審對上開法律爭點之見解	2
一、臺灣宜蘭地方法院 107 年度訴字第 459 號判決認為：.....	2
二、臺灣高等法院 108 年度上訴字第 1878 號判決認為：.....	8
三、小結	10
參、聲請行言詞辯論之理由	10
一、爭點一	10
(一)所涉及之法令.....	10
1. 關於偵查階段詢(訊)問證人之規定	10
2. 關於誘導詰問之規定.....	11
(二)外國立法例.....	12
1. 美國法	12
2. 日本法	18
3. 德國法	21
4. 小結	24
(三)我國學說.....	25
(四)我國相關實務見解.....	27
(五)爭點一本署見解.....	31
1. 警詢、偵訊均得為喚醒記憶之誘導	31
2. 誘導詢問是否違法之心證程度為過半程度.....	31
3. 本案警察誘導詢問尚不至於使證人為異其記憶之陳述	33
二、爭點二	34
(一)所涉及之法令.....	34

(二)外國立法例.....	34
1. 美國法	34
2. 日本法	39
3. 德國法	42
4. 小結	43
(三)我國學說.....	44
(四) 我國相關實務見解.....	45
(五)爭點二本署見解.....	47
1. 供述性證據禁止使用繼續效力之判斷標準應取決於先前不正 方法對於後階供述任意性有無影響	47
2. 本案證人偵訊筆錄不受警詢誘導之影響.....	48
3. 檢察官之偵訊筆錄除顯有不可信之情況者外，原則有證據能 力.....	49
三、言詞辯論之必要性	51
肆、結論.....	51

最高檢察署檢察官行言詞辯論聲請書(追加理由書)

109 年度台上聲字第 4 號

聲請人 最高檢察署檢察官朱朝亮

被告 陳文賢

上列被告因違反毒品危害防制條例案件，經臺灣高等法院於中華民國 109 年 2 月 13 日為第二審判決 ([108 年度上訴字第 1878 號](#))，檢察官已於法定期間內，就原判決撤銷第一審判決改判無罪部分，提起上訴，本檢察官認為原判決所持法律見解有原則重要性及統一見解之必要，應行言詞辯論，茲將理由分述於後：

壹、與法律爭點相關之本案事實

一、第一審臺灣宜蘭地方法院 [107 年度訴字第 459 號](#) 判決認為：

「一、陳文賢明知甲基安非他命係毒品危害防制條例第 2 條第 2 項第 2 款所列管之第二級毒品，不得擅自販賣及持有，竟基於販賣第二級毒品甲基安非他命以營利之犯意，分別為下列犯行：

- (一)於民國 105 年 7 月 23 日 13 時 58 分許，以其所持用門號 0000000000 號行動電話與賴○軫所持用門號 0000000000 號行動電話聯絡毒品買賣事宜，嗣於同日某時許，在其斯時位於宜蘭縣礁溪鄉長榮桂冠酒店附近之居所樓下，交付第二級毒品甲基安非他命約 7 公克予賴○軫，並收取新臺幣(下同)5,000 元之對價以營利。
- (二)於 105 年 8 月 5 日 20 時 18 分許，以其所持用門號 0000000000 號行動電話與賴○軫所持用門號 0000000000 號行動電話聯絡毒品買賣事宜，嗣於同日 20 時 39 分許、20 時 54 分許、20 時 58 分許雙方再度通話後，陳文賢即於同日 21 時許，在宜蘭縣礁溪鄉某橋附近，交付第二級毒品甲基安非他命 1 包予賴○軫，並收取 5,000 元之對價以營利。

二、案經宜蘭縣政府警察局宜蘭分局報告臺灣宜蘭地方檢察署檢察官偵查起訴。」

二、第二審臺灣高等法院 [108 年度上訴字第 1878 號](#) 判決認為：

「主文：原判決關於一〇五年七月廿三日販賣第二級毒品罪、定應執行刑及犯罪所得超過新臺幣伍仟元部分均撤銷。前項撤銷部分陳文賢無罪。其餘上訴駁回。

事實：陳文賢明知甲基安非他命係毒品危害防制條例第二條第二項第二款所列管之第二級毒品，不得販賣及持有，竟基於意圖營利販賣第二級毒品之犯意，於民國一〇五年八月五日晚間廿時十八分許，以其持用 000000000 號行動電話與賴〇軫聯絡後，旋於同日廿時五十八分許，在宜蘭縣礁溪鄉某橋下交付安非他命予賴〇軫並收取五千元（新臺幣，下同）完成交易。嗣因賴〇軫經監聽而被警循線查獲。」

貳、本案下級審對上開法律爭點之見解

一、臺灣宜蘭地方法院 [107 年度訴字第 459 號](#) 判決認為：

「一、訊據被告固坦承確有於犯罪事實欄一(一)所示之時間與賴〇軫通話，賴〇軫並有表示需要甲基安非他命；及確有於犯罪事實欄一(二)所示之時間與賴〇軫通話，賴〇軫並有表示需要甲基安非他命，而其與賴〇軫於該日並有在宜蘭縣礁溪鄉某橋附近見面等情。惟矢口否認有何販賣第二級毒品甲基安非他命犯行，辯稱：於犯罪事實欄一(一)所示當天賴〇軫有打電話給我，拜託我替他問看看有無甲基安非他命，但我當天沒有找到毒品來源，所以也沒再與賴〇軫聯絡，亦未與賴〇軫見面；於犯罪事實欄(二)所示當天賴〇軫有打電話叫我問有無毒品來源，但後來我沒找到，見面後發現賴〇軫也沒帶錢，我們就離開云云。經查：

(一)犯罪事實欄一(一)部分：被告確有於上揭時、地販賣第二級毒品甲基安非他命 7 公克予賴○軫，並收取 5,000 元之對價等情，業據證人賴○軫於偵查中具結證稱：「(問：提示譯文編號 118 號，該內容為你和陳文賢之對話?)是。我打電話問陳文賢有沒有安非他命，一個就是一兩的意思，半個就是半兩的意思，『一半跟一半』就是 4 分之 1 兩的意思，我後來是去陳文賢位於長榮桂冠酒店附近的住處購買安非他命，陳文賢有當面用電子磅秤秤給我看，這次是向陳文賢以 5 千元價格買 7 克安非他命，我當場拿 5 千元給他，陳文賢當場有交 7 克安非他命給我，我再拿給趙○昌，趙○昌是當天稍早拿 5 千元給我，……」(見臺灣宜蘭地方檢察署 105 年度偵字第 4962 號卷第 20 頁)，經核其證詞，復與卷附門號 0000000000 號行動電話於上揭時間之通訊內容譯文暨基地台位置紀錄互核相符。又本院對照上開通訊內容譯文，賴○軫於上揭時間之通話中確有提及「喂，兄仔，我想說晚點要拜託你一點事情你方面嗎，有方便幫我處理嗎?」「要拜託你啊，看有沒有辦法幫我處理?」等拜託被告之語，復稽諸被告前揭所坦承賴○軫於上揭時間確有以電話表達需要甲基安非他命之意，可見賴○軫於上開通話中拜託被告所處理者，即是需要甲基安非他命之意。而對賴○軫前揭請求，被告於電話中亦隨即答以「有啊。」「喔...1 個還是?」「啊是怎樣，1 塊還半塊?」賴○軫則回以「ㄟ...那個...一半跟一半。」(宜蘭縣政府警察局宜蘭分局警蘭偵字第 1050018639 號卷第 48 頁)，復對照證人賴○軫前揭證述「一半跟一半」就是 4 分之 1 兩等語，更可見前揭通話即為賴○軫因於上揭時間需用甲基安非他命，而與被告聯繫購買之對話，又被告對賴○軫前揭要求，亦於電話中立即表示同意並進一步向賴○軫確認所需之數量，而未有任何拒絕或遲疑之意，亦未表示其需向他人確認才能回覆，足見被告於上揭時間確已與賴○軫就

購買甲基安非他命及所欲交易之數量達成合意，準此，證人賴○軫前揭證稱於上揭時間確有與被告購買甲基安非他命等情，與卷存客觀證據均相符合，應非虛妄。被告確有於上揭時間，與賴○軫以電話電聯絡毒品買賣事宜後，販賣第二級毒品甲基安非他命7公克予賴○軫等事實，應堪認定。

(二)犯罪事實欄一(二)部分：(略)

(三)辯護人雖為被告辯稱：證人賴○軫於偵查中之證述與其於警詢中所為證詞，無論就其購買毒品之數量、價額及地點均前後不一，其證詞已有矛盾之瑕疵，不得採為不利被告之證據等語。惟查，比對證人賴○軫於警詢及偵查中之證述，無論就其於犯罪事實欄一(一)及一(二)所示之時間，均有與被告通話、交易，且購買之毒品種類均為甲基安非他命，購買之對象均為被告等節，亦即構成販賣第二級毒品罪之構成要件要素，其前後證述並無不同，雖其就各次購買之數量，及犯罪事實欄一(二)該次之交易地點，於警詢及偵查中之證述有所不一，然考量其交易發生、警詢及偵訊之日期，彼此間均相隔有一定之時間，且證人賴○軫於偵查中亦供稱其前後總共向被告拿過4、5次甲基安非他命（見臺灣宜蘭地方檢察署105年度偵字第4962號卷第20頁），則其就各次交易之詳細數量及地點之記憶縱有混淆或模糊，亦與常情無違，尚難僅以證人賴○軫就交易之部分細節前後供述不一，即遽認其於偵查中之證詞為虛偽而無可採信。且前揭證人賴○軫於偵查中之證詞，除證稱確有向被告購買甲基安非他命以外，其亦同時證稱有將買得之甲基安非他命交與趙○昌等情，而為不利於己之陳述，且證人賴○軫於同一次偵訊過程，亦就另案部分證稱「（問：提示譯文編號54-57號，該內容為你和陳文賢之對話？）是。陳文賢問我有無安非他命可以請他，我跟他說我下班再過去他家，當天10點57分下班我有先去陳○吉家，再到陳文賢住處拿一次施

用量的安非他命給陳文賢，我沒有向陳文賢收錢。（問：為何在警詢中稱當時是陳文賢請你施用毒品？）應該是我當天講錯了，實際上當天是我請陳文賢施用安非他命。」更是有利於本件被告而不利於其自身之陳述，秉此更可見證人賴○軫於偵查中所為證詞，並無為謀一己減刑或脫罪之利，而任意構陷被告之情。又證人賴○軫偵查中之證詞，經核復與卷存客觀證據相符而堪以信實，業如前述，是辯護人前揭所辯，並無可採。至證人賴○軫於警詢時之證述，為刑事訴訟法第 159 條第 1 項所規定之傳聞證據，且業經本院裁定無證據能力（見本院卷第 69 頁），本院復未據以為對被告不利之認定，自無庸再贅述其證明力，附此指明。

（四）被告雖又以前詞置辯，證人賴○軫亦於本院審理時附和被告之辯詞，翻異前詞改口證稱：我在偵查中所為之證詞，是因為我在警察局製作筆錄時，警方突然關掉錄音，跟我說我趕快隨便講講就可以交保，警方在製作筆錄時有中斷很多次，一直跟我說如果不配合就無法做筆錄，我就隨便講講、說我有與被告買毒品，後來到檢察署接受檢察官訊問時，我被收押，警方說我不能講不同的供述，所以我就照之前警詢說的一樣來陳述。事實上我於 105 年 7 月 23 日與被告之通話純粹是要跟被告約時間，不是要調東西，電話中說的「1 塊」、「半塊」不是指毒品，是指玉；於 105 年 8 月 5 日雖有與被告見面，但被告說他朋友那裡沒有甲基安非他命，我們就各自離開云云（見本院卷第 70-73 頁）。惟查：

1. 證人賴○軫前揭證稱在 105 年 8 月 15 日警局製作筆錄時曾遭警方不正對待云云（見本院卷第 70 頁），業經本院當庭勘驗其警詢錄影光碟並對照宜蘭縣政府警察局宜蘭分局警蘭偵字第 1050018142 號卷第 48 至 51 頁（即警詢筆錄第 16 至 19 頁）105 年 8 月 15 日證人賴○軫之警詢筆錄有關本案之部分，其結果如下：「【錄影時間 00：12：00-00：22：10】證人賴○軫精神良

好無異狀，可與詢問警員正常交談。警員提供指認犯罪嫌疑人紀錄表及通訊監察譯文供證人賴○軫閱覽，並詢問該次是否有向被告陳文賢調到毒品，證人賴○軫先稱有問但該次沒調到毒品（重複好幾次），警員在旁表示：有啦、有啦，這次應該有（重複好幾次），後改稱再讓他想想看（證人手持譯文思考），警員在旁表示：你要看全部譯文內容，不是只看一部分，並口述編號121、122部分譯文內容，證人賴○軫均未回應。最後警員表示：沒關係，沒有就沒有。另再次詢問指認犯罪嫌疑人紀錄表中哪個是被告陳文賢。（上開警員與證人賴○軫對話內容均未記載於筆錄內）

【錄影時間00：22：11-00：26：44】於00:22:24時，證人賴○軫思考後，稱該次有調到毒品半個，大約15、16公克，以新臺幣8,000元在礁溪長榮桂冠酒店後方某處與被告陳文賢交易（錄影檔案與警詢筆錄第17頁第10-20行及第18頁第1行製作內容大致相符，且未有錄影中斷不連續或受引導而陳述之情形。）

【錄影時間00：26：45-00：34：23】警員後再提示其他譯文，證人賴○軫於00:31:05時，稱以新臺幣5,000元在上述相同地點向被告陳文賢購買毒品約8、9克。（錄影檔案與警詢筆錄第18頁第2行至第19頁第10行製作內容大致相符，且未有錄影中斷不連續或受引導而陳述之情形。）」此有本院勘驗筆錄在卷可查（見本院卷第118-119頁），自上勘驗內容，已可見證人賴○軫於上揭時間接受警方詢問時，精神良好無異狀，可與詢問警員正常交談，且錄影未有中斷，警方亦無向其表示趕快隨便講講即可交保等語，至證人賴○軫就警方詢問有無向被告調到毒品，一開始雖多次表示「沒調到」，而警方則在旁多次表示「有啦、有啦，這次應該有」，然警方語調正常平緩，並無脅迫之情，嗣又隨即表示讓證人賴○軫再想想看，並提供證人賴○軫通訊監察譯文紙本，並讓賴○軫有充足之時間可以閱覽、思考，嗣再表示

「沒關係，沒有就沒有」，證人賴○軒於此情況下，嗣仍為如警詢筆錄所載之證詞，堪認警方於上揭時間之詢問程序，並無強暴、脅迫、利誘、疲勞訊問或其他不正之方法。

2. 就證人賴○軒前揭證稱其於檢察署接受檢察官訊問時，係因警方要求其不能講不同的供述，所以就照之前警詢說的一樣來陳述等情（見本院卷第 71 頁），然查被告於 105 年 8 月 15 日在警局接受警方詢問後，係於相隔逾 1 個月後之同年 9 月 26 日始在檢察署接受檢察官訊問，其 2 次接受詢（訊）問之時間相隔甚遠、地點亦異、詢（訊）問之主體更是不同，且被告於 105 年 8 月 15 日接受警詢時並無遭強暴、脅迫或其他不正詢問等情，業如前述，其於 105 年 9 月 26 日更係自法務部矯正署宜蘭看守所提解到臺灣宜蘭地方檢察署接受檢察官訊問，此有該署檢察官辦案進行單、點名單各 1 紙在卷可考（見臺灣宜蘭地方檢察署 105 年度偵字第 4962 號卷第 14、18 頁），更難認警方有介入影響其於偵查中證述任意性之可能，益見其於本院審理時所為上開指摘，應係為迴護被告所為之虛偽陳述，委無足採。

……

- (六)綜上所述，被告如犯罪事實欄一(一)及一(二)所載之 2 次販賣第二級毒品甲基安非他命犯行，均堪認定，其前開所辯均無可採。本案事證明確，應依法論科。

二、論罪科刑

- (一)核被告就犯罪事實欄一(一)及一(二)所為，均係犯毒品危害防制條例第 4 條第 2 項之販賣第二級毒品罪。至被告於上開販賣第二級毒品甲基安非他命前後持有第二級毒品甲基安非他命之低度行為，應為販賣之高度行為所吸收，不另論罪。被告所為如犯罪事實欄一(一)及一(二)所示 2 次犯行，犯意各別，行為互殊，應予分論併罰。」

二、臺灣高等法院 [108 年度上訴字第 1878 號](#) 判決認為：

「壹、有罪部分

一、……則其警詢既係被告以外之人於審判外陳述，復有如原審勘驗所載，證人先一再重覆稱有問但未調到，惟警員即在旁重覆稱有啦，有啦，這次應該有，及要其想想看，賴○軫則均未回應等未為記載之情事(訴卷第一一九頁筆錄)之瑕疵，因認非有證據能力。……

貳、無罪部分：

……

三、經訊被告固坦承卷附編號 118 之監聽譯文為其與賴○軫對談內容，要為賴○軫調安非他命，但堅決否認此次為販賣犯行，並辯稱，此次並未於長榮桂冠附近與賴○軫碰面等語。

四、經查，有關本案與被告於一〇五年七月廿三日毒品交易部分，證人賴○軫於警詢經警提示編號 118 即該日與被告交談譯文詢問其有無向被告調到毒品，證人先一再重覆稱，「有問但未調到」，惟警員即在旁重覆稱；「有啦，有啦，這次應該有」。嗣警要其想想看，並再口述編號 121 及 122 部分譯文內容，賴○軫均未回應。再經警要其於犯罪嫌疑人紀錄表中指認被告後，賴○軫方改稱其出資三千元與趙○昌合資向被告以八千元購買十五~十六公克之安非他命，其分得五公克均未記錄於筆錄一情，業經原審勘驗警詢錄音、錄影在卷(訴卷第一一八~一一九頁審判筆錄)。另於偵查中賴○軫對系爭交易證稱：是日係先自趙○昌處取得五千元，再至長榮桂冠附近被告住處以五千元購買七公克安非他命，被告當場用電子磅秤秤給他看等語(偵卷第二〇訊問筆錄)。至原審法院又稱：警詢筆錄是警員要我趕緊製作筆錄可以交保，說被告不會有事，

我就隨便說有跟被告買毒品，講完就可以交保回去了。該監察譯文是我拜託他替我朋友調毒品甲基安非他命，但是被告沒辦法取得甲基安非他命。是警察叫我去外面抽菸跟我說的，警察說趕快把筆錄做一做送去地檢就可交保了。製作筆錄時中斷很多次，警方說如果不配合無法做筆錄。偵查中是警方說我不能講不同的陳述，所以就照警詢說的陳述（訴卷第七〇～七一頁審判筆錄）。是證人對本件究有無與被告交易毒品，於警局先稱未調到，後稱與趙○昌合資以八千元買十五、十六公克；於偵查中則稱是幫趙○昌以五千元買七公克，前後對是否與人合資及買賣金額數量均不相同，已有可議。況其前多次重覆稱「未調得」時，警員竟在旁多次稱「有」，復未紀錄，則證人稱係應警員之語而稱有向被告購買一節，即非完全無據。原審雖以前開勘驗筆錄認未有錄影中斷不連續或受引導而陳述之情形（訴卷第一一九頁勘驗筆錄），惟核賴○軫該次警詢筆錄，係自上午九時五分至十三時十八分長達四小時餘，又係調查其遭監聽之所有涉嫌毒品交易情形，而非僅單一詢問有關與被告之交易，期間並於十時四十八分及十一時廿一分中斷詢問（警 18142 影卷第三三、四二、四五頁調查筆錄），則證人稱警員是其在外面抽菸時跟他說的一節，即非無可能。況依原審勘驗結果，警員讓賴○軫想想看，且要其看全部譯文內容時，口述編號 121、122 部分譯文，又非其與被告之通聯內容，則警方似非無引導之舉，則證人賴○軫於偵查中證稱有向被告購買安非他命，即無從遽採。

五、再查，……賴○軫確有主動打電話要被告幫他問四分之一兩之安非他命，被告亦應允約賣方五點，惟嗣即無二人約見面之其他通聯，則證人賴○軫稱「有問但沒調到」與被告供承當日有要為賴○軫調毒品但嗣未碰面均相一致，應堪採信。

此外，檢察官未提出其他事證，使法院得確認之心證，揆諸前揭規定說明，此部分事證不足，自應為被告無罪之諭知，以符法制。」

三、小結

綜上，本案第一審法院勘驗證人賴○軫警詢光碟，認為警方之詢問程序，並無強暴、脅迫、利誘、疲勞訊問或其他不正之方法，警察之誘導僅係為喚起證人之記憶，但因警詢筆錄屬於傳聞證據，認定無證據能力；第二審法院認為證人賴○軫之警詢筆錄為傳聞證據，並受誘導，故無證據能力，但並未說明合法誘導與違法誘導區別之判斷。

至於證人賴○軫關於被告涉嫌於105年7月23日販毒之偵訊筆錄，第一審法院認為：證人賴○軫於相隔逾1個月後始在檢察署接受檢察官訊問，其2次接受詢（訊）問之時間相隔甚遠、地點亦異、詢（訊）問之主體更是不同，且證人賴○軫因另案在押，其經檢察官提解訊問，難認警方有介入影響其於偵查中證述任意性之可能，因而認為偵訊筆錄有證據能力。第二審系爭判決則認為：「警方似非無引導之舉，則證人賴○軫於偵查中證稱有向被告購買安非他命，即無從遽採。」但第二審判決既未對第一審上開說理有何錯誤提出糾正，亦未表示第二審認為此部分偵訊筆錄係無證據能力或欠缺證明力。

參、聲請行言詞辯論之理由

一、爭點一

（一）所涉及之法令

1. 關於偵查階段詢（訊）問證人之規定

我國刑事訴訟法對於偵查階段詢問證人之方式，並無明文規範，僅刑事訴訟法第192條規定：「第七十四條及第九十九條之規定，於證人之訊問準用之。」而刑事訴訟法第74條規定：「被告因傳喚到

場者，除確有不得已之事故外，應按時訊問之。」第 99 條規定：「被告為聾或啞或語言不通者，得用通譯，並得以文字訊問或命以文字陳述。」

所謂誘導詢(訊)問，係指詢問者將其答案放入問題內，暗示被問者答案的問話方式，讓被問者僅須作肯定或否定的回答。我國法律對誘導詢(訊)問亦無明文規定，刑事訴訟法第 98 條規定：「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。」同法第 100 之 2 條規定：「本章之規定，於司法警察官或司法警察詢問犯罪嫌疑人時，準用之。」第 156 條第 1 項規定：「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。」最高法院 [104 年度台上字第 3052 號](#) 判決解釋刑事訴訟法第 156 條第 1 項立法意旨：「(第 156 條第 1 項) 前段為自白「證據取得禁止」之規定，後段為自白「證據使用禁止」之規定，兩者結合為完整之證據禁止規定，此乃本法關於證據使用禁止(證據排除)最為明確、絕對之明文規定，法院於適用上並無裁量之餘地。立法規範意旨，在於維護被告陳述與否之意思決定及意思活動自由，此即通稱之「自白任意性」。此項自白任意性保障，涉及被告最為基本的程序主體地位，與被告不受任何侵犯之人性尊嚴有密切關係。因此，縱使不正訊問所得之自白內容與真實相符時，亦絕對無證據能力，並無例外。」

基於類似性，一般認為上開規定應類推適用訊問證人¹。因此，警察誘導詢問是否合法，應探究此種詢問方式是否屬於刑事訴訟法第 98 條、第 156 條第 1 項規定之「不正方法」。

2. 關於誘導詰問之規定

我國法律僅在審判交互詰問程序中才有關於「誘導」詰問之明文

¹ 例如林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2017 年，191 頁。

規定，在審判交互詰問程序中，為避免詰問者所聲請傳喚之友性證人附和詰問者發問而作出虛偽陳述，主詰問者原則不得為誘導詰問；但對於與案情無關的證人身分確定事項、證人有記憶不清、規避回答或敵意等情事，則准許主詰問者為誘導詰問。行反詰問者，因為證人通常並非行反詰問者之友性證人，不會為了附和反詰問者而作不實陳述，有時敵性證人對重要問題可能故意避免直接回答，因此法律允許誘導詰問。

刑事訴訟法第166之1條第3項乃規定：「行主詰問時，不得為誘導詰問。但下列情形，不在此限：一、未為實體事項之詰問前，有關證人、鑑定人之身分、學歷、經歷、與其交游所關之必要準備事項。二、當事人顯無爭執之事項。三、關於證人、鑑定人記憶不清之事項，為喚起其記憶所必要者。四、證人、鑑定人對詰問者顯示敵意或反感者。五、證人、鑑定人故為規避之事項。六、證人、鑑定人為與先前不符之陳述時，其先前之陳述。七、其他認有誘導詰問必要之特別情事者。」刑事訴訟法第166之2條第2項規定：「行反詰問於必要時，得為誘導詰問。」

對於不當誘導詰問之法效果，刑事訴訟法第167條之1規定：「當事人、代理人或辯護人就證人、鑑定人之詰問及回答，得以違背法令或不當為由，聲明異議。」同法第167條之5規定：「審判長認異議有理由者，應視其情形，立即分別為中止、撤回、撤銷、變更或其他必要之處分。」亦即，不當誘導詰問之法效果並非必然無證據能力。

(二)外國立法例

1. 美國法

(1) 警察誘導詢問通常屬於合法詢問方式

美國司法實務界及學界一般認為案件若無知情者之陳述，外界極難查知，而知情者基於各種理由可能傾向置身事外或說謊，若不准警

察以誘導方式促其據實陳述，該等案件可能無法偵破，犯罪者將永遠逍遙法外，因此以誘導方法取得犯罪嫌疑人或證人之供述乃有實際需要。

實務上，警察以誘導方法取得犯罪嫌疑人或證人供述之情形在美國非常普遍。美國學界大多贊成實務界之作法，因為警察以誘導方式詢問犯罪嫌疑人時，犯罪嫌疑人不會為附和詢問者而作不利自己之不實陳述；警察詢問證人時，若證人閃避不願配合，警察以催促誘導方式詢問，只要不會因此導致被詢問者決定虛偽陳述，並非不正方法；但是受詢問對象若是容易因誘導問話而影響其答話正確性者，例如心智遲緩者、小孩，則應盡量避免誘導。

以美國最普遍使用之偵訊技巧教科書 *Criminal Interrogation and Confessions* (Inbau, Reid, Buckley 等三人合著) 為例，該書教導偵查人員應如何以合法誘導取得供述證據，其中包括 (1) 對被告假裝同情²；(2) 利用謊言來減低受詢問人之罪惡感³；(3) 誇張犯罪結果，使受詢問人於否認時間接地承認犯罪(例如被告偷竊一萬元，警察卻告訴他被害人陳稱失竊十萬元)⁴；(4) 向受詢問人謊稱其他證據存在，罪證已經明確，說謊已沒有用⁵；(5) 向受詢問人謊稱被告已經承認等等⁶。

美國法院一般認為，警察詢問被告或證人是否合法，應取決於該供述有無任意性(voluntariness)，而有無任意性應以「綜合法則」(totality of the circumstances test) 判斷，警察以誘導方式取得供述，只要被詢問人所為之陳述未達被強迫程度，其供述有任意性，沒有虛偽陳述之危險，其調查方式為合法；若警察除誘導外，尚以其他方法壓制被詢問者之自由意思，綜合觀察結果，被詢問人所為之陳

2 Fred E. Inbau et al., *Criminal Interrogation and Confessions* 98 (3rd ed. 1986).

3 同前註，100 頁。

4 同前註，122-123 頁。

5 同前註，131 頁。

6 同前註，132 頁。

述已達被強迫程度，其供述乃無任意性，不得採為證據⁷。舉例言之，美國聯邦最高法院在 *Oregon v. Mathiason* 案⁸表示：警察向受詢問人謊稱在犯罪現場有採獲其指紋(實際沒有採得指紋)，受詢問人因而認為本案已無法狡賴而自白，其自白仍有任意性，警察取供方式並不違憲。在 *Frazier v. Cupp* 案⁹，警察偵訊時向受詢問人謊稱其他共犯已經坦承犯行(實際上共犯沒有坦承)，被告因而自白，美國聯邦最高法院表示該自白仍具任意性，得採為證據。在 *Lewis v. United States* 案¹⁰，警察偽造相片，再向嫌疑人謊稱該相片顯示死者之鞋子上有嫌疑人之拇指指紋，並謊稱案發當晚，有一目擊證人看見嫌疑人從屍體發現處走出來。法院認為該嫌疑人因此所為之自白有證據能力，並因而定罪。

雖然如此，美國警察並非可以不擇手段地取得供述證據，在 *Spano v. New York* 案¹¹，*Spano* 涉嫌殺人，其在電話中向一警察朋友 *Bruno* 坦承犯行。警察逮捕 *Spano* 後，*Spano* 拒絕陳述並多次向警察請求通知辯護律師到場，但警察及檢察官拒絕他的請求，訊問 *Spano* 5 個多小時後，警察請其友人 *Bruno* 向嫌疑犯謊稱：其若不陳述的話，*Bruno* 可能將因此失去工作，*Bruno* 懷孕之妻及 3 個小孩將會受苦。經過 8 小時之詢問及 *Bruno* 4 次之懇求後，*Spano* 終於自白，並因此而被宣告有罪並判處死刑。美國聯邦最高法院認為：綜合考量 *Spano* 教育程度不高且有情緒不穩定之紀錄、並參考警察所使用之壓力、所引起之同情心、拒絕其辯護律師在場及 *Spano* 已疲憊等情形，應認為 *Spano* 之供述沒有任意性，警察取得供述證據手段已違反憲法增修條文第 14 條之程序正當原則，該自白不得採為證據。

7 See, e.g., Deborah Young, *Unnecessary Evil: Police lying in Interrogations*, 28 CONN. L. REV. 425 (1996); Laura Hoffman Roppe, id.; Daniel W. Sasaki, id.

8 *Oregon v. Mathiason*, 429 U.S. 492 (1977).

9 *Frazier v. Cupp*, 394 U.S. 731, 738 (1969).

10 *Lewis v. United States*, 74 F.2d 173 (9th Cir. 1934).

11 *Spano v. New York*, 360 U.S. 315 (1959).

在 Florida v. Cayward 案¹²，被告涉嫌對一小孩為性侵害後將之殺害，警察因無足夠證據證明其罪行，乃以虛偽之鑑定報告，向被告表示死者之內褲沾有其精液，被告信以為真而坦承犯行。佛羅里達州上訴法院認為鑑定報告有真實性及持久性之性質，若容許以虛偽之鑑定報告取得其自白，將使鑑定報告真偽莫辨，危及整個刑事司法制度，故利用虛偽之鑑定報告取得自白已超越容許警察以不誠實方法取供之範圍，違反程序正當原則，其因此取得之自白無任意性，不得採為證據。

以上二例均是法院以「綜合法則」判斷後，認為警察詢問手段與其他情事綜合影響，導致被詢問者之供述無任意性，而不賦予證據能力。因此，以誘導方法取得供述證據，與以強暴、脅迫取得供述證據之法律效果不同，以強暴、脅迫行為本身即足使取得之證言不具任意性（無證據能力）；但以誘導方法取得供述證據，該方法只是可能影響受訊問人供述任意性之因素之一而已，通常不致於使被詢問者之供述失去任意性，故不影響其證據能力。

(2)即使審判時不當誘導詰問，通常不影響證言之證據能力

美國法院審判交互詰問程序中，為避免詰問者所聲請傳喚之友性證人附和詰問者發問而虛偽陳述，主詰問者原則不得為誘導詰問；但對於證人身分確定事項、證人有規避回答或敵意等情事，則准許主詰問者為誘導詰問。行反詰問者，因為證人通常並非其友性證人，不會不實地附和其發問；不僅如此，有時敵性證人對重要問題可能故意避免直接回答，因此允許誘導詰問。

美國法院進行審判程序時，一造對於他造之不當舉證或詰問可以聲明異議，聲明異議可分為「對形式的異議」(objection to form)與「對實質的異議」(objection to substance)二者，「對實質的異

¹² Florida v. Cayward, 552 So. 2d 971 (Fla. Dist. Ct. App. 1989).

議」指對於證據提出是否合法有意見而提出異議，此時審判長所為之處分不論是不應容許該證據而容許或不應排除該證據而排除，均可能影響真實的發現及改變該案之結果，故審判長之處分若有違法，可能成為上訴理由。

「對形式的異議」指對於詰問人之問話方式或證人之回答方式，認為違反證據法規而提出異議，只要詰問人改變問話方式或證人改變答話方式即可。對不當誘導問話提出異議屬於「對形式的異議」，因審判長為證據調查程序的裁判者，擁有一定的裁量權，對形式的異議縱裁量不當(例如不應允許其發問方式而允許)，亦無其他法律效果¹³。亦即，審判時檢察官或辯護律師的誘導詰問縱有不當，通常並不影響證言之證據能力。

(3)判斷取證是否違法之心證門檻為過半程度

美國法把裁判事項之心證程度依高低秩序分為下列三大門檻：「無合理懷疑」(beyond a reasonable doubt)、「明確證據」(clear and convincing evidence)、「過半證據」(preponderance of the evidence, 有學者將之譯為「優勢證據」)¹⁴，「無合理懷疑」是有罪判決的心證門檻¹⁵，羈押以「明確證據」作為心證門檻，警察取證是否違法及絕大多數民事案件則以「過半證據」為心證門檻，亦即比較雙方所提出之證據，比較佔優勢的一方將獲得勝訴。心證程度雖然很難量化，但美國陸續仍有學者及實務家嘗試將之賦予百分比，結果問卷調查發現「無合理懷疑」其百分比大約在 90%至 95%之間¹⁶，「明確

13 請參閱美國聯邦證據法 Rule 103。並參閱陳佑治，詰問要領與異議，月旦法學雜誌，66 期，2000 年，155 頁。

14 請參見吳巡龍，「相當理由」與「合理懷疑」之區別——兼評大法官會議釋字第五三五號解釋，刑事法雜誌，46 卷 4 期，2002 年 8 月，56-73 頁，收錄於氏著，新刑事訴訟制度與證據法則，第四章，2003 年。

15 關於「無合理懷疑」之意義，請參見吳巡龍，我國協商程序實務問題的探討，月旦法學教室，22 期，2004 年 8 月，113-117 頁。

16 Elisabeth Stoffelmayr & Shai Seidman Diamond, *The Conflict between Precision and Flexibility in Explaining "Beyond a Reasonable Doubt,"* 6 PSYCHOLOGY, PUBLIC POLICY, AND LAW 769, 774 (2000).

證據」心證程度百分比則大約在 70%至 80%之間¹⁷。

關於證明被告自白任意性的心證程度為何，美國聯邦法主要表現在 *Lego v. Twomey* 案¹⁸，本案被告 Lego 於 1961 年在 Illinois 州 Cook County 郡法院，經陪審團認定攜械強盜有罪，法官判處 25 年至 50 年之刑度，不利被告之證據包括被告遭逮捕後在警局所為之自白。被告不爭執自白的真實性，但主張其警訊自白係遭警察以槍柄打其頭、頸部所為，不具任意性。被告表示該地警長恰巧是被害人的老同學及鄰居，可能因此打他，並提出被捕後在拘留所被拍攝的照片作為證據，照片顯示被告的臉部腫脹並有血跡，被告說他行搶時雖遭被害人抓傷，但臉部腫脹係被警察毆打所致。警長與 4 名警察人員到庭證稱並無被告所稱之毆打或脅迫情形，也不知有同事有這些行為。本案基本上是警察與被告何者陳述較為可信，對於檢察官證明被告自白任意性之舉證責任標準，事實審法官適用「過半證據」門檻，並認定被告之警訊自白有證據能力，得於審理中使用，而導致被告有罪之判決。被告上訴後 Illinois 州最高法院維持原判決。

被告因此向美國聯邦法院主張，法官應適用「無合理懷疑」之舉證責任標準來認定自白之任意性。美國聯邦最高法院仍維持原判，其解釋道：*In re Winship* 案¹⁹判決是表示除非構成其犯罪所必須的每個犯罪構成要件被證明至無合理懷疑程度，才可為有罪判決，以落實無罪推定原則，但有罪判決不會只因為以較不嚴格的標準認定自白之證據能力而較不可靠。被告主張須依無合理懷疑之標準來認定證據能力之有無，如此方可對證據排除法則所追求之價值給予適當之保障，這是一個有吸引力的論點，但是單純強調證據排除法則追求之價值本身，不足以證明憲法也要求證據能力之證明須超越合理的懷疑。如果沒有堅強完善的理由，最高法院不願意擴張現行適用的證據排除法則。

¹⁷ 同前註。

¹⁸ *Lego v. Twomey*, 404 U.S. 477 (1972).

¹⁹ *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970).

而且提高檢察官對警察偵查作為不違法的舉證責任之公共利益，並不足以超越把有證據價值的證據提供給陪審團以達到正確的有罪無罪判決的公共利益²⁰。

另外，美國聯邦最高法院在 Colorado v. Connelly 案²¹重申 Lego v. Twomey 案之見解，認為自白任意性之決定與陪審團判決之可依賴性無關，而是用以判斷警察有無脅迫行為，因此，自白任意性與需要超越合理懷疑的犯罪構成要件之存否無關，無需被證明至「無合理懷疑」，證明自白任意性之標準採用過半原則，Miranda 告知事項旨在確保被告自白任意性，證明自白任意性之標準既然採用過半原則，被告抗辯其自白係違反米蘭達權利時，檢方之舉證責任亦應為過半原則。

2. 日本法

(1) 詢問被告以外之人(含證人)的方法，不能有礙供述之任意性

為了偵查犯罪之必要，司法警察得要求被告以外之人(含證人)前來接受調查並製作筆錄(日本刑事訴訟法第 223 條²²、第 198 條第 3、5 項²³)。此種司法警察通知被告以外之人(含證人)前來接受調查並製

²⁰ Lego v. Twomey, 404 U.S. 477, 488-89 (1972), (“from our experience over this period of time no substantial evidence has accumulated that federal rights have suffered from determining admissibility by a preponderance of the evidence. ...Without good cause, we are unwilling to expand currently applicable exclusionary rules by erecting additional barriers to placing truthful and probative evidence before state juries and by revising the standards applicable in collateral proceedings. Sound reason for moving further in this direction has not been offered here nor do we discern any at the present time. This is particularly true since the exclusionary rules are very much aimed at deterring lawless conduct by police and prosecution and it is very doubtful that escalating the prosecution's burden of proof in Fourth and Fifth Amendment suppression hearings would be sufficiently productive in this respect to outweigh the public interest in placing probative evidence before juries for the purpose of arriving at truthful decisions about guilt or innocence.”).

²¹ Colorado v. Connelly, 479 U.S. 157 (1986).

²² 第 223 条 檢察官、檢察事務官又は司法警察職員は、犯罪の捜査をするについては必要があるときは、被疑者以外の者の出頭を求め、これを取り調べ、又はこれに鑑定、通訳若しくは翻訳を囑託することができる。

2 第 198 条第 1 項但書及び第 3 項乃至第 5 項の規定は、前項の場合にこれを準用する。

²³ 第 198 条 檢察官、檢察事務官又は司法警察職員は、犯罪の捜査をするについては必要があるときは、被疑者の出頭を求め、これを取り調べることができる。但し、被疑者は、逮捕又は勾留されている場合を除いては、出頭を拒み、又は出頭後、何時でも退去することができる。2 前項の取調に際しては、被疑者に対し、あらかじめ、自己の意思に反して供述をする必要

作筆錄，定性為任意偵查，關於任意偵查之訊問被告之方法，不得有強制、拷問、脅迫及其他有礙任意性之虞(日本刑事訴訟法第 319 條參照)²⁴，是否有礙任意性之判斷，係審酌案件之性質、嫌疑程度、嫌疑人態度，是否以社會上通念認為相當之方式為之²⁵，故上揭針對被告之訊問方法的限制，在詢問被告以外之人(含證人)之程序，除無告以拒絕供述之外，餘均與犯罪嫌疑人之詢問相同²⁶，即仍不能有礙其供述之任意性。

(2)詢問被告以外之人(含證人)，得為誘導

日本刑事訴訟法並未有明文禁止司法警察對於被告以外之人(含證人)為誘導詢問，審判中得對證人為誘導之主詰問，依日本刑事訴訟規則第 199 條之 3 第 3 項規定，包括：「①關於證人身分、經歷、交友關係等，於進入實質詰問前，有明確化必要之準備性事項。②關於訴訟關係人明顯不爭執之事項。③關於證人記憶不清之事項，有喚起其記憶之必要時。④證人對主詰問者表現敵意或反感時。⑤關於證人欲迴避證言之事項。⑥證人為與先前相反或實質相異之供述時，關於該供述之事項。⑦有其他認為誘導詰問為必要之特別情事」²⁷，又

がない旨を告げなければならない。

3 被疑者の供述は、これを調書に録取することができる。

4 前項の調書は、これを被疑者に閲覧させ、又は読み聞かせて、誤がないかどうかを問い、被疑者が増減変更の申立をしたときは、その供述を調書に記載しなければならない。

5 被疑者が、調書に誤のないことを申し立てたときは、これに署名押印することを求めることができる。但し、これを拒絶した場合は、この限りでない。

²⁴ 三井誠、河原俊也、上野友慈、岡慎一(編)、石井隆，新基本法コンメンタール 刑事訴訟法，日本評論社，3 版，2018 年 4 月，251 頁。

²⁵ 最判昭和 59 年 2 月 29 日，刑集 38 卷 3 号 479 頁，<https://reurl.cc/v156Ll> (最後瀏覽：2020 年 8 月 25 日)。

²⁶ 幕田英雄，捜査法解説，東京法令出版，2012 年 3 版，178 頁。

²⁷ 原文：

第 199 条の第 3 項 主尋問においては、誘導尋問をしてはならない。ただし、次の場合には、誘導尋問をすることができる。

一 証人の身分、經歷、交友関係等で、実質的な尋問に入るに先だつて明らかにする必要のある準備的な事項に関するとき。

二 訴訟関係人に争のないことが明らかな事項に関するとき。

三 証人の記憶が明らかでない事項についてその記憶を喚起するため必要があるとき。

四 証人が主尋問者に対して敵意又は反感を示すとき。

依同規則第 199 條之 4 第 3 項：「反詰問有必要時得為誘導詰問」²⁸。

實務運作上認為，司法警察對於被告以外之人(含證人)為誘導詢問、暗示詢問非無不可，然誘導詢問應以喚起記憶為必要，但幼兒或心智遲緩者，應盡可能以開放性問題之方式為之²⁹。

(3) 警詢之證據能力判斷

警察所製作之被告以外之人的筆錄，係傳聞證據，為日本刑事訴訟法第 321 條第 1 項 3 款³⁰所稱之「陳述筆錄」(三号書面)³¹，依日本刑事訴訟法第 320 條第 1 項規定，原則上不容許作為審判證據之

五 証人が証言を避けようとする事項に関するとき。

六 証人が前の供述と相反するか又は実質的に異なる供述をした場合において、その供述した事項に関するとき。

七 その他誘導尋問を必要とする特別の事情があるとき。

²⁸ 原文：

第 199 の 4 第 3 項 反対尋問においては、必要があるときは、誘導尋問をすることができる。

²⁹ 幕田英雄，前掲註 26，490-491 頁。

³⁰ 第三百二十一条 被告人以外の者が作成した供述書又はその者の供述を録取した書面で供述者の署名若しくは押印のあるものは、次に掲げる場合に限り、これを証拠とすることができる。

一 裁判官の面前(第百五十七条の六第一項及び第二項に規定する方法による場合を含む)における供述を録取した書面については、その供述者が死亡、精神若しくは身体の故障、所在不明若しくは国外にいるため公判準備若しくは公判期日において供述することができないとき、又は供述者が公判準備若しくは公判期日において前の供述と異なつた供述をしたとき。

二 検察官の面前における供述を録取した書面については、その供述者が死亡、精神若しくは身体の故障、所在不明若しくは国外にいるため公判準備若しくは公判期日において供述することができないとき、又は公判準備若しくは公判期日において前の供述と相反するか若しくは実質的に異なつた供述をしたとき。ただし、公判準備又は公判期日における供述よりも前の供述を信用すべき特別の情況の存するときに限る。

三 前二号に掲げる書面以外の書面については、供述者が死亡、精神若しくは身体の故障、所在不明又は国外にいるため公判準備又は公判期日において供述することができず、かつ、その供述が犯罪事実の存否の証明に欠くことができないものであるとき。ただし、その供述が特に信用すべき情況の下にされたものであるときに限る。

2 被告人以外の者の公判準備若しくは公判期日における供述を録取した書面又は裁判所若しくは裁判官の検証の結果を記載した書面は、前項の規定にかかわらず、これを証拠とすることができる。

3 検察官、検察事務官又は司法警察職員の検証の結果を記載した書面は、その供述者が公判期日において証人として尋問を受け、その真正に作成されたものであることを供述したときは、第一項の規定にかかわらず、これを証拠とすることができる。

4 鑑定経過及び結果を記載した書面で鑑定人の作成したものについても、前項と同様である。

³¹ 宇藤崇、松田岳士、堀江慎司，刑事訴訟法 第 2 版 (LEGAL QUEST)，有斐閣，2018 年 2 月，388 頁。

使用，理由是無法透過反詰問來為真實性之確認³²，必須同時符合「傳喚不能」、「不可欠缺性」及「特信性」三項要件，始例外有證據能力³³。

實例：

平成19年8月24日名古屋高等裁判所判決認為，受司法警察誘導，導致被害人記憶之喚醒受有惡影響，因而認為其關於證人識別之供述(包括警詢及偵訊筆錄)不具備信用性，排除其證據能力³⁴。

3. 德國法

德國刑事訴訟法第69條規定：「(第1項)應促使證人就訊問事項，按其所知連貫性地陳述。訊問前，應向證人說明調查的對象，且只要有被告存在，亦應說明被告之個人資訊。(第2項)為闡明及完善證言以及查清證人獲知之依據，在必要情況下，應進一步發問。特別應給予犯罪被害之證人機會，陳述犯罪對其產生之影響。(第3項)訊問證人，準用第136a條之規定。³⁵」德國刑事訴訟法第136a條規定：「(第1項)被告之意思決定及意思活動自由，不得以虐待、疲勞、侵害身體、施用物質、折磨、詐欺或催眠等方式予以影響。強制僅得在刑事訴訟法許可之範圍內使用之。禁止以刑事訴訟法不允許之處分相威脅，且禁止承諾法律未規定之利益。(第2項)禁止使用影響被告記憶力或理解力之措施。(第3項)第1項及第2項之禁止規定，不論被告同意與

³² 田口守一，刑事訴訟法，弘文堂，2012年3月6版，397頁。

³³ 宇藤崇、松田岳士、堀江慎司，同上註31，389頁。

³⁴ 判決引自：城祐一郎，取調ハンドブック，立花書房，2019年，250-251頁。

³⁵ Strafprozeßordnung (StPO) § 69 Vernehmung zur Sache

(1) Der Zeuge ist zu veranlassen, das, was ihm von dem Gegenstand seiner Vernehmung bekannt ist, im Zusammenhang anzugeben. Vor seiner Vernehmung ist dem Zeugen der Gegenstand der Untersuchung und die Person des Beschuldigten, sofern ein solcher vorhanden ist, zu bezeichnen.

(2) Zur Aufklärung und zur Vervollständigung der Aussage sowie zur Erforschung des Grundes, auf dem das Wissen des Zeugen beruht, sind nötigenfalls weitere Fragen zu stellen. Zeugen, die durch die Straftat verletzt sind, ist insbesondere Gelegenheit zu geben, sich zu den Auswirkungen, die die Tat auf sie hatte, zu äußern.

(3) Die Vorschrift des § 136a gilt für die Vernehmung des Zeugen entsprechend.

否，均適用之。違反前述禁止規定所得之陳述，即使被告同意，亦不得使用之。³⁶」德國刑事訴訟法第 163 條規定警察在偵查程序的任務 (Aufgaben der Polizei im Ermittlungsverfahren)，該條第 3 項第 2 句規定：「只要沒有其他規定，準用第 1 編第 6 章之規定。³⁷」也就是準用第 1 編第 6 章關於證人的規定，包括上述第 69 條之規定。德國刑事訴訟法第 161a 條為檢察官訊問證人及鑑定人 (Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen durch die Staatsanwaltschaft) 之規定，該條第 1 項第 2 句規定：「只要沒有其他規定，準用第 1 編第 6 章及第 7 章關於證人及鑑定人之規定。³⁸」也包括上述第 69 條之規定³⁹。簡言之，警詢及檢察官之訊問，均有德國刑事訴訟法第 69 條規定之適用，而該條第 3 項準用同法第 136a 條之規定，即不得影響受訊問者之意思決定及意思活動自由，不得以虐待、疲勞、侵害身體、施用物質、折磨、詐欺或催眠等方式予以影響，違反前述禁止規定所得之陳述，即使受訊問者同意，亦不得使用之。

德國刑事訴訟法第 136a 條之規定並沒有窮盡列舉所有禁止訊問

³⁶ Strafprozeßordnung (StPO) § 136a Verbotene Vernehmungsmethoden; Beweisverwertungsverbote
(1) Die Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung des Beschuldigten darf nicht beeinträchtigt werden durch Mißhandlung, durch Ermüdung, durch körperlichen Eingriff, durch Verabreichung von Mitteln, durch Quälerei, durch Täuschung oder durch Hypnose. Zwang darf nur angewandt werden, soweit das Strafverfahrensrecht dies zuläßt. Die Drohung mit einer nach seinen Vorschriften unzulässigen Maßnahme und das Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils sind verboten.

(2) Maßnahmen, die das Erinnerungsvermögen oder die Einsichtsfähigkeit des Beschuldigten beeinträchtigen, sind nicht gestattet.

(3) Das Verbot der Absätze 1 und 2 gilt ohne Rücksicht auf die Einwilligung des Beschuldigten. Aussagen, die unter Verletzung dieses Verbots zustande gekommen sind, dürfen auch dann nicht verwertet werden, wenn der Beschuldigte der Verwertung zustimmt.

³⁷ Strafprozeßordnung (StPO) § 163 Aufgaben der Polizei im Ermittlungsverfahren

(3) Zeugen sind verpflichtet, auf Ladung vor Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft zu erscheinen und zur Sache auszusagen, wenn der Ladung ein Auftrag der Staatsanwaltschaft zugrunde liegt. Soweit nichts anderes bestimmt ist, gelten die Vorschriften des Sechsten Abschnitts des Ersten Buches entsprechend. Die eidliche Vernehmung bleibt dem Gericht vorbehalten.

³⁸ Strafprozeßordnung (StPO) § 161a Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen durch die Staatsanwaltschaft

(1) Zeugen und Sachverständige sind verpflichtet, auf Ladung vor der Staatsanwaltschaft zu erscheinen und zur Sache auszusagen oder ihr Gutachten zu erstatten. Soweit nichts anderes bestimmt ist, gelten die Vorschriften des sechsten und siebenten Abschnitts des ersten Buches über Zeugen und Sachverständige entsprechend. Die eidliche Vernehmung bleibt dem Richter vorbehalten.

³⁹ 德國刑事訴訟法之中譯，均係參照「連孟琦譯，德國刑事訴訟法，法務部，初版 1 刷，2016 年 9 月。」之內容，並對照原文後所譯。

的方式，該條規定是基於重視人性尊嚴(德國基本法第 1 條第 1 項)、身體的完整性(德國基本法第 2 條第 2 項第 1 句及第 104 條第 1 項第 2 句)、禁止刑求(歐洲人權公約第 3 條)、一般人格權(基本法第 2 條第 1 項連結基本法第 1 條第 1 項)、不自證己罪及公平審判原則。該條規定表達出，在法治國的刑事程序，不能也不應不計代價地發現真實，而是僅能以司法的形式獲得真實。該規定以禁止可能與法治國的本質及尊嚴不符的特定訊問方式，維護國家以及刑事司法的威望⁴⁰。如有違反該條規定，效果為強制性的證據使用禁止(德國刑事訴訟法第 136a 條第 3 項第 2 句)⁴¹。

誘導詢問(Suggestivfragen)為明顯可辨認出訊問者之期望的問題設計。有學者主張，應避免誘導詢問，因為誘導詢問或多或少顯示出來的期望，可能已經會對訊問者，但也特別是對受訊問者產生自我暗示。若問題聽起來甚至有非難的含意，可能阻礙溝通。因此建議使用中性或溫和的表達，以避免挑起防衛行為並同時建立對話的橋樑。雖然，誘導詢問僅於特別的個別情形是德國刑事訴訟法第 136a 條所禁止的訊問方式，學者認為，誘導詢問主要的危險在於扭曲真實(die Verfälschung der Wahrheit)。然而，實際調查得出，警察詢問被告時，至少在某些地區是廣泛地使用誘導詢問，以及有時整個詢問過程都是藉由誘導詢問來進行⁴²。

依德國刑事訴訟法第 69 條第 1 項之規定，在對證人提出問題前，要先給證人按其所知連貫性地陳述的機會，且就算證人先前已被訊問過，也應給予其事實陳述的機會。首先要讓證人在不受問題及以資料質問的影響下為陳述。因此，有學者認為，僅以問答的形式訊問證人是不允許的⁴³。然而，若是有助於清楚、完整且與真實相符的陳述，德國聯邦最高法院第一庭實務見解(BGH 1 StR 293/78)認為，並不禁

40 Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 10. Auflage 2017, Rn. 625.

41 Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 10. Auflage 2017, Rn. 626.

42 Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 10. Auflage 2017, Rn. 589.

43 MüKoStPO/Maier, 1. Aufl. 2014, StPO § 69 Rn. 8.

止打斷證人陳述來提問或以資料質問證人⁴⁴。

以德國法觀點檢視所應探究者為：誘導詢問是否為德國刑事訴訟法第 136a 條所禁止之訊問方法，德國刑事訴訟法第 136a 條第 1 項禁止之訊問方法，包括虐待、疲勞、侵害身體、施用物質、折磨、詐欺或催眠等方式。該條規定並依同法第 69 條、第 163 條、第 161a 條準用於警察詢問證人以及檢察官訊問證人。有學者提到，誘導詢問可能涉及詐欺，例如訊問者透過表面上減輕或免除罪責的敘述來提問，若被告認可，即由此得出不利的推論⁴⁵。另有學者表示，對於青少年以及個別族群要儘量避免誘導詢問。然而，例外情形是審查受訊問人的可誘導性，只要這些問題是有意識地為了該目的所提出，且僅涉及無關緊要的事，所以不會影響陳述的結果或被詢問的事實實際上已很清楚地描述⁴⁶。誘導詢問可能在個別情形為德國刑事訴訟法第 136a 條第 1 項所禁止之詐欺，特別是若訊問者在問題形式中建立不真實的主張⁴⁷。誘導詢問如會操弄受訊問者之陳述或隱含有錯誤詮釋的特殊危險，為禁止的誘導詢問⁴⁸。

德國法並未明文禁止誘導詢問，但依德國刑事訴訟法第 69 條、第 136a 條、第 163 條之規定，司法警察在警詢對證人為誘導詢問，某些誘導若已涉及欺騙等不當手段，構成第 136a 條第 1 項所禁止之詐欺的不正訊問方式，違反該項之規定，從而依第 136a 條第 3 項不得使用該證述，該筆錄即不具有證據能力。

4. 小結

綜上，美國法、日本法或德國法對警察誘導詢問規範固有寬嚴之別，但無論美國法、日本法或德國法，當警察的誘導詢問並沒有涉及

44 KK-StPO/Slawik, 8. Aufl. 2019, StPO § 69 Rn. 4.

45 KK-StPO/Diemer, 8. Aufl. 2019, StPO § 136a Rn. 20.

46 Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 10. Auflage 2017, Rn. 603.

47 Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 10. Auflage 2017, Rn. 672.

48 MüKoStPO/Schuh, 1. Aufl. 2014, StPO § 136a Rn. 46.

欺騙等不當手段時，均認為屬於合法，警察是否違法誘導之心證門檻不要求至無合理懷疑程度。

(三)我國學說

對於警察可否以誘導詢問方式詢問被告，我國論者多認為⁴⁹：因為被告不會為附和詢問者而作不利自己之不實陳述，其若不實陳述，通常係出於自我保護免受訴追、處罰，因此被告或犯罪嫌疑人接受警察詢問時，性質是警察之敵性證人，警察對之誘導詢問，原則應屬合法。實務亦同此見解⁵⁰。

至於警察可否對證人誘導詢問，我國學界討論尚不多，陳樸生教授認為⁵¹：誘導訊問分為三類：1. 虛偽誘導，係暗示證人，使其故意為異其記憶之陳述；2. 錯覺誘導，乃因其暗示，足使證人發生錯覺，受其誤導，致為異其記憶之陳述；3. 記憶誘導，係因其暗示而引起證人之記憶，而為事實之陳述。為保持程序之公正、證據之真實性，虛偽誘導、錯覺誘導非法之所許；記憶誘導則無禁止之必要。該見解提出合法誘導與非法誘導之區別標準，並深深影響我國實務，可惜對該標準判斷之心證程度未作說明。另劉幸義教授見解⁵²與陳教授相同，

49 請參閱陳樸生，*刑事證據法*，1985年，376頁；吳巡龍，以不誠實方法取得自白之證據能力，*月旦法學雜誌*，89期，2002年10月，142頁以下；李佳玟，警局裡的誘導詢問，*月旦法學教室*，118期，2012年8月，33頁、35頁；劉邦繡，偵查中誘導訊問證人之疑義—最高法院102年度台上字第4019號判決探討，*刑事法雜誌*，58卷6期，2014年12月，67頁、75頁。

50 例如最高法院98年度台上字第865號判決認為：「再刑事訴訟法第九十八條規定，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，並無禁止誘導詢問之規定。而依同法第一百六十六條之七第二項第二款規定，詰問證人、鑑定人不得以恫嚇、侮辱、利誘、詐欺或其他不正之方法為之。惟就證人、鑑定人之主詰問，雖規定不得為誘導詰問，但於同法第一百六十六條之一第三項但書所定之情形，得誘導詰問；同法第一百六十六條之二第二項亦規定，行反詰問於必要時，得誘導詰問。則刑事訴訟法既明定詰問證人、鑑定人不得以恫嚇、侮辱、利誘、詐欺或其他不正之方法為之；同時又規定於特定情形下，得為誘導詰問，顯見誘導詰問非屬同法第一百六十六條之七第二項第二款所指以恫嚇、侮辱、利誘、詐欺或其他不正方法之不正方法，僅係於特定情況下，禁止誘導詰問而已。而刑事訴訟法第九十八條所指不得用強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問或其他不正之方法，與同法第一百六十六條之七第二項第二款所定之不正方法，內容相當，應認誘導訊問亦非屬刑事訴訟法第九十八條所定之不正方法。」

51 陳樸生，*刑事證據法*，1985年，398-399頁。

52 劉幸義，複合問句的謬誤與誘導詢問(中)，*台灣法學雜誌*，187期，2011年11月1日，43頁以下；複合問句的謬誤與誘導詢問(下)，*台灣法學雜誌*，188期，2011年11月15日，43頁、

不重複贅述。

吳巡龍檢察官認為：由於偵查階段，被告及犯罪事實通常尚未明確，甚至無友性或敵性證人區分，只要不妨礙供述任意性，通常並無「誘導」問題，偵查人員以誘導方式詢問證人，或提示相關案情資料，俾使人說明，或就其陳述內容加以追問、確認，因均無礙其出於自由意志而為陳述，也不會因而妨礙其陳述真實性，故不影響該陳述之證據能力。但偵查階段仍可能發生足以影響證人陳述真實性之「誘導」，例如對容易受問話人影響回答的幼童或智商不足的證人，若「誘導」足使證人為異其記憶之陳述，或有因其暗示，足使證人發生錯覺之危險，則仍應禁止誘導，該誘導詢問取得之證言應被排除⁵³。劉邦繡檢察官論點與吳檢察官上開論點相似，不重覆贅述⁵⁴。吳巡龍檢察官並舉美國法為例說明：如果在證據能力方面設定過高標準，會讓許多有證據價值之證據無法進入審判，阻礙真實發現，導致許多有罪被告逍遙法外，此非理性社會所能忍受與承擔，故應以「過半程度」作為容許證據之心證門檻，再由審判者依作證者之神情及其他情形判斷其可信度，較為合理⁵⁵。

李佳玟教授則認為⁵⁶：在一般情形下，警察希望從目擊證人口中獲得足以追訴被告的資訊，因而證人為警察的友性證人，應類推適用刑事訴訟法第166條之1第3項規定，證人若無記憶不清、對警察顯示敵意、故意對發問內容有所規避、或是陳述與先前不符的情況，警察沒有對證人誘導詢問的正當性，法院應類推適用刑訴法第167條之5的規定，排除證人受到誘導詢問的證詞警詢筆錄應被排除。

林鈺雄教授雖未明確將「不正訊問」解釋為包括違法誘導，其認

44 頁以下。

53 吳巡龍，誘導問話的證據能力，月旦法學教室 140 期，2014 年 6 月，27-29 頁。

54 劉邦繡，偵查中誘導訊問證人之疑義—最高法院 102 年度台上字第 4019 號判決探討，刑事法雜誌，58 卷 6 期，2014 年 12 月，67 頁以下。

55 吳巡龍，新法施行後錄音(影)有瑕疵時，被告筆錄證據能力的判斷及自白之證明，月旦法學雜誌，113 期，2004 年 9 月，66 頁，75 頁以下。

56 李佳玟，警局裡的誘導詢問，月旦法學教室，118 期，2012 年 8 月，33 頁、34-35 頁。

為：被告提出警察刑求等不正方法抗辯時，「由於是否使用不正方法及其與自白之間有無因果關係，乃程序爭點問題，因此，同樣僅以自由證明為已足。……並且只須達到大致相信的心證程度」⁵⁷。是以，林教授對「不正訊問方法」之心證程度採與吳巡龍檢察官相似見解。

上開學者專家論述角度及著重點或有不同，惟主要見解其實並無二致。亦即，因警察誘導而引起證人記憶之陳述者合法；因警察誘導而引起證人為異其記憶之陳述者違法。但論者中僅吳巡龍檢察官舉美國法為例，說明上開判斷標準之心證門檻應採過半程度，林鈺雄教授對「不正訊問方法」之心證程度採與吳巡龍檢察官類似見解，其餘論者對此則未申論。

(四)我國相關實務見解

我國司法實務有認為誘導詢問並非刑事訴訟法第 98 條、第 156 條規定之「不正方法」；亦有依陳樸生教授見解，認為誘導詢問之目的為喚醒記憶者合法，虛偽誘導、錯覺誘導則違法。上開論述雖有差異，實際對誘導詢問是否合法之判斷未必不同，但對判斷標準之心證程度均未作說明。

例如最高法院 [97 年度台上字第 6165 號](#) 判決認為：「證據法上禁止「誘導詢問」，一般係指對於證人、鑑定人為主詰問，詰問人不得以明示或默示之方式，將期待證人、鑑定人為陳述之內容，嵌入詰問問題，證人、鑑定人得以任意附和，致有礙其陳述之真實性而言。司法警察（官）單純以「誘導詢問」方式詢問證人，並非即可認為係屬刑事訴訟法第 98 條及第 156 條第 1 項所定強暴、脅迫、利誘、詐欺等以外之其他不正之方法。上訴意旨所指警員詢問賴○隆之「誘導詢問」情節，充其量僅屬警員提示相關案情資料，俾由賴○隆據以說明，或就賴○隆之陳述有不完足之處，整理其陳述內容加以追問、確認，

⁵⁷ 林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2017 年，203 頁。

仍無礙於賴○隆係出於自由意志而為陳述。關於警詢有無「誘導詢問」賴○隆一節，核與判斷賴○隆於警詢所陳述之證據能力與證明力，即難認有何影響。」

最高法院 [100 年度台上字第 2612 號](#) 判決認為：「誘導訊（詢）問之禁止，係指交互詰問時，對於行主詰問以提出證據之一造當事人，禁止其使用「問話中含有答話」之詰問方式，蓋此項主詰問之對象恆為「友性證人」，若將主詰問人所期待之回答嵌入問話當中，足以誘導受詰問之證人迎合訊（詢）問作答，背離自己經歷而認知之事實，故而禁止之。然司法警察（官）本於調查犯罪證據而詢問證人，既非行主詰問以提出證據之一造當事人，且任何證人對司法警察（官）而言，亦非「友性證人」，均不致於發生迎合詢問作答之虞，自無禁止誘導詢問之可言。又儲存在人腦之永久記憶，往往須藉助於「場景」或「話引」使能清楚喚出腦底深處之記憶，因而，行訊（詢）問時，使用喚醒記憶之訊（詢）問方式，旨在引導證人針對事實之細節詳予敘述，與誘導訊問不同，不能視之為法律所禁止之誘導訊問。」

最高法院 [108 年度台上字第 967 號](#) 判決認為：「調查人員於詢問陳○花之過程中，雖偶有以引導詢問之方式為之，但調查人員所為僅係為喚起陳○花之記憶，使其為事實陳述之記憶誘導詢問，而該詢問方式於偵查階段尚非法所不許，與惡意誘導詢問之情形有別」。

最高法院 [98 年度台上字第 865 號](#) 判決認為：「再刑事訴訟法第九十八條規定，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，並無禁止誘導詢問之規定。而依同法第一百六十六條之七第二項第二款規定，詰問證人、鑑定人不得以恫嚇、侮辱、利誘、詐欺或其他不正之方法為之。惟就證人、鑑定人之主詰問，雖規定不得為誘導詰問，但於同法第一百六十六條之一第三項但書所定之情形，得誘導詰問；同法第一百六十六條之二第二項亦規定，行反詰問於必要時，得誘導詰問。則刑事訴訟法既明定詰

問證人、鑑定人不得以恫嚇、侮辱、利誘、詐欺或其他不正之方法為之；同時又規定於特定情形下，得為誘導詰問，顯見誘導詰問非屬同法第一百六十六條之七第二項第二款所指以恫嚇、侮辱、利誘、詐欺或其他不正方法之不正方法，僅係於特定情況下，禁止誘導詰問而已。而刑事訴訟法第九十八條所指不得用強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問或其他不正之方法，與同法第一百六十六條之七第二項第二款所定之不正方法，內容相當，應認誘導訊問亦非屬刑事訴訟法第九十八條所定之不正方法。」最高法院 [101 年度台上字第 4199 號](#)、[106 年度台上字第 2371 號](#) 等判決持與最高法院 [98 年度台上字第 865 號](#) 判決相同之說理。

最高法院 [101 年度台上字第 876 號](#) 判決則區分「記憶誘導」、「虛偽誘導」與「錯覺誘導」，認為：「檢察官或檢察事務官、司法警察官、司法警察對於證人之訊問或詢問，除禁止以不正方法取供以擔保其陳述之任意性外，對於訊問或詢問之方式，刑事訴訟法並未明文加以限制。因此，訊問者或詢問者以其所希望之回答，暗示證人之誘導訊問或詢問方式，是否法之所許，端視其誘導訊問或詢問之暗示，足以影響證人陳述之情形而異。如其訊問或詢問內容，有暗示證人使為故意異其記憶之陳述，乃屬虛偽誘導，或有因其暗示，足使證人發生錯覺之危險，致為異其記憶之陳述，則為錯覺誘導，為保持程序之公正及證據之真實性，固均非法之所許。然如其之暗示，僅止於引起證人之記憶，進而為事實之陳述，係屬記憶誘導，參照刑事訴訟法第一百六十六條之一第三項第三款規定於行主詰問階段，關於證人記憶不清之事項，為喚起其記憶所必要者，得為誘導詰問之相同法理，則無禁止之必要，應予容許。本件依第一審判決附件（下稱附件）所載之通訊監察譯文（下稱譯文）共計三十則，監察時程達一月餘，證人湯○貞、謝○隆與陳○棟等人或不免記憶不清，司法警察以譯文詢問證人，旨在喚起其等記憶，以確認各該證人在譯文所載期日、地點，是否與上

訴人見面及其等對話內容之虛實，核其性質，應屬記憶誘導之範疇，並無不法。至於附件編號 3、11、25 譯文對話中之「一樣」、「一樣 25 哦」、「給我那個」等語，雖另以括號註記「指毒品」、「指毒品數量」、「指毒品」等文字，而非原始通話內容，但稽之湯○貞於警詢或供稱「一樣」是指「十六股那個地方」(即地點)，或否認有成交等詞，而依編號 25 之譯文內容，陳○棟先對上訴人稱「給我那個」，繼陳「我整個身體很熱」，依其對話與毒癮現象呈關連性，參酌其於檢察官訊問時，已明確指證係向上訴人價購毒品海洛因等情，均足以顯示湯○貞、陳○棟並未受上開譯文所加註之文字而為異其記憶之陳述。上訴意旨略謂，司法警察以譯文對三位證人行誘導詢問，尤其所加記非原始通訊內容之文字，譯文已受污染，執以指摘上揭證人之證詞不具證據適格，應予排除，不免誤會，核非有據。」

最高法院 [102 年度台上字第 4019 號](#)、105 年度台上字第 3128 號、[107 年度台上字第 3222 號](#)、[108 年度台上字第 2418 號](#)、[108 年度台上字第 2412 號](#)、[108 年度台上字第 4123 號](#) 等判決均持與最高法院 [101 年度台上字第 876 號](#) 判決相同之見解。

綜合上述最高法院見解，訊(詢)問證人之方法雖法無明文，但應遵守刑事訴訟法第 98 條、第 156 條之要求，不得用強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問或其他不正之方，以保障供述係出於自由意志，誘導若未損及自由意志及任意性，目的在引起被詢問者之記憶，進而為事實之陳述，並非上揭不正方法；惟暗示被詢問者使為故意異其記憶之陳述的虛偽誘導，或因其暗示足使被詢問者產生錯覺，致為異其記憶之陳述的錯覺誘導，因無法保持程序之公正及證據之真實性，故不受允許。但該等判決對違法誘導判斷之心證程度均未作說明。

(五)爭點一本署見解

1. 警詢、偵訊均得為喚醒記憶之誘導

偵查階段，被告及犯罪事實通常尚未明確，甚至無友性或敵性證人區分，只要不妨礙供述任意性，通常並無「誘導」問題，偵查人員以誘導方式詢問證人，或提示相關案情資料，若為喚醒其記憶，俾使證人說明，或就其陳述內容加以追問、確認，因無礙其出於自由意志而為陳述，屬於合法之訊問方法，並不影響該陳述之證據能力。此為我國實務定見，並與美國、日本、德國等先進國家實務見解相同。

證人對於待證事項表示不復記憶或記憶不清，係經常發生之事，尤其對反覆發生的事情，例如小額販毒案件，買受人對於某次交易之實際購買毒品金額、數量、時間、地點、是否完成交易，容易與他次交易產生記憶混淆，或為迴護被告而故意推諉。且警詢時間距交易日期有相當時日，有必要容許詢問人提示通訊監察譯文以幫助證人「回復」記憶。

2. 誘導詢問是否違法之心證程度為過半程度

警詢筆錄因誘導詢問導致任意性有疑問時，其判斷標準之心證程度為何？我國對此問題法無明文，司法實務見解亦不明確，導致類似案件判決結果歧異。例如前述最高法院 [101 年度台上字第 876 號](#) 判決，該案司法警察詢問證人所提示之通訊監察譯文以括弧為錯誤之記載，最高法院認為並未達違法程度；該判決認為：「本件依第一審判決附件（下稱附件）所載之通訊監察譯文（下稱譯文）共計三十則，監察時程達一月餘，證人湯○貞、謝○隆與陳○棟等人或不免記憶不清，司法警察以譯文詢問證人，旨在喚起其等記憶，以確認各該證人在譯文所載期日、地點，是否與上訴人見面及其等對話內容之虛實，核其性質，應屬記憶誘導之範疇，並無不法。至於附件編號 3、11、25 譯文對話中之「一樣」、「一樣 25 哦」、「給我那個」等語，雖另以括號

註記「指毒品」、「指毒品數量」、「指毒品」等文字，而非原始通話內容，但稽之湯○貞於警詢或供稱「一樣」是指「十六股那個地方」(即地點)，或否認有成交等詞，而依編號 25 之譯文內容，陳○棟先對上訴人稱「給我那個」，繼陳「我整個身體很熱」，依其對話與毒癮現象呈關連性，參酌其於檢察官訊問時，已明確指證係向上訴人價購毒品海洛因等情，均足以顯示湯○貞、陳○棟並未受上開譯文所加註之文字而為異其記憶之陳述。上訴意旨略謂，司法警察以譯文對三位證人行誘導詢問，尤其所加記非原始通訊內容之文字，譯文已受污染，執以指摘上揭證人之證詞不具證據適格，應予排除，不免誤會，核非有據。」

本案警察詢問證人賴○軫時提示編號 118 與被告交談譯文詢問其有無向被告調到毒品，證人稱，「有問但未調到」，警員在旁稱「有啦，有啦，這次應該有。」、「你要看全部譯文內容，不是只看一部分。」、「沒關係，沒有就沒有。」本案警員誘導詢問方式顯在喚起證人記憶，第二審法院卻認為已達違法誘導程度。

證據取得是否違法之判斷是決定證據可否作為法院認定事實之前提要件，如果在證據取得是否違法之判斷設定過高標準，會讓許多有證據價值之證據無法進入審判，阻礙真實發現，提高有罪被告脫罪之機率，此非理性社會所應承擔。我國「改良當事人制度」係參考美國及日本法制，如前所述，依美國法，證明自白任意性心證門檻以「過半程度」為原則，而不需達到「無合理懷疑」的程度，美國聯邦最高法院在 *Lego v. Twomey* 案⁵⁸判決解釋：有罪判決未因以過半原則作為證據能力之舉證責任標準，而變得較不可信；日本多數學說亦同此見解⁵⁹。我國法律既無明文，該二國就此方面之運作標準與論理依據，

⁵⁸ *Lego v. Twomey*, 404 U.S. 477 (1972).

⁵⁹ 請參見小野，*刑事訴訟法概論*，1965年，第3版，134頁；高田，*刑事訴訟法*，1966年，214頁；安平，*改正刑事訴訟法（上卷）*，1954年，497頁；栗本，*新刑事證據法*，1953年，第5版，164頁；田中，*新版證據法*，1971年，第3版，29-30頁。引自黃東熊，*刑事訴訟法研究*，1981年，301頁。

應深具參考價值。

3. 本案警察誘導詢問尚不至於使證人為異其記憶之陳述

本件第一審臺灣宜蘭地方法院曾勘驗證人賴○軫於警詢錄影光碟，認司法警察於詢問程序，並無強暴脅迫、利誘、疲勞訊問或其他不正之方法，證人賴○軫精神良好無異狀，可與詢問警員正常交談，且錄影未有中斷，員警亦無向其表示趕快隨便講講即可交保等語，有勘驗筆錄在卷足憑(地院卷第 118 頁以下)。

證人賴○軫與被告於 7 月 23 日電話交談內容如下:(警 18142 影卷第 26 頁譯文編號 118，以下賴為賴○軫，陳為被告陳文賢)

賴：喂，兄仔，我想說晚點要拜託你一點事情你方便嗎，有方便幫我處理嗎？

陳：一點事情說啊

賴：那個事情

陳：啊... 怎樣

賴：要拜託你啊，看有沒有辦法幫我處理

陳：有啊

賴：剩下就過去再講

陳：喔... 1 個還是？

賴：晚點喔，差不多 5、6 點

陳：我先跟人家講 5 點喔

賴：喔好，5 點好

陳：啊是怎樣，1 塊還半塊？

賴：ㄟ... 那個，.. 1 半跟 1 半

陳：喔，1 半跟 1 半

賴：啊你那迴音怎那麼大，你的電話是中猴喔

陳：我開擴音啦，我聽不到

賴：好

是以，本案警察詢問證人賴○軫時提示編號 118 與被告交談譯文詢問其有無向被告調到毒品，證人稱，「有問但未調到」，警員在旁稱「有啦，有啦，這次應該有」，證人改稱再讓他想想看（證人手持譯文思考），警員表示：「你要看全部譯文內容，不是只看一部分。」、「沒關係，沒有就沒有。」其旨應在喚起證人記憶，以確認證人在譯文所載期日、地點，是否與被告見面交易毒品，證人陳述自由尚不受影響，核其性質，應屬記憶誘導之範疇，應無不法。乃原審未予辨明，逕以違法誘導視之，自有適用法則不當之違背法令。

二、爭點二

(一)所涉及之法令

同爭點一所涉及之法令。

(二)外國立法例

1. 美國法

(1). 違反 Miranda 告知義務而取得供述證據之排除模式

美國證據排除法則創設之初，原指排除違反聯邦憲法增修條文第 4 條規定所實施之強制處分（搜索、扣押、監聽、逮捕、臨檢等）而取得之證據，此為狹義之證據排除法則；後來擴及違反聯邦憲法增修條文第 5 條不自證己罪（包括違反 Miranda Warning 告知義務）、第 6 條受律師辯護權、及第 14 條正當法律程序等規定，此為廣義之證據排除法則。如爭點一討論美國立法例所述，美國警察誘導詢問並不違法，本無證據排除法則及「證據禁止使用之繼續效力」問題，因誘導詢問與違反 Miranda Warning 告知義務均係針對供述證據而設；且違反 Miranda Warning 告知義務屬排除效果較弱的證據排除類型，性質及證據排除效力較接近違反誘導詢問規定，因此就第二爭點，本聲

請書以違反 Miranda Warning 告知義務說明「證據禁止使用之繼續效力」的判斷標準。

美國法院採用證據排除法則之理由，係因為警察以違法方法取證，其破案可能性通常較高，長官不願處罰其得力下屬，檢察官及法官對違法偵查者也很容易瞭解其執法難處而心存同情，故以民事、刑事及行政懲處方式遏止司法警察違法取證，實際均少見成效。為了有效遏止執法人員以違法方法取證、維護司法之正直、落實聯邦憲法對人身自由權、隱私權及財產權之保障，而創設證據排除法則。美國證據排除法則採原則排除、例外容許模式。

聯邦憲法增修條文第 5 條雖規定被告有「不自證己罪」權利，但當犯嫌遭警察拘捕時，身體處於警察實力支配之下，對警察的問話很難不配合，因此在 *Miranda v. Arizona* 案⁶⁰，聯邦最高法院為落實被告「不自證己罪」權利，表示：警察偵訊被拘捕犯嫌之前，應告知犯嫌：(1)有權保持緘默，(2)所為陳述得在法庭作為不利於嫌犯之證據，(3)得選任辯護人於偵訊時在場，(4)如果沒有資力選任辯護人，得請求指定辯護人。如果沒有為上述 Miranda Warning，嫌犯所為之陳述不得作為證據。*Miranda Warning* 並於 *Dickerson v. U.S.* 案⁶¹解釋為聯邦憲法增修條文第 5 條「不自證己罪」條款內容所涵攝，確立其憲法地位。

依美國法，僅被拘捕的嫌犯身體處於警察實力支配之下，警察才有告知 Miranda Warning 義務，對於一般通知到案之嫌犯或其他未被拘捕之嫌犯問話，嫌犯身體未受拘束，警察並無告知義務⁶²。此點與我國刑事訴訟法第 95 條不論被告或嫌犯是否被拘捕，偵訊人員問話前均有告知義務不同。美國對於違反 Miranda Warning 告知義務之證

⁶⁰ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

⁶¹ *Dickerson v. U.S.*, 530 U.S.428 (2000).

⁶² *Oregon v. Mathiason*, 429 U.S. 492, (1977) ; *Berkemer v. McCarty*, 468 U.S. 420 (1984) . 甚至嫌犯被拘捕後，警察假冒為囚犯與之攀談，嫌犯不知詢問者是警察，因嫌犯談話時內心並無被警察支配之拘束，其問話也不違反 Miranda Warning 義務，*Illinois v. Perkins*, 496 U.S. 292 (1990)。

據排除法則，有下列例外：

(一)彈劾被告例外 (The Impeachment Exception)：在 *Harris v. New York* 案⁶³，聯邦最高法院表示：被告不得以偵查人員違反 *Miranda Warning* 取證作為阻止檢察官揭發其謊言之武器，當被告在法庭上作不實陳述時，檢察官仍得以違法取得之供述彈劾被告之不誠實。

(二) 證人例外 (Witness Exception)：在 *Michigan v. Tucker* 案⁶⁴，偵查人員詢問嫌犯前未告知嫌犯「如果沒有資力選任辯護人，得請求指定辯護人。」嫌犯隨後說出證人姓名。聯邦最高法院表示：被告所為之陳述仍具有任意性，而且證人證言之真實性不受被告警詢情況之影響，故其證言不被排除。

(三)危害公共安全之例外(Public Safety Exception)：在 *New York v. Quarles* 案⁶⁵，嫌犯涉嫌持槍強姦婦女，警察逮捕嫌犯後未告知 *Miranda Warning* 而詢問其槍枝下落，嫌犯回答：「槍枝在那兒。」並指向槍枝位置，警察因而尋獲槍枝。聯邦最高法院表示：*Miranda Warning* 主要目的是確保嫌犯「不自證己罪」權利，但可能以較低的定罪率作為代價。當嫌犯持槍作案，其隨意棄置之槍枝可能對他人產生危險，警察逮捕嫌犯後若仍告知嫌犯 *Miranda Warning* 後才詢問槍枝下落，嫌犯可能行使緘默權，結果將危害公共安全，故此時公共安全之需要應高於嫌犯「不自證己罪」權利之確保，因此警察無須告知 *Miranda Warning*。本案嫌犯供述槍枝位置及因而被查獲之槍枝，均不被排除。

(四)例行問題之例外：(Booking Question Exception) 在 *Pennsylvania v. Muniz* 案⁶⁶，聯邦最高法院 4 位大法官表示：詢問嫌犯姓名等例行性紀錄問題(“routine booking questions”)為 *Miranda Warning* 例外，不須事先告知 *Miranda Warning*。另 4 位大

63 *Harris v. New York*, 401 U.S. 422 (1971).

64 *Michigan v. Tucker*, 417 U.S. 433 (1974).

65 *New York v. Quarles*, 467 U.S. 649 (1984).

66 *Pennsylvania v. Muniz*, 496 U.S. 582 (1990).

法官表示：未事先告知 Miranda Warning 而詢問例行性紀錄問題，應有證據容許性，並非因為該等問題是 Miranda Warning 例外，而是對於該等問題之回答不具證言性質(testimonial)，不在聯邦憲法增修條文第 5 條規定「不自證己罪」涵攝範圍內。雖然彼等有不同說理，但對於詢問例行性紀錄問題不須事先告知 Miranda Warning，則見解一致。

(2). 違反 Miranda 告知義務時，後續供述證據是否排除之判斷標準

美國聯邦最高法院在 Silverthorne Lumber Company v. United States 案建立毒樹果實原則 (“fruit of the poisonous tree” doctrine)⁶⁷，不僅以違法方法取得之證據應該排除，其因違法方法取得資訊、情報，再依該情資所蒐集之證據，亦應該排除。但毒樹果實原則有以下三個例外：第一、獨立來源之例外 (“Independent Source” Doctrine)：即雖有違法取證，但其後取得證據之程序如果合法，該證據之證據能力並不受前違法取證行為之影響。第二、必然發現原則 (“Inevitable Discovery” Doctrine)：美國聯邦最高法院認為，雖有違法取證行為，但縱無該行為，最終亦必能以合法方法發現證據者，該證據不應被排除。第三、稀釋原則 (“Attenuation” or “Dissipation of Taint” Doctrine)：若原來之不法原因，因其他因素的介入而稀釋，其後取得之證據不應被排除。

違反 Miranda 告知義務所得之供述證據原則故無證據能力，其後續之相同供述應否排除，基於與毒樹果實例外相同之法理，以後續供述是否被先前違法所影響為判斷基準。例如在 Oregon v. Elstad 案⁶⁸，Elstad 涉嫌侵入住宅竊盜，警官 McAllister 及 Burke 二人持票到 Elstad 住處逮捕 Elstad，McAllister 警官在該處所廚房向 Elstad 之母親解釋此行目的，Burke 警官在客廳詢問 Elstad 時，未先諭知 Miranda

⁶⁷ Silverthorne Lumber Company v. United States, 251 U.S. 385 (1919).

⁶⁸ 470 U.S. 298 (1985).

Warning，即詢問Elstad是否涉及本案，Elstad向Burke承認有參與。彼等即將Elstad帶回警局，約一小時後，改由McAllister警官向Elstad諭知Miranda Warning後開始詢問，Elstad完整交待犯罪過程並在警詢紀錄簽名。本案警察逮捕時當場初次詢問未諭知Miranda Warning，因此檢辯雙方對Elstad向Burke警察承認參與本件犯行之供述應被排除，並無爭議；其主要爭點是逮捕一小時後製作之警詢紀錄是否因由另名警官詢問並已諭知Miranda Warning而有證據能力，或應受先前違法詢問的影響而證據排除。聯邦最高法院於本案表示：未諭知Miranda Warning的警詢供述固然沒有證據能力，但其後已踐行諭知Miranda Warning，被告瞭解其義並據實陳述，前項瑕疵並不影響後續供述之證據能力。

違反Miranda告知義務之後續供述證據應否排除之判斷標準在2004年Missouri v. Seibert案⁶⁹才完整建立，本案被告Seibert有一患腦麻痺症之兒子在家過世，Seibert畏懼被起訴遺棄罪，為掩飾腦麻痺症兒子之死亡情形，由其他兒子、友人放火燒毀其居住處所，並燒死另一智障者Donald，警察5日後逮捕Seibert，警官Hanrahan未諭知Miranda Warning，詢問Seibert約30至40分鐘，Seibert承認Donald是故意燒死的。警官Hanrahan中斷詢問約20分鐘後再次詢問，諭知Miranda Warning並再次取得Seibert供述證據。地方法院認為諭知Miranda Warning前之被告供述無證據能力、但諭知Miranda Warning後之被告供述有證據能力，被告被判決犯第二級謀殺罪。本案聯邦最高法院認為：先取得自白再諭知Miranda Warning之詢問方式違背Miranda Warning的規範意旨，因此應探究警察諭知Miranda Warning後詢問的時間、地點、人員、內容，決定應否受第一次非法詢問之影響。本案與Oregon v. Elstad 案不同，Oregon v. Elstad 案第一次詢問與諭知Miranda Warning後之詢問時間逾1小時，本案第一次詢問

⁶⁹ 542 U.S. 600 (2004).

與諭知Miranda Warning後之詢問相距只有20分鐘；Oregon v. Elstad 案詢問地點從被告住所移往警局，本案二次詢問都在同一警局；Oregon v. Elstad 案第二次詢問之警官與第一次不同；本案兩次詢問之警官為同一人、詢問內容相同，雖諭知Miranda Warning，但未告訴被告第一次警詢供述沒有證據能力，第二次詢問猶如第一次非法詢問之延續，因此本案被告第二次供述受第一次非法取證之影響，仍無證據能力。

綜上所述，美國違反Miranda告知義務雖採強制排除模式，法院並無裁量權，但為兼顧程序正義及發現真實之需要，設若干例外規定，緩衝證據排除對真實發現的衝擊。縱違反Miranda告知義務取得供述證據應被排除，其逾相當相間、在另一場所由其他執法人員合法所取得之供述證據，仍有證據能力。

2. 日本法

(1) 與違法警詢誘導內容相同之證人偵訊筆錄，不適用判例建立之證據排除法則

違法搜索扣押、逮捕所取得證據之排除法則，經日本最高法院1978年(昭和53年)9月7日判決⁷⁰建立之，再發展出毒樹果實理論⁷¹、

⁷⁰ 日本最高法院原亦認為：「扣押物之取得程序縱然違法，因該證物本身之性質、形狀並未改變，故對其形狀等性質所具有之證據價值並無影響，此專屬法院依自由心證認定是否以之作為罪證之權限」，即違法取得之證據毋庸排除。參見：最判昭和24年12月13日，裁判集刑事第15号349頁，<https://reurl.cc/A887A3>(最後瀏覽：2020年8月20日)。但在大阪天王寺安非他命案件，宣示採取違法取得證據之排除法則，就偵查機關違法檢查個人物品所取得安非他命之證據能力，判示：「案件真相之究明，須顧及個人基本人權之保障，且應基於正當法律程序。尤其除憲法第33條及依據令狀等情形外，憲法第35條係針對保障住居不受侵入及不受搜索、扣押之權利而制定。有鑑於此，刑訴法乃針對搜索及扣押定有嚴格之規定，此外憲法第31條係保障正當法律程序之規範，若關於物證等扣押程序，係無視憲法第35條及刑訴法第281條第1項等規定所揭令狀主義精神之重大違法，從抑制將來違法偵查之觀點，倘容許以之作為證據，將被認為不當者，解釋上其證據能力即應被否定」。參見：最判昭和53年9月7日，刑集32卷6号1672頁，<https://reurl.cc/bRR23E>(最後瀏覽：2020年8月20日)。2017年(平成29年)的GPS案，最高法院即認無令狀而使用GPS所獲得之證據，無證據能力，排除該證據，判決參見：最大判平成29年3月15日，刑集第71卷3号13頁，<https://reurl.cc/bRzOb6>(最後瀏覽：2020年8月26日)。

⁷¹ 日本最高法院在1983年的神戶ホステス宅放火事件(最判昭和58年7月12日，刑集37卷6号791頁，<https://reurl.cc/XkkaWe>(最後瀏覽：2020年8月21日))由佐藤正己法官之補充意見展開毒樹果實理論，認為違法搜索所得之證據，不應一律排除，其證據能力應視取得第一次證據之

先行程序違法承繼論⁷²等，並未直接適用在違法取得供述證據及其派生證據的適用上⁷³。

就基於非任意自白所發現之證據物，是否有證據能力，即非任意自白的派生證據，是否受非任意自白的排除效影響，亦無證據能力，大阪高等裁判所昭和 52 年 6 月 28 日判決認為：「關於非任意自白所派生的第 2 次證據，招致虛偽自白之虞的手段或違反正當法律程序，應在所謂解明犯罪事實之公共利益，與招致虛偽自白之虞的手段或違反正當法律程序為比較考量，界定排除效所波及的範圍，派生證據為解明重大法益侵害的重大犯罪行為所不可或缺，則不受波及效所影響」⁷⁴。

然類同本案之情形，刑事訴訟法並無明文，日本實務似無相關案例，惟依日本刑事訴訟法規定，檢察官面前之被告以外之人的筆錄，是傳聞證據，故判斷其證據能力，仍應回歸有法律明文之傳聞法則判斷之。

(2) 不具任意性之被告以外之人(含證人)的偵訊供述，證據能力依日本刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 2 款前段判斷之

依日本刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 2 款前段⁷⁵，在偵查階段，檢察官偵訊被告以外之人(含證人)，在檢察官面前所為供述所製作之

違法程度、第二次證據之重要性、第一次證據與第二次證據間之關連性程度(因果關係)為綜合之評價，此後也為日本實務所遵循，如最判平成 15 年 2 月 14 日，刑集 57 卷 2 号 121 頁，<https://reurl.cc/av5vNX>(最後瀏覽：2020 年 8 月 24 日)。

⁷² 最判昭和 61 年 4 月 25 日，刑集 40 卷 3 号 215 頁，<https://reurl.cc/ld0dp9>(最後瀏覽：2020 年 8 月 24 日)。即違法之任意同行，並接踵而來行違法採尿，後續程序與先行之違法程序，有「同一目的」及「直接利用」之關係，即先行程序之違法經其後之證據取得程序繼承，且經判斷有重大違法，則應排除其後取得證據之證據能力。

⁷³ 有學者主張不限於違法搜索扣押、逮捕，證據排除法則應可擴及違法之供述證據取得。參見林裕順，違法蒐集證據排除法則之比較法研究－以台、日最高法院判決為中心，台灣法學雜誌 140 期，41 頁。

⁷⁴ 判決引自：笠井治、前田雅英，ケースブック刑事訴訟法，弘文堂，2012 年 3 月第 3 版，500-503 頁。有主張非任意自白的派生證據，或不無適用毒樹果實理論可能者，參見宇藤崇、松田岳士、堀江慎司，前掲註 31，426、447 頁。

⁷⁵ 原文

第 321 条第 1 項 被告人以外の者が作成した供述書又はその者の供述を録取した書面で供述者

書面，具備①該供述者因死亡、精神或身體之障礙、所在不明或在國外而不能在審判之準備程序或審判期日供述時(供述不能)、②供述者在審判準備程序或審判期日為與先前之供述相異之供述或為實質上相異之供述(供述不一)，該檢察官面前之供述得為證據⁷⁶。

關於被告以外之人(含證人)在審判準備程序或審判期日，與偵訊之供述有所不一，認為檢察官面前之供述有特別可信之判斷：①如有遭檢察官脅迫、利誘、不當誘導等，則不能認為有日本刑事訴訟法第321條第1項2款之特別可信情況，檢察官面前之供述無證據能力、②證人在審判中之供述因為日時經過而記憶衰退、③供述者與被告有特別關係，不得不在審判時為不利之供述、④與被告或利害關係人之間已經事先講好審判時為虛偽供述、⑤被告或利害關係人對供述者為脅迫或收買，而在審判期日為供述⁷⁷。又特別可信之舉證由檢察官為具體之主張與立證⁷⁸。

綜上所述，關於被告以外之人(含證人)偵訊的任意性判斷，係依日本刑事訴訟法第321條第1項2款之特別可信情況為判斷⁷⁹。

(3)日本法的啟示

我國刑事訴訟法與日本刑事訴訟法相同，並未規定證人詢問、訊問之方法，日本司法實務就警詢之誘導，亦不認為違法。

關於違法搜索扣押、逮捕之證據排除法則及毒樹果實理論，日本係透過判例運作而建立之，我國乃透過實定法即刑事訴訟法第131條第4項、第416條第2項、通訊保障及監察法第18條之1第2、3項，

の署名若しくは押印のあるものは、次に掲げる場合に限り、これを証拠とすることができる。
...二 檢察官の面前における供述を録取した書面については、その供述者が死亡、精神若しくは身体の故障 所在不明若しくは国外にいるため公判準備若しくは公判期日において供述することができないとき、又は公判準備若しくは公判期日において前の供述と相反するか若しくは実質的に異なつた供述をしたとき。ただし、公判準備又は公判期日における供述よりも前の供述を信用すべき特別の情況の存するときに限る。

⁷⁶ 高橋康明，同前註 24，519-520 頁。

⁷⁷ 高橋康明，同前註 24，521 頁。

⁷⁸ 高橋康明，同前註 24，521 頁。

⁷⁹ 參照上掲平成 19 年 8 月 24 日名古屋高等裁判所所述。城祐一郎，前掲註 34，250-251 頁。

讓法院對於非法搜索扣押取得之證據予以排除。

而上揭證據排除法則及其派生證據之效力，並未直接適用在供述證據上。就被告的非任意性自白所派生證據的證據能力，日本與我國相同，均透過法院之判決例建立之⁸⁰。

就類同本案之偵訊筆錄的證據能力，日本法仍係放在傳聞法則下討論其任意性之有無與是否有特別可信狀況，我國最高法院 [106 年度台上字第 3561 號](#) 判決⁸¹，也曾將任意性之爭執，放入刑事訴訟法第 159 條之 1 第 2 項予以討論，頗為相似。

3. 德國法

違反德國刑事訴訟法第 136a 條，原則上沒有繼續效力 (Fortwirkung)(BGHSt 22, 129(134)該判決與先前的判決見解不同)。被告可以重新被訊問，新的陳述可以被使用(BGHSt 37, 48)。這僅取決於，被告在第二次陳述時知悉其有決定的可能性 (Entscheidungsmöglichkeit)(BGH NStZ 1988, 419)。在脅迫或是折磨的情形，取決於該訊問方式是多久之前發生⁸²。被告或證人若曾在禁止的訊問方式之下為陳述，之後的陳述，若受到違法訊問方式(例如脅迫、詐欺)的繼續影響，原則上也禁止使用(BGHSt 17, 364(367f.); 27, 355(358f.))。但這樣的繼續效力僅表現在特定情形(BGHSt 22, 129(134); BGH NStZ 1981, 94)。若禁止使用的陳述是越久以前，對意思自由的影響越不嚴重，就越不具有繼續效力。反之，若受訊問者對於之前的陳述，經訊問者以資料質問，僅籠統地確認或直接援用之前的陳述，就可能有繼續效力。若受訊問者不知道會禁止使用截至當

⁸⁰ 如最高法院 101 年度台上字第 5570 號判決、105 台上字第 32 號判決，均談及非任意自白之衍生證據的證據能力問題。

⁸¹ 判決稱：「於實務運作時，檢察官有時會先以被告身分，傳(提)訊受傳喚人，供述後，當庭改變為證人身分，命具結而供證(姑不論此種方式是否妥適，乃另一值得深入探討的問題)。此時，倘一直延續錄音(或同步錄影)，而有偵訊光碟附卷，則無論係以被告或證人身分所為供述，一旦有人爭執其任意性，或筆錄內容失真，勘驗結果，若顯示確有上揭瑕疵存在，即該當於(刑事訴訟法第 159 條之 1 第 2 項)『顯有不可信之情況』，不能採憑為證。」

⁸² BeckOK StPO/Monka, 37. Ed. 1.7.2020, StPO § 136a Rn. 32.

時為止其所為陳述的情況下，因為其第一次被詐欺所為的陳述，而認為被逼迫為接下來的陳述，也有繼續效力(BGH StV 1994, 62)。對於接下來的訊問有無繼續效力之關鍵在於，受訊問者於接下來的訊問是否知悉其有決定的自由(Entscheidungsfreiheit)(BGHSt 22, 129, 135)。若在法律審上訴要指責對於證人之意思自由有繼續效力的影響，就必須在上訴理由中說明，偵查程序中禁止的訊問方式，在多大的範圍內影響了證人在審理程序中的訊問(BGH NStZ 1996, 290; BGH NJW 1995, 2047; BGH NStZ 1981, 94; BGH NStZ 1988, 419; BGH NStZ 2001, 551)⁸³。

以德國法觀點檢視所應探究者為，所禁止使用的警詢距離證人於檢察官偵訊中所為的證述，已相隔一個月以上，這段時間是否足夠久而得以阻斷繼續效力；又證人在檢察官偵訊中證述時，是否知悉其有決定的可能性及決定的自由；檢察官偵訊中對於證人的訊問，僅是籠統地確認、直接援用之前的證述，或是有給予證人連貫、完整證述的機會。

依德國聯邦最高法院實務見解，違反德國刑事訴訟法第136a條，原則上沒有繼續效力(Fortwirkung)，可以重新訊問，而新的陳述可以被使用，但重點仍在於兩次訊問所相隔時間的久暫、證人是否知悉自己有決定的可能性及自由、有無給予證人連貫、完整證述的機會，從而可否認先前不正訊問的繼續效力。

4. 小結

綜上，無論依美國法、日本法或德國法，警察的誘導詢問若沒有涉及欺騙等不當手段，並無不正訊問繼續效力之問題。縱警察的誘導詢問達違法程度，與警詢內容相同的偵訊筆錄若不受警詢違法誘導之影響，仍有證據能力。警察違法誘導是否影響偵訊供述之心證程度不

⁸³ KK-StPO/Diemer, 8. Aufl. 2019, StPO § 136a Rn. 40.

要求至無合理懷疑程度，如爭點一外國立法例所述。

(三)我國學說

承爭點一所述，我國學界對誘導詢問論述不多，但一致認為因警察誘導而引起證人記憶之陳述為合法誘導；警察以誘導而引起證人為異其記憶之陳述者違法。李佳玟教授認為警察違法對證人誘導詢問，法院應類推適用刑訴法第 167 條之 5 的規定，排除證人受到誘導詢問的證詞⁸⁴。吳巡龍檢察官認為違法誘導詢問屬刑事訴訟法第 98 條規定：「不正訊問方法」，應類推適用第 156 條第 1 項規定證據排除⁸⁵；林鈺雄認為第 156 條第 1 項規定可類推適用訊問證人，不正訊問所得之供述證據應禁止使用⁸⁶，但未說明「不正詢問方法」是否包括違法誘導詢問。

設警察誘導詢問達違法程度，其證據禁止使用繼續效力之界限為何，我國學界迄無討論。惟林鈺雄教授就刑事訴訟法第 98 條、第 156 條第 1 項規定「不正訊問」之禁止使用的繼續效力認為：不正訊問雖會導致因而所得之自白無證據能力，但並無阻礙國家機關以合法方法再度訊問被告之效力，否則整個犯罪追訴程序將因一個偵查錯誤而徹底癱瘓，且優勢被告亦可能操縱差勁偵查人員，誘發或賄賂其使用不正手法，藉此排除國家有效的刑事訴追，因此偵查中因為案件由偵查輔助機關移送地檢署而產生前後兩階段的自白時，後階的自白是否具有證據能力，應取決於先前之不正方法對於後來自白之任意性有無影響⁸⁷。上開見解並為我國實務所採納⁸⁸。

84 李佳玟，警局裡的誘導詢問，月旦法學教室，118 期，2012 年 8 月，33 頁、34-35 頁。

85 吳巡龍，誘導問話的證據能力，月旦法學教室 140 期，2014 年 6 月，29 頁。

86 例如林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2017 年，191 頁。

87 林鈺雄，非任意性自白之繼續效力，台灣本土法學雜誌，3 期，1999 年 8 月，192 頁以下；林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2017 年，197-198 頁。

88 例如最高法院 99 年度台上字第 4905 號判決認為：「偵查中因案件由偵查輔助機關移送偵查機關而產生前後兩階段之自白時，其偵查中前階段（如警察或調查機關調查時）之自白因違反任意性要件而被排除時，後階段（如檢察官偵查）之自白是否亦受到污染而在排除之列（即學說上所稱「非任意性自白之繼續效力問題」），應取決於後階段之自白是否出於被告之自由意思而定。若被告在後階段之自白係基於其自由意思而為，而非出於不正方法所取得，原則上自不在

馬嘉宏先生亦認為⁸⁹：不正方法是否足以延續至後來未受不正方法所為之自白，其關鍵在於先前不正訊問方法是否對第二次自白發生效力，應探究該次不正方法與嗣後自白間之相關聯因素，包括訊問時間是否接近、地點及實施之人是否相同、受訊問人自白時之態度是否自然、陳述是否流暢等等，以定其因果關係之存否。

我國學界雖未針對違法誘導詢問證據禁止使用之繼續效力加以討論，但論者均認為「非任意性自白之繼續效力問題」應以先前不正訊問方法是否對第二次供述持續影響作為判斷標準。是以，違法誘導詢問證據禁止使用之繼續效力，應持相同法理作為判準；至於判斷標準之心證程度，則如爭點一我國學說之說明。

（四）我國相關實務見解

我國實務對於「供述性證據禁止使用之繼續效力」之判斷標準，認為應取決於於先前之不正方法對於後來供述之任意性有無影響，考量因素包括：(1)訊問主體是否相同；(2)相隔一定期間或密集接續訊問；(3)訊問地點是否相同。上開見解與前述美國聯邦最高法院 Missouri v. Seibert 案⁹⁰見解及我國學說相同，但對判斷標準之心證程度仍未作說明。

例如最高法院 [101 年度台上字第 5570 號](#) 判決表示：「刑事訴訟法

排除之列。惟前階段使用不正方法而取得被告自白，其影響被告意思自由之心理強制狀態若延續至後階段偵查中，而與後階段偵查之自白具有因果關係者，則其非任意性自白之排除效力，自應繼續延長至後階段之偵查中。惟以不正方法取供雖導致所取得之自白無證據能力，但並無阻礙國家偵查機關另以合法方法再度取得被告自白之效力，否則，整體追訴犯罪程序將因單一錯誤因素而導致澈底癱瘓，顯違刑事訴訟之基本目的。故被告於警詢時若受不正方法而自白，其自白之證據能力固應予以排除。惟其嗣後於檢察官偵訊時並未受不正方法而自白犯罪，且不能證明警詢時所受不正方法影響其意思自由之情狀已延續至檢察官偵查中，而與檢察官偵訊時之自白具有因果關係者，即不得任意排除其於檢察官偵訊時所為自白之證據能力。尤其檢察官若已合法踐行告知義務，提醒被告得保持緘默，無須違背自己意思而陳述者，被告再為內容相同之自白，則此次自白之任意性不因前階段不正手段而受影響，其非任意性自白之排除效力自應加以阻斷。」

⁸⁹ 馬嘉宏，由不正訊問方法探討繼續效力下之自白，警學叢刊，38 卷 5 期，2008 年 3 月，217 頁、231 頁。

⁹⁰ 542 U.S. 600 (2004).

第九十八條結合同法第一百五十六條第一項，建構成完整之自白證據排除規定，旨在維護被告陳述與否之意思決定與意思活動自由權。被告自白須出於自由意志，設若被告第一次自白係出於偵查人員以不正方法取得，該次自白因欠缺任意性固不得為證據，但嗣後由不同偵查人員再次為訊問並未使用不正方法而取得被告第二次之自白，則其第二次自白是否加以排除，此即學理上所稱非任意性自白之延續效力；……須視第二次自白能否隔絕第一次自白之影響不受其污染而定，亦即以第一次自白之不正方法為因，第二次自白為果，倘兩者具有因果關係，則第二次自白應予排除，否則，即具有證據能力。此延續效力是否發生，依具體個案客觀情狀加以認定，倘若其偵訊之主體與環境、情狀已有明顯變更而為被告所明知，除非有明確之證據，足以證明被告先前所受精神上之壓迫狀態延續至其後應訊之時，應認已遮斷第一次自白不正方法之延續效力，即其第二次之自白因與前一階段之不正方法因果關係中斷而具有證據能力。……卷查上訴人及已判決確定之林○護、林○芬、丁○寵等人於法務部調查局台北市調查處（下稱調查局）詢問時各為第一次自白，嗣於檢察官訊問時再次為自白，微論其等於調查局是否確受恐嚇、脅迫或利誘等不正方法，稽其兩次偵訊之主體與環境，已然明顯不同，觀之渠等在檢察官嗣後訊問中，亦供承部分犯罪事實，既無具體證據足以證明其等於調查局所受之強制確已延續至其後檢察官訊問之時，揆之說明，渠等於檢察官訊問時之自白，自具有證據能力。」

最高法院 [104 年度台上字第 3222 號](#) 判決認為：「又原判決係採用 C15 於審判中之證言為論罪之依據，並未採用其於一〇一年九月二十八日檢察官偵訊中之證述，上訴意旨所指 C15 受檢察官誘導訊問之情形，因與其於一〇二年五月十四日第一審審理時之證述，相隔已逾七個月，並無密集接續訊問之情事，難謂有繼續影響其陳述之任意性，自不得遽指為違法。」

最高法院 [108 年度台上字第 1736 號](#) 判決表示：「原判決認定陳○於 95 年 9 月 20 日、同年月 27 日及 96 年 1 月 10 日偵查中陳述之證據能力部分：(一)被告自白若係偵查人員以不正方法取得，該次自白因欠缺任意性，固不得為證據，但嗣後於不同時空由不同偵查人員再次訊問時，若未使用不正方法，則其他次自白是否予以排除，須視其他次自白能否隔絕第一次自白之影響不受其污染而定。此非任意性自白延續效力是否發生，應依具體個案客觀情狀加以認定，倘若偵訊之主體、環境及情狀已有明顯變更而為被告所明知，除非證據足以證明被告先前所受心理上之強制狀態延續至其後應訊之時，否則應認已遮斷前次非任意性自白之延續效力。此判斷基準，於證人證言非出於任意性之情形時，亦有其適用。本件陳○於 95 年 9 月 20 日、同年月 27 日及 96 年 1 月 10 日接受檢察官訊問時，雖查無錄音(影)資料，然原判決援引陳○於第一審證稱：調查員以不正方法取供對其固有影響，但伊於偵查中所做陳述都是事實，及「沒有怨言，我做的我就要受」等語，參佐陳○係以證人及被告之身分接受檢察官訊問，與其之前接受調查員詢問之客觀情狀已有不同，憑以敘明陳○上揭偵查中所為具結證述，係出於自由意志，且無顯不可信情形，而具有證據能力(見原判決第 10 頁)，於法並無不合。」

(五)爭點二本署見解

1. 供述性證據禁止使用繼續效力之判斷標準應取決於先前不正方法對於後階供述任意性有無影響

記憶誘導並無違法，縱法院認為警察對證人之詢問達違法誘導程度，參酌上開我國最高法院見解、學說、先進國家實務運作，本署認為，「證據禁止使用之繼續效力」是否影響後階偵訊筆錄的證據能力，應取決於先前之違法誘導對於後階供述任意性有無影響。後階訊問人可以「加重告知義務」方式，使受訊問人明確瞭解先前供述因違法誘

導而沒有證據能力，以積極排除先前不正訊問對後階供述任意性的影響；或由不同人擔任訊問主體，相隔相當時間、於不同地點訊問，來稀釋先前違法誘導對後階訊問之影響。

亦即，後階偵查人員或檢察官若告知受訊問人先前供述因違法誘導而沒有證據能力，並依法再次訊問，則後階筆錄不受先前違法誘導所影響，而有證據能力。後階偵查人員或檢察官若未告知受訊問人先前供述因違法誘導而沒有證據能力，則先前違法誘導是否對後階供述有繼續效力之判斷因素為：(1)訊問主體是否相同；(2)相隔一定期間或密集接續訊問；(3)訊問地點是否相同；(4)偵查人員有無繼續影響受訊問人陳述任意性之行為。應綜合上開因素判斷後階供述是否受先前違法誘導所影響，以決定其證據能力；其心證門檻應為過半程度，理由如爭點一所述。

2. 本案證人偵訊筆錄不受警詢誘導之影響

本案第一審法院曾勘驗證人賴○軫於警詢錄影光碟，認司法警察於詢問程序，並無強暴脅迫、利誘、疲勞訊問或其他不正之方法，證人賴○軫精神良好無異狀，可與詢問警員正常交談，且錄影未有中斷，員警亦無向其表示趕快隨便講講即可交保等語，有勘驗筆錄在卷足憑（地院卷第 118 頁以下）。偵查中賴○軫證述被告於 105 年 7 月 23 日販賣甲基安非他命予伊之過程與警詢時相同，又與證人賴○軫行動電話於當日之通訊內容譯文暨基地台位置紀錄互核相符。

雖證人賴○軫於第一審審理時證稱：其於偵訊時，係因警方要求其不能講不同的供述，所以就照之前警詢說的一樣（見地院卷第 71 頁），然證人賴○軫警詢時間係 105 年 8 月 15 日，偵訊則係同年 9 月 26 日，相距已一月有餘，證人賴○軫當時已年滿 47 歲，自民國 77 年起已有多次前科，有內政部警政署刑案資訊系統摘要表在卷可稽，偵審經驗豐富，應知司法警察與檢察官分屬不同機關，彼此間各有職

司，並無上下隸屬關係，且偵訊時係自法務部矯正署宜蘭看守所提解，而非自司法警察機關直接移送而來(105年度偵字第4962號卷第14、18頁)，況偵訊時檢察官係提示證人賴○軫監聽譯文，而非警詢筆錄(同一偵卷第20頁)，諸此，實難認警方有介入影響其於偵查中證述任意性之可能，其於第一審審理時所稱應警方要求云云，應係翻異前詞、迴護被告之藉口。

本案警詢中既無違法取證之情形，應無「證據禁止使用之繼續效力」理論適用之餘地。縱法院認為警察對證人之誘導詢問達違法程度，因偵訊筆錄與該警詢筆錄情況有下列差異：(1)訊問主體不同；(2)訊問地點不同；(3)相隔相當長時間；(4)警察無再影響證人供述之行為。亦應認定該「違法」誘導之警詢並不影響偵訊筆錄之任意性。

乃原審未慮及此，徒以證人賴○軫警詢時證述有遭警方誤導之虞，即論其偵查中證稱有向被告陳文賢購買安非他命，無從遽採。已違反前開最高法院 [104年度台上字第3222號](#) 等判決所表示之見解。

3. 檢察官之偵訊筆錄除顯有不可信之情況者外，原則有證據能力

我國刑事訴訟法第159條之1第2項規定：「被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據。」據此，檢察官之證人偵訊筆錄除有證據排除之因素外，原則上有證據能力。至於是否有「顯不可信」之情況，先前最高法院雖有判決認為應由檢察官負舉證責任⁹¹，或屬法院應依職權調查事項⁹²，但晚近判決

91 例如最高法院 95 年度台上字第 362 號判決：「何○芳之選任辯護人於原審具狀稱：呂○松、侯○玉在偵查中之證言，未經具結，檢察官復未證明其陳述並無顯不可信之情況，應無證據能力等語。原判決對於此項抗辯，恕置不論，僅泛調呂○松、侯○玉在偵查中向檢察官所為之陳述，辯護人未提出其陳述有何顯不可信之情況，依刑事訴訟法第 159 條之 1 第 2 項規定，應認有證據能力，並採為判決之基礎，不但倒置檢察官應負之實質舉證責任，違悖證據法則，併有判決不載理由之當然違背法令。」

92 例如最高法院 96 年度台上字第 1407 號判決：「刑事訴訟法第 159 條之 1 第 2 項規定：『被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據』；其是否具有『顯有不可信性』之例外情形，法院應就偵查筆錄製作之原因、過程及其功能等加以觀察其信用性，據以判斷之，被告對此並不負舉證證明之義務。」又例如最高法院 96 年度台上字第 6804 號判決：「刑事訴訟法第 159 條之 1 第 2 項規定：『被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據。』其所設無『顯不可信』之情況，乃屬於證據能力之要

已相當一致地認為應由異議者負舉證責任或釋明責任⁹³。例如最高法院 [109 年度台上字第 179 號](#) 判決表示：「被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據。刑事訴訟法第 159 條之 1 第 2 項定有明文。乃因檢察官代表國家偵查犯罪，依法有訊問證人之權，證人須具結，其可信性極高，已具足以取代被告反對詰問權信用性保障情況之要件，故除顯有不可信之情況者外，特予承認其具有證據能力。被告如未釋明顯有不可信之情況時，檢察官自無須就無該例外情形為舉證，法院亦無庸在判決中說明無例外情形存在之必要。所謂「顯有不可信」之情況，係指其不可信之情形，甚為顯著了然者，固非以絕對不須經過調查程序為條件，然須從卷證本身，綜合訊問時之外部情況，為形式上之觀察或調查，即可發現，無待進一步為實質調查之情形而言」。

本案被告若欲主張證人賴○軫偵訊筆錄有顯有不可信之情況，自應先盡證明或釋明責任，否則證人賴○軫偵訊筆錄，應有證據能力。本件被告並未直接主張檢察官訊問有何違背法令之處，僅主張檢察官訊問應受不正警訊影響而當然無證據能力。所以依前述我國最高法院之見解，其「顯有不可信之情況」應由被告就(1)訊問主體；(2)訊問地點；(3)相隔時間；(4)警察無再影響證人供述之行為等事項逐一釋明。乃原審未予辨明，逕以偵訊筆錄受違法誘導影響視之，自有未盡證據調查責任及適用法則不當之違背法令。

原審系爭判決並稱：由被告與證人賴○軫之手機通話監聽可知，證人賴○軫雖於 105 年 7 月 23 日電話聯繫被告擬購買毒品甲基安非他命，並無約見面之其他通聯，據為有利被告之認定(未成交)。然查

件，非證明力之問題；而被告以外之人於偵查中向檢察官所為陳述，是否具備『無顯不可信』之情況而具有證據能力，法院應就該被告以外之人於檢察官面前所為陳述之外部附隨環境或條件判斷之，被告並無舉證證明其無證據能力之義務」。

⁹³ 例如最高法院 96 年度第 3128 號判決：「另被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據。刑事訴訟法第 159 條之 1 第 2 項定有明文。是上開供述證據原則上具證據能力，若當事人未舉證主張具顯有不可信之例外情況時，自無於理由內就『無顯有不可信之情況』特為說明之必要。」並參見最高法院 98 年度台上字第 4711 號、98 年度台上字第 6820 號、98 年度台上字第 2904 號、99 年度台上字第 741 號等判決。

該次通話中，除約定購買數量(一半跟一半)及交易時間(5點)外，另稱「剩下就過去再講」(警卷第26頁譯文編號第118)，顯見雙方就碰面地點已有默契，自無再電話約見面之必要，是原判決以無約見面之其他通聯為由，據為有利被告之認定，亦違反經驗法則與論理法則，附此敘明。

三、言詞辯論之必要性

本件上開二爭點均係屬原則上重要性之重大爭議，並非細節問題，且實務經常發生；本件法律爭點雖可以書狀交換方式釐清，但經由言詞辯論及法官提問，應可幫助貴院確實瞭解雙方論點，做出較妥適之決定。

肆、結論

綜上，本署認為：判斷警察誘導詢問是否違法之心證程度為過半程度；毒品交易案件警察詢問證人(買方)時提示通訊監察譯文詢問此次有無向被告購買毒品，證人稱：「有問但未調到」，警員稱：「有啦，有啦，這次應該有。」、「你要看全部譯文內容，不是只看一部分。」、「沒關係，沒有就沒有。」等語，該詢問尚不足以使證人故意為異其記憶之陳述，應屬合法詢問。

證人在司法警察違法誘導詢問後，於檢察官偵訊中為相同內容之證述，「證據禁止使用之繼續效力」之判斷標準應取決於先前之違法誘導對於後階供述之任意性有無影響，其心證門檻應為過半程度。後階偵查人員或檢察官若告知受訊問人先前供述因違法誘導而沒有證據能力，並依法再次訊問，則後階筆錄不受先前違法誘導所影響，有證據能力；後階偵查人員或檢察官若未告知受訊問人先前供述因違法誘導而沒有證據能力，則先前違法誘導是否對後階訊問筆錄有繼續效力之判斷因素為：(1)訊問主體是否相同；(2)相隔一定期間或密集接

續訊問；(3)訊問地點是否相同；(4)偵查人員有無繼續影響證人陳述任意性之行為。

系爭判決有上開未盡證據調查責任及適用法則不當之違誤。本案所涉法律爭點因具原則重要性，實務經常發生，宜由最高法院行言詞辯論，並一槌定音，爰依刑事訴訟法第 386 條第 1 項提出聲請。請撤銷原判決，另為適法之裁判。

此致

最高法院

中 華 民 國 109 年 9 月 18 日

檢察官 朱朝亮
陳瑞仁
吳巡龍
林俊言
黃則儒