

禁止國家使用私人違法 取得證據之理論基礎

——兼評最高法院九十七年度台上字 第七三四號判決

薛 智 仁^{*}

要 目

- | | |
|------------------------------|---------------------------|
| 壹、最高法院判決之新發展 | 參、禁止國家使用私人違法取得證據
之可能依據 |
| 貳、「嚇阻警察違法取證」作為證據
使用禁止之基礎？ | 一、理論概述及其問題 |
| 一、理論背景 | 二、取徑一：可歸責或類似國家之
違法取證 |
| 二、理論繼受的可行性檢討 | (一)私人違法取證可歸責於國家？ |
| (一)嚇阻警察違法取證的需求 | (二)刑事訴訟之取證規定對私人有
拘束力？ |
| (二)證據使用禁止的嚇阻效力 | 三、取徑二：禁止國家收贓 |
| (三)證據使用禁止的嚇阻正當性 | (一)延續或加深干預個人權利？ |
| 三、於私人違法取證難題之運用極
限 | (二)鼓勵私人違法取證？ |
| 四、中間結論 | |

^{*} 成功大學法律學系助理教授，德國杜賓根大學法學博士。作者在此感謝兩位匿名審查人之寶貴意見。

投稿日期：九十九年三月十九日；接受刊登日期：九十九年八月三日

責任校對：林嘉瑛

- | | |
|----------------------------|--------------------------|
| (三)違反法秩序一體性或阻礙刑法
秩序的實現？ | 五、取徑四：國家無法合法取得該
證據之假設 |
| 四、取徑三：履行國家保護基本權
的義務 | 六、中間結論 |
| | 肆、結 論 |

摘 要

最高法院近來在許多判決裡，將嚇阻警察違法偵查視為證據使用禁止的基礎理論，並由此推論出，除了強暴、脅迫所取得之供述以外，原則上容許使用私人違法取得之證據。然而，嚇阻違法偵查觀點係奠基於當事人進行主義之上，不適用於我國仍受職權調查原則支配的刑事程序，也不符現行法的法定證據使用禁止規定，故無助於釐清私人違法取證之證據使用禁止難題。本文認為，迄今並無任何觀點能夠有效地將證據使用禁止效果連結到私人取證的違法性，國家能否使用私人違法取得之證據，應依法院調查證據對於被告基本權之干預是否具有合憲性事由而定，私人取證的違法性對此合憲性判斷並無特殊意義。

關鍵詞：嚇阻警察違法偵查、私人違法取證、自主性證據使用禁止、禁止國家收贓

壹、最高法院判決之新發展

刑事訴訟法之取證規定係以刑事追訴機關為對象，故私人並無違反刑事訴訟法之取證規定可言。在私人違反刑法規定取證係不可歸責於國家¹，且刑事追訴機關事後未違反取證規定而取得該證據時²，刑事法院能否基於其職權調查之義務（刑法³第一六三條），採納私人所提出之證據為裁判基礎呢？此一問題在刑事追訴實務上具有重要性，諸如配偶自行或委託徵信社違法錄音或錄影，以取得他方配偶通姦事實之證據，據以提出通姦罪（刑法第二三九條）告訴；或是軟體公司派員喬裝顧客購買電腦，謊稱是經濟能力不佳的學生而誘使電腦商為其非法重製Office軟體，據以提起非法重製罪（著作權法第九十一條）之告訴⁴。在上述案件裡，該非法之錄音、錄影或重製軟體是否能被使用，刑事訴訟法並無明文規定，學說與實務所提出的解決方法及支持理由，也尚無共識。

¹ 若是私人受刑事追訴機關之委託而違法取證，則此一取證行為係可歸責於國家。例如：被警方查獲持有毒品之人，經警方授意以電話聯繫毒販，警方在旁聆聽得知其藏匿毒品的地點。為了避免國家利用第三人規避刑事訴訟法之取證規範，此種情況應直接依據國家不法取證之證據使用禁止原則處理，在學說及實務上已屬共識（僅參考Beulke, Strafprozessrecht, 11. Aufl., 2010, Rn. 481），不在本文的討論範圍之內。詳細說明：林鈺雄，線民之干預性及授權問題——以線民之偵查活動為中心，載：刑事程序與國際人權，頁154以下，2007年12月。

² 若是刑事追訴機關違法取得該私人違法取得之證據（例如，警察非法搜索嫌犯友人之住宅，查獲該友人從嫌犯處竊得之日記，內容記載嫌犯之犯案經過），也是直接適用國家不法取證之證據使用禁止原則，與私人違法取證無關。

³ 以下法條未特別註明者，均指刑事訴訟法之規定。

⁴ 例如93年度臺上字第1740號判決即涉及此一私人違法取證問題，最高法院卻以國家機關的釣魚來處理。參考王士帆，不自證己罪原則，政治大學法律學研究所碩士論文，頁272，2005年1月。批評亦見：林鈺雄，同註1，頁158，註30。

最高法院針對此一問題，首度在九十二年度臺上字第二六七七號判決表達立場，肯定私人違法取證之證據使用禁止效果；許多文獻批評其忽略刑法與刑事訴訟法各自具有獨立的規範功能⁵。嗣後，最高法院在九十七年度臺上字第五六〇號判決完全翻轉了前一判決之結論，在論證上指出刑事程序之取證規定僅以實施刑事追訴之公務員為對象，並援引向來對偵查機關違法監聽之證據使用禁止的「抑制違法偵查」的衡量因素⁶，表示對於無國家機關介入的私人監聽行為，沒有適用證據使用禁止原則的必要。不久之後，最高法院在九十七年度臺上字第七三四號判決裡，更深入指出私人違法取證不適用證據使用禁止之實質根據及其例外，並且針對私人違法取證最常見的兩種類型——違法錄音與脅迫取供⁷——表達立場，這也是促使作者探討此一難題的原因。

在此判決中，最高法院將「抑制違法偵查、嚇阻警察機關之不法」視為證據排除原則的功能，其理由在於：「鑒於一切民事、刑事、行政、懲戒之手段，尚無法有效遏止違法偵查、嚇阻警察機關之不法，唯有不得已透過證據之排除，使人民免於遭受國家機關非法偵查之侵害、干預，防止政府濫權，藉以保障人民之基本權，具有其憲

⁵ 楊雲驊，賠了夫人又折兵？——私人違法取得證據在刑事訴訟的證據能力處理，台灣本土法學雜誌，41期，頁1-22，2002年12月；楊雲驊，私人違法取得證據之評價與衝突解決——評最高法院九十二年度台上字第二六七七號判決，載：民主、人權、正義——蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，頁295-315，2005年9月；吳巡龍，私人不法取得證據應否證據排除——兼評最高法院九十二年度台上字第二六七七號判決，月旦法學雜誌，108期，頁223-235，2004年5月；吳巡龍，得通訊一方同意竊聽錄音之證據能力——兼評最高法院九十三年度台上字第二九四九號判決，月旦法學雜誌，136期，頁233-245，2006年9月。

⁶ 此係最高法院自87年度臺上字第4025號判決以來之立場。

⁷ Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Spezialkommentar, 6. Aufl., 2008, Rn. 396.

法上之意義。⁸」

以此為出發點，最高法院進一步主張私人違法取證原則上無證據使用禁止的效果，因為「私人非法取證之動機，或來自對於國家發動偵查權之不可期待，或因犯罪行為本質上具有隱密性、不公開性，產生蒐證上之困窘，難以取得直接之證據，冀求證明刑事被告之犯行之故，而私人不法取證並無普遍性，且對方私人得請求民事損害賠償或訴諸刑事追訴或其他法律救濟機制，無須藉助證據排除法則之極端救濟方式將證據加以排除，即能達到嚇阻私人不法行為之效果，如將私人不法取得之證據一律予以排除，不僅使犯行足以構成法律上非難之被告逍遙法外，而私人尚需面臨民、刑之訟累，在結果上反而顯得失衡，且縱證據排除法則，亦難抑制私人不法取證之效果。」但是，在私人故意使用暴力、刑求等方式，而取得被告之自白或證人之證述時，「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」，應例外禁止使用該供述證據。

儘管最高法院陸續在許多判決裡重申相同立場⁹，在文獻上也獲得支持¹⁰，但是其所涉及的二個證據法基本問題，有值得再深入分析的必要性。第一個問題涉及證據使用禁止的目的（或功能）：儘管「抑制違法偵查」長期以來被視為證據使用禁止的考量因素之一，最高法院在此一判決裡則是進一步將它視為證據使用禁止之

⁸ 文獻上早已持此立場者：王兆鵬，搜索扣押與刑事被告之憲法權利，頁109以下、頁135以下，2000年9月；王兆鵬，新刑訴·新思維，頁3，2004年10月；吳巡龍，私人不法取得證據應否證據排除，同註5，頁226；陳運財，違法證據排除法則之回顧與展望，月旦法學雜誌，113期，頁37，2004年10月（強調其屬於政策上的理由）。

⁹ 97年度臺上字第4889號判決、98年度臺上字第578號判決、98年度臺上字第5658號判決。

¹⁰ 楊雲驊，私人不法取證之證據能力——評最高法院九八年度台上字第五七八號判決，台灣法學雜誌，135期，頁278以下，2009年9月。

「目的」。不過，值得懷疑的是，嚇阻警察違法取證的觀點在我國刑事程序中，是否能被視為證據使用禁止的唯一目的，或是退一步而言，至少構成適用證據使用禁止之概括條款（第一五八條之四）時所考量的因素？倘若答案是否定的，則最高法院據此推論原則上允許使用私人違法取得之證據，也就失去正當性（下述貳）。因此，第二個要討論的問題便是**私人違法取證之證據使用禁止的實質根據**：在刑事訴訟法僅適用於追訴機關的調查活動，國家也未以任何形式參與私人違法取證行為的情況下，究竟有什麼刑事訴訟法或憲法上的理由（而不是刑法！），足以反對國家單純收受私人違法取得之證據作為裁判依據？唯有確立此一實質依據，才能夠劃定證據使用禁止在私人違法取證之適用範圍，也才能判斷，最高法院在本判決中例外禁止使用私人脅迫取得之供述，是否於理有據（下述參）。基於篇幅限制，以下將集中討論上述二個難題，其他證據使用禁止的基本問題則不在論述之列。

貳、「嚇阻警察違法取證」作為證據使用禁止之基礎？

一、理論背景

嚇阻警察之不法取證，是美國聯邦最高法院承認證據使用禁止的目的。依其看法，為了發揮及確保嚇阻違法取證的效力，原則上違法取證會有證據使用禁止之效果，且禁止範圍及於違法取得之直接與衍生證據（「**毒樹果實原則**」），以免誘使警察為了取得關鍵之衍生證據而敢於違法。但是，在警察之違法取證係出於合理善意（所謂「**善意例外**」）時，例外允許使用所取得的直接證據，因為證據使用禁止無法發揮嚇阻效力。此外，在「**獨立來源**」、「**必然發現**」、「**稀釋原則**」等三種情形裡，所取得之衍生證據也例外有

證據能力¹¹。因為，若是無限制地禁止使用衍生證據將對刑事追訴造成過大的損失，而且這些衍生證據與違法取證的關聯性薄弱，使用它並不至於傷害司法正潔；更重要的是，警察在這些情況下並未透過違法取證而獲利，所以沒有嚇阻必要性¹²。

美國聯邦最高法院以證據使用禁止來嚇阻警察違法取證，有其**刑事司法的實際需求**。在美國傳統上，刑事程序通常開始於警察逮捕犯罪嫌疑人或被告，此後的事證蒐集大多數都是由警察來負責，檢察官只負責決定起訴的罪名，並為法庭準備足以定罪的必要證據¹³。換句話說，在警察調查與真正的法院審判程序之間，並沒有其他的刑事調查介入，警察扮演了最重要的偵查角色。儘管如此，由於警察組織分散在非常多、甚至非常小的獨立政府機關裡，警察人員也未必受到充分的訓練，在較小的政府機關裡甚至不受監督¹⁴，以致於警察就算因破案壓力而違法取證，其原應承擔的公務員懲戒或刑事責任，實際上可能根本不受追究。這對人民受憲法保障的諸多程序基本權利相當不利。為了在原則上屬於各邦權限之刑事程序裡，也能貫徹聯邦憲法的保障，在沒有其他手段可資採取的

¹¹ 詳細理論內容之介紹，參考王兆鵬，刑事被告的憲法權利，頁3以下，1999年3月；黃朝義，論證據排除法則，載：刑事訴訟之運作——黃東熊教授六秩晉五華誕祝壽論文集，頁121以下，1997年11月；吳巡龍，我國與美國證據排除實務運作之比較——兼評最高法院相關判決，台灣法學雜誌，141期，頁96以下，2009年12月。

¹² Herrmann, Aufgaben und Grenzen der Beweisverwertungsverbote. Rechtsvergleichend Überlegungen zum deutschen und amerikanischen Recht, in: Vogler u. a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, Halbband 2, 1985, S. 1307.

¹³ Schmid, Strafverfahren und Strafrecht in den Vereinigten Staaten, Eine Einführung, 2. Aufl., 1993, S. 38 f.

¹⁴ 參考Herrmann, Neuere Entwicklungen in der amerikanischen Strafrechtspflege, in: Juristenzeitung 1985, S. 608; Schmid, aaO., S. 36 f.

情況下，美國聯邦最高法院只好在六〇年代中期透過禁止在審判中使用該違法取得之證據，去除警察違法取證的誘因，藉以導正警察的紀律¹⁵。

事實上，以證據使用禁止為嚇阻警察違法取證的手段，也有其**刑事程序理念的支持**。美國的對審式刑事程序，將訴訟視為當事人之間的紛爭，法院則立於裁決紛爭之被動地位。在當事人處分原則的支配下，程序的進行是由代表國家追訴犯罪利益的檢察官，與被告及代表被告利益的辯護人來支配，兩造當事人不僅能透過撤回起訴與認罪而終結程序，其自主意思也支配證據調查的範圍，只有兩造所提出之證據資料才能作為裁判基礎。如同民事訴訟一般，既然兩造當事人對證據資料有處分權，在特定條件下兩造之**攻擊或防禦方法也會發生失權效**¹⁶。由於代表國家控訴犯罪的檢察官只能以合憲方式取得的證據舉證被告有罪，只要警察取證合乎憲法要求，縱然調查證據將嚴重侵害被告之隱私（例如：朗讀被告之日記），檢方仍有提出該證據的權利¹⁷；相反地，一旦警察的取證違反憲法，被告及其辯護人便有權主張控方不得提出該證據作為攻擊的方法，中立裁決紛爭的法院則透過排除檢方提出警察違法取得的證據，回應辯方的失權效主張。如果警察不願意其所取得的證據在訴訟上發生失權效的後果，唯一的方式就是嚴格遵守憲法對於取證行為的限制。這裡可以看出，在當事人處分原則之下，證據使用禁止的意義，在於宣示檢方因警察違法取證喪失提出該證據的權利，法

¹⁵ Herrmann, aaO., S. 608; Bradley, Beweisverbote in den USA und in Deutschland, Goldammer's Archiv für Strafrecht 1985, S. 100 f.; Dencker, Verwertungsverbote im Strafprozeß. Ein Beitrag zur Lehre von den Beweisverboten, 1977, S. 53.

¹⁶ Lesch, Strafprozessrecht, 2. Aufl., 2001, 3/170.

¹⁷ 參考Bradley, aaO. (Fn. 15), S. 103.

院藉此追求嚇阻警察違法取證的效果，符合其中立裁決紛爭的角色功能。

簡言之，美國法將嚇阻警察不法取證視為證據使用禁止的功能，不僅是因為警察支配偵查程序，也符合當事人處分原則的精神。然而，我國刑事訴訟法改革雖然朝向改良式當事人進行主義，迄今為止仍以檢察官為指揮監督偵查程序之主體，警察僅係立於輔助偵查的角色（參照第二二八條以下），當事人處分原則在證據調查的程序上亦未被貫徹，刑事法院仍然可以為了發現真實而依職權調查證據，甚至就「於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係之事項」，負有調查證據之義務（第一六三條第二項）。因此，最高法院援用此一理論作為證據使用禁止之基礎，是否能夠與我國的刑事程序結構相配合，值得進一步思考。

二、理論繼受的可行性檢討

（一）嚇阻警察違法取證的需求

依照現行法之規定，警察之偵查活動係由檢察官指揮監督，其所實施的許多取證行為，例如搜索扣押（第一二八條之一第二項）或通訊監察（通保法第五條第二項），亦應報請檢察官向該管法院聲請許可後，始得發動，以預防其違法侵害犯罪嫌疑人或第三人之基本權利。一旦警察取證活動違反上述法律限制，亦得在事後追究警察之懲戒責任及濫權追訴之刑事責任（刑法第一二五條）。所以，在事前監督與事後究責併存的法律架構下，再以證據使用禁止來嚇阻警察違法取證，似乎沒有必要性。

不過，刑事追訴的實況並不完全符合立法者的構想。由於犯罪數量及檢察官人力有限，由警察自行蒐集證據到足以起訴才移交

給檢察官的情形，很可能是偵查實務的常態¹⁸，這使得檢察官的法律監督角色大打折扣。而且，在隱密性的偵查方法日益廣泛，所蒐集之犯罪嫌疑資料增加的現況下，經常只有實際指揮偵查的警察人員才能掌握調查情況。檢察官實際上可能無從對於警察迄今之偵查結果進行實質審查，只能如橡皮圖章般地，依警察提供之資料或陳述向法院聲請強制處分¹⁹。除了事前監督功能不彰之外，追訴機關可能基於情誼或考量未來公務合作需求，不大願意對違法取證人員追究責任，甚至普遍欠缺警察執法也可能構成犯罪的意識²⁰，使事後究責機制被架空。因此，嚇阻警察違法取證的需求似乎難以完全被否認²¹。

(二)證據使用禁止的嚇阻效力

不過，接著的問題是，證據使用禁止是否真的能發揮嚇阻違法取證的效果？依美國學者Bradley的觀察，由於違反米蘭違法會導致證據使用禁止，美國警察會隨身攜帶並使用載明應向犯罪嫌疑人

¹⁸ 德國的偵查實況也是如此，參考Kindhäuser, Strafprozessrecht, 2. Aufl., 2010, § 5 Rn. 27; Beulke, aaO. (Fn. 1), Rn. 106.

¹⁹ 參考Conen, Zur Disziplinierung der Strafverfolgungsorgane durch Beweisverwertungsverbote, in: Müller u. a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag, 2009, S. 469 f.

²⁰ 指出此一問題者：許澤天，警察執法時的犯罪——不能說破的國王新衣，台灣法學雜誌，122期，頁27以下，2009年2月。

²¹ 亦見：Jahn, Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garanten des Rechtsstaats und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus, Gutachten C für den 67. Deutschen Juristentag 2008, 2008, S. 57; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl., 2009, § 9 Rn. 23. 甚至有從證據使用禁止原則的嚇阻警察違法取證功能，主張檢察官應儘量退出主導偵查的地位，參考陳運財，檢警關係定位問題之研究——從貫徹檢察官控訴原則之立場，月旦法學雜誌，108期，頁69，2004年5月。

告知之權利的卡片，顯示至少在遵守法律規定不會嚴重阻礙偵查活動時，證據使用禁止確實能促使警察遵守法律²²。然而，要據此肯定證據使用禁止必然具有嚇阻效力，則不太容易。一方面，是否從事刑事追訴之警察都感覺到對處罰犯罪人的強烈慾望，以致於犯罪人未能被處罰對其構成一種「懲戒」，值得深究²³。與其違法情節重大時可能受到撤職之懲戒責任與刑罰制裁，因而直接威脅個人生存利益的制裁手段比較起來，恐怕難以立刻肯定，真正犯罪人無法被制裁的後果，更能夠使刑事警察產生惡害的感受。另一方面，就算刑事警察擁有處罰犯罪人的強烈慾望，也不等於證據使用禁止就有嚇阻作用。在調查特別棘手的重大案件裡，若是所有的合法途徑都無法取得足以證明犯罪的證據，刑事警察可能反而會認為，與其坐待真正的犯罪人逍遙法外，倒不如冒險採取違法的偵查手段，說不定能在所取得證據的基礎上，獲取額外的事證資料²⁴。

事實上，在這裡我們面臨了類似於犯罪學在調查刑罰威嚇效果時所遭遇的困境：人類知識現狀至今為止尚無法確定，究竟有多少影響偵查手段的現實因素，而在這些可得確定——但絕對不完整——的諸多因素裡面，也難以辨認個別單一因素如何實際影響偵查手段，以及這些因素彼此之間如何相互影響。所以，現實上根本難以調查，究竟在承認證據使用禁止之後違法取證的情形是否有所改善，以及這個改善是否來自於承認證據使用禁止。在此現狀之下，證據使用禁止的嚇阻效果儘管難以被證實，但也尚未被徹底推翻。

²² 參見Bradley, aaO. (Fn. 15), S. 108. 肯定證據使用禁止在德國也具有懲戒效果者，如Conen, aaO. (Fn. 19), 466. 中文文獻的介紹，詳見王兆鵬，同註11，頁21以下；陳運財，同註8，頁37。

²³ Schroeder, Strafprozessrecht, 4. Aufl., 2007, Rn. 123.

²⁴ Jäger, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, 2003, S. 70.

(三)證據使用禁止的嚇阻正當性

至此為止可以確定，在我國偵查現況下存在嚇阻警察違法取證的需求，也不排除證據使用禁止是能滿足此需求的手段。然而，這並不等於在價值判斷上，以證據使用禁止來嚇阻警察違法取證具有正當性。

首先，在證據使用禁止之外，還存在各式刑事責任或懲戒責任機制，也可能發揮嚇阻效果。倘若刑事或懲戒責任機制欠缺實效性，是來自於刑事追訴機關欠缺追究違法取證人員責任的意願，則根本之道應該是思考如何改善既有之刑事與懲戒責任的追究機制²⁵，使其更能發揮制裁的實效性。現在捨此不為，只是想藉助證據使用禁止來達成預期的嚇阻效果，其結果將是：一方面，國家繼續放任訴追機關的護短心態，事實上捨棄追究違法取證人員的懲戒及刑事責任，此一對違法取證的讓步態度將折損證據使用禁止所追求的嚇阻效力；另一方面，證據使用禁止不僅「處罰」違法的公務員，也將直接導致國家無法使用已取得之可能定罪證據，使刑罰權無法實現或陷於無法實現的危險，讓公眾利益為個別公務員之違法取證付出代價²⁶。正如同美國證據法大師Wigmore早在將近七十年前所直言的：「我們守護憲法的方法，不是對那些違反憲法的人採取行動，而是放走另一個犯法的人。」²⁷」在此一角度下，為何改善

²⁵ Amelung, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozeß. Dogmatische Grundlagen individualrechtlicher Beweisverbote, 1990, S. 19; Jahn, aaO. (Fn. 21), S. 58; Dencker, aaO. (Fn. 15), S. 53. 各種可能替代手段的介紹，詳見黃朝義，同註11，頁132-134。

²⁶ Amelung, aaO., S. 18. 另參考Rogall, Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozeßualen Beweisverboten, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 91 (1979), S. 15; Jahn, aaO. (Fn. 21), S. 58.

²⁷ Wigmore, On Evidence, Bd. 8, 1940, § 2184: „Our way of upholding the Constitution is not to strike at the man who breaks it but to let off somebody else who broke

既有懲戒與刑事責任機制的實效性，不能取代證據使用禁止的手段，迄今似乎沒有合理的解釋。

其次，我國的刑事訴訟結構迥異於美國的刑事程序，嚇阻警察違法取證的觀點無法當成證據使用禁止的指導原則²⁸。第一個差異在於**取證人員範圍不同**。相對於在美國的刑事程序裡，是由警察在偵查階段負責取證，檢察官及法官並不從事取證，在我國的刑事程序裡，則是警察、檢察官及法院在偵查及審判階段均得依法取證²⁹。因此，證據使用禁止適用於所有刑事司法機關在任一刑事程序階段裡的取證行為³⁰。例如，倘若法官在審判期日訊問犯罪嫌疑人時，利用被告之疲勞狀態而繼續訊問取得自白，實施訊問的法官也不得使用該自白作為認定犯罪事實之依據。這個毫無爭議的結論，並無法以嚇阻警察違法取證的觀點來加以解釋。因為，此處的取證者不是警察而是法官，貫徹嚇阻警察違法取證的思考，將得出應允許使用此一不正訊問所得自白的結果。對此，或有人主張：在維持嚇阻違法取證的思考之下，不妨將證據使用禁止的嚇阻對象擴及檢察官及法官，在上述案例裡禁止使用該自白以嚇阻法官未來的違法訊問。然而，這種擴大嚇阻對象的解釋，反而更加暴露了嚇阻

something else.”，轉引自Otto, Grenzen und Tragweite der Beweisverbote im Strafverfahren, in: Goltdammer's Archiv für Strafrecht 1970, S. 291.

²⁸ 此一質疑已見於：Lesch, aaO. (Fn. 16), 3/161 (Fn. 385).

²⁹ 依據刑事訴訟法第163條第2項，法院仍得基於發現真實之必要而裁量是否依職權調查證據，甚至基於維護公平正義之目的或對於被告利益有重大關係事項，負有職權調查證據之義務。此一法院依職權調查證據之權限或義務，是否及於不利被告之證據，以及在多大範圍裡受到檢察官實質舉證責任規定（同法第163條第1項及刑事妥速審判法第6條）之限制，則已屬本文無法深入討論的問題。

³⁰ Dencker, aaO. (Fn. 15), S. 53; Putzke/Scheinfeld, Strafprozessrecht, 2. Aufl., 2009, Rn. 351.

違法取證觀點的不足。因為，在上述案例裡，法官不只是違反取證規定的行為人，也是決定取證是否合法的裁判者，最後還自行擔任禁止使用違法取得證據的執行者。而我們難以想像，如果證據使用禁止的功能也包含了嚇阻法官違法取證，立法者會設計一個「球員兼裁判」的懲戒機制，讓法官自行決定有無嚇阻自己未來違法取證的必要性。正如同在刑法上為了達成威嚇犯罪人未來不再犯罪的效果時，絕對不可能讓犯罪人自行決定自己有罪與否，以及是否選擇入獄服刑一樣。

另一個差異在於證據使用禁止的意義。基於職權調查原則，法院在調查證據程序所扮演的角色，不是決定當事人兩造之攻擊防禦方法是否發生失權效果，而是為了做成實體正確的判決，得不受兩造意思拘束地自行進行證據調查，以盡可能地發現實體真實。但是，與刑事追訴機關的取證行為一樣，法院的證據調查也是一種干預訴訟參與者基本權的國家高權行為³¹，必須遵守憲法對訴訟參與者（特別是被告）的基本權及人性尊嚴的保障。在此一角度下，證據使用禁止之意義，是法院為了避免證據調查過度侵害訴訟參與者之基本權或人性尊嚴，而自我限制依職權調查證據的範圍³²，至於其他刑事追訴機關的取證行為是否違法，或其違法是否有被嚇阻的必要性，未必是考量許可使用該證據時之關鍵因素。換句話說，在違法取證與證據使用禁止之間並無必然關聯，除了法律少數明訂證據使用禁止的情況之外，法院得於個案衡量是否使用其他刑事追訴機關違法取得之證據（依附性證據使用禁止），甚至不排除禁止使

³¹ 參考Beulke, aaO. (Fn. 1), Rn. 454; Kindhäuser, aaO. (Fn. 18), § 23 Rn. 3; Fezer, Strafprozeßrecht, 2. Aufl., 1995, Fall 16 Rn. 3.

³² 僅參考林鈺雄，干預處分與刑事證據，頁252，2008年1月。

用其他刑事追訴機關合法取得之證據（自主性證據使用禁止）³³。若是嚇阻違法取證是證據使用禁止的功能，將難以解釋，為何刑事訴訟法不是全面或至少原則性地禁止使用違法取得的證據³⁴，以及為何合法取得的證據也可能被禁止使用。所以，嚇阻追訴機關違法取證充其量只能被當成證據使用禁止的附帶效果³⁵。

事實上，許多法定證據使用禁止規定都難以從嚇阻違法取證的觀點來解釋。因為，若貫徹嚇阻違法偵查的論點，勢必只有在追訴機關出於故意或過失而違反取證規定時，才有證據使用禁止的效果³⁶。但是以第一五六條第一項為例，立法者對於以不正訊問方法所取得的自白，只要在自白與不正訊問之間存在因果關係，無論訊問的刑事追訴人員是否出於故意過失，一律賦予證據使用禁止的效力。這裡可以看出，立法者在乎的是，被告的自白是否處於自由意志之下所做成，就算訊問者完全不知道，被告身心俱疲而無法自由決定陳述內容及範圍，並不因為證據使用禁止可預期無法對訊問者產生嚇阻效果，就承認自白的證據能力³⁷。而立法者針對第一五八條之四之證據使用禁止概括條款：「……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。」³⁸在立法理由表明將

³³ 詳細說明，參考林鈺雄，同前註，頁274以下、頁303以下。

³⁴ Schroeder, aaO. (Fn. 23), Rn. 123.

³⁵ 參考Beulke, aaO. (Fn. 1), Rn. 454; Volk, Grundkurs StPO, 6. Aufl., 2008, § 28 Rn. 7; Rogall, aaO. (Fn. 26), S. 16 ff.

³⁶ Rogall, aaO. (Fn. 26), S. 15.

³⁷ 參考Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 53. Aufl., 2010, § 136 Rn. 8; Roxin/Schünemann, aaO. (Fn. 21), § 25 Rn. 21.

³⁸ 至於應該將此一概括條款定性為採納權衡理論，或只是各種證據使用禁止理論的發展平台，與此處的討論無關。就此問題，詳見：林鈺雄，刑事訴訟法上冊（總論篇），頁586以下、頁599以下，2007年9月5版；林鈺雄，刑事訴訟法第一五八條之四的平台定性——以最高法院裁判為例證，台灣法學雜誌，140

「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」、「違背法定程序時之主觀意圖」納入考量，明白採納了嚇阻違法取證之觀點及其相關之「獨立來源」、「必然發現」與「善意例外」法則³⁹；在第一五八條之二但書規定，非出於惡意違法訊問且自白或陳述係出於自由意志的情形，允許使用所得證據，也是明白採納了「善意例外法則」⁴⁰。儘管如此，其同時容許考量「侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重」、「被告犯罪所生之危險或實害」、「證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度」等因素。權衡的結果，可能是在警察故意違法取證時，基於追訴重大犯罪而許可使用證據，也可能是在警察不可歸責地違法取證時，基於重大侵害犯罪嫌疑人之基本權而禁止使用證據。此一立法安排，顯然不是貫徹嚇阻違法偵查觀點的結果。我們甚至可以進一步說，立法者在此概括條款所表達的立場，其所訴求的原本就不只是嚇阻警察違法取證，因為在法官對個案的權衡結果難以被預測的情況下，警察根本無從得知這次的違法取證是否會有證據使用禁止的效果⁴¹，違法取得之證據仍可能被使用的預期心態，甚至可能鼓勵其冒險違法取證以破獲重大犯罪。

或有認為，無論是將嚇阻追訴機關違法取證視為證據使用禁止之功能或附帶效果，其間並無實質差異。這樣的思考可能忽略了一旦將嚇阻違法取證當成證據使用禁止的功能或目的，嚇阻的有效性及其必要性就成為判斷證據使用禁止的裁量因素，而在嚇阻效力充其量只是尚未被推翻的現狀下，法官根本也無法依據嚇阻違法取證的

期，頁17以下，2009年11月。

³⁹ 參考王兆鵬，同註11，頁13、頁17以下。

⁴⁰ 對此立法之檢討：朱石炎，刑事訴訟法論，頁147，2007年11月。

⁴¹ 方向相同的看法，Bradley, aaO. (Fn. 15), S. 112.

觀點，判斷是否有必要透過證據使用禁止來嚇阻個案裡所出現的違法取證⁴²。這將使第一五八條之四的概括條款操作難度雪上加霜，也大幅開啟事實審法官恣意裁量而不受上訴審法院審查的空間。因此，未來在證據使用禁止的判斷上，不應將嚇阻違法取證的必要性當成獨立因素納入考慮。

三、於私人違法取證難題之運用極限

事實上，最高法院在違背不正訊問證人之禁止、違反訊問被告之告知義務、違反拒絕證言權之告知義務，與違反通訊監察之告知義務等案件裡，也都傾向於透過規範保護目的理論或權利領域理論，進一步深化本土的證據使用禁止理論⁴³，未見有單獨運用嚇阻違法偵查觀點，就原則性肯定證據使用禁止的判決。因此，我們有理由推測，最高法院在本判決裡援用「嚇阻警察違法偵查」的觀點，並非認真地將其視為證據使用禁止的基礎理論，而只是要尋找一個理論根據，以支持其允許使用私人違法取得之證據的原則性立場。然而，就算如此，本判決並未對私人違法取證之證據禁止難題提供一貫的思考進路。

首先，最高法院對於國家及私人違法取證之差別對待，係以二者有不同的嚇阻必要性為事實前提。然而，關於各種制裁手段對偵查機關特別無法發揮嚇阻效果，私人不法取證以民刑事制裁手段即

⁴² 類似的困境在刑罰裁量的範疇裡，早已不斷地被指出：儘管一般預防的觀點可以證立刑罰的正當性，但是在刑罰裁量上，對於多少的刑罰才算是滿足了個案的一般預防需求，卻是無能為力。因此，比較折衷的方式是，原則上承認合於罪責的刑罰皆能滿足一般預防的需求，只有在部分情況下才承認例外，參考 Meier, *Strafrechtliche Sanktionen*, 2001, S. 182.

⁴³ 相關判決整理詳見：林鈺雄，刑事訴訟法第一五八條之四的平台定性，同註38，頁25以下。

足以發揮嚇阻效果，最高法院並無本土的實證研究或運作經驗為根據，充其量只是不可靠的主觀推測。事實上，隨著科技發展日新月異，個人所能掌握及運用的科技設備並不亞於國家，其侵害其他個人的潛在能力可能比刑事追訴機關更不受到法律的監控。例如，電腦科技的進展，使我們有能力透過網際網路侵入他人電腦系統，植入特洛伊木馬程式後一次性地查看或長時間監控他人電腦系統。若是國家藉此獲取追訴犯罪、防禦危險或情報工作所必要之資訊，其發動的前提及許可範圍，至少還能藉由法律保留及法官保留等事前審查機制來把關⁴⁴，但是私人從事這些隱密刺探他人資訊的行為，卻可能因為未被察覺而不會受到任何制裁。除此之外，私人雖非以追訴犯罪為職業，仍可能為了保全個人被害證據，或為了追求經濟利益而常業地違法蒐集他人犯罪證據（例如：私人徵信社），甚至就是在特定犯罪領域裡，因為難以期待國家發動偵查或蒐證困難，更有促使其違法取證的誘因存在。所以，在私人擁有不亞於追訴機關違法取證的潛能之下，如果證據使用禁止的功能在於嚇阻警察違法取證，那麼至少無法完全排除，同樣有必要以證據使用禁止來嚇阻私人違法取證的行為，以達成保障憲法基本權（特別是秘密通訊自由）的目的⁴⁵。對於此一可能性，最高法院僅狗尾續貂式地以「且縱證據排除法則，亦難抑制私人不法取證之效果」加以排除。然而，此一否定嚇阻效果的說法，與其肯定對刑求取供的嚇阻效力一樣沒有事實根據！

除了否定私人違法取證之嚇阻需求是悖離現實之外，最高法院

⁴⁴ 這被稱為「線上搜索」（Online-Durchsuchung），德國聯邦憲法法院在一定條件下承認其合憲性，詳見BVerfG, 1 BvR 370/07 vom 27.2.2008.

⁴⁵ 大體上相同的批評已見於：李佳玟，在場人錄音之證據能力（下），台灣法學雜誌，118期，頁114，2008年12月。不同見解，詳見陳運財，同註8，頁46。

例外承認應禁止使用私人刑求取得之供述證據，說理也有待檢討。詳言之，如果是基於私人違法取證的嚇阻必要性較低而原則性許可使用私人違法取得之證據，思考邏輯一貫的結果，應該是以私人違法取證之嚇阻必要性較高來決定禁止使用證據的例外範圍。然而，刑求取得供述證據雖屬重大違法，私人違法錄音、錄影或監聽取得證據可能才是實際上最為普遍的私人取證型態。最高法院沒有基於嚇阻私人違法偵查之較高必要性，將私人違法錄音、錄影或監聽納入證據使用禁止之範圍，卻基於「**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**」，僅禁止使用私人刑求取得之證據，顯示其並未貫徹嚇阻私人違法取證之效益主義式思考，而是一併考慮了**發現真實利益與保障他人人格權不受重大干預**等因素。不過，判決本身依然無法為我們解答下述疑惑：在私人對他人住宅竊聽、竊錄，或是以詐欺方式取得自白時，不僅一樣強烈干預他人一般人格權，甚至部分情況下也侵害被告的不自證己罪自由，為何不會與私人刑求取得自白或證詞一樣，產生證據使用禁止之效果呢？在這個面向上，最高法院顯然也沒有貫徹其發現真實及保障基本權的思考⁴⁶。

四、中間結論

至此可以確定，最高法院將嚇阻國家追訴機關違法取證視為證據使用禁止之理論基礎，欠缺說服力。一方面，儘管尚無法推翻（但也無法證實）其所聲稱的嚇阻效果，此一理論卻難以與法院仍

⁴⁶ 類似的問題也出現在德國通說上，因為其並未說出，為什麼光是取證行為違反人性尊嚴，還不足以例外地禁止使用所取得之證據，還必須是「極端」違反人性尊嚴才可以，更遑論要符合什麼標準才算是極端違反人性尊嚴。此一質疑已見於：Volk, aaO. (Fn. 35), § 28 Rn. 35.

負有職權調查義務的刑事程序結構相吻合，也不符合立法者已於第一五八條之四所表明之權衡立場，也與最高法院的證據禁止理論發展互相矛盾。另一方面，由此所推論出的私人違法取證原則上不發生證據使用禁止效果，也是說理不足，因為並無可靠依據足以論斷，私人與國家追訴機關的違法取證之間有嚇阻必要性的高低差別，而且嚇阻觀點也難以解釋，為何只有在私人刑求取得自白的情形，才例外禁止國家使用該證據。總結而言，最高法院在本判決所採取的嚇阻國家機關違法取證的出發點，不足以為其原則性允許、例外禁止國家使用私人違法取得之證據的立場提供實質依據。我們有必要尋求其他的說理途徑，來處理私人違法取證的證據能力難題。

參、禁止國家使用私人違法取得證據之可能依據

一、理論概述及其問題

對於私人違法取證在什麼條件下會產生證據使用禁止的效果，迄今為止的基礎理論探討仍然不足。一個公認的出發點是，刑事訴訟法的取證規定及其違反可能產生的證據使用禁止效果，都是以國家訴追機關為規範對象，不具追訴犯罪權限的私人自始就不可能牴觸刑事訴訟法的取證規定，其違反刑法的取證行為並不屬於「非自主性證據使用禁止」的範疇，充其量在例外情形時產生「自主性證據使用禁止」的效果。私人違法取證作為「自主性證據使用禁止」的類型之一雖屬共識，但是在什麼前提之下會發生證據使用禁止的效果，迄今則沒有定論⁴⁷。德國實務主張，只有當使用私人違法取得之證據將會不成比例地干預當事人受憲法基本權保障的利益時，

⁴⁷ 意見概況參考Rössner, 30 Probleme aus dem Strafprozessrecht, 2003, S. 92 ff.

禁止國家使用此一證據。此一在文獻上也獲得許多支持的看法，在論證上是著眼於國家之調查證據對於個人基本權的侵害，而不是直接將私人之違法取證行為當成產生證據使用禁止效果的原因。相對於此，有不少的文獻嘗試，直接將私人違法取證的行為當成證據使用禁止的連繫因素，只是其承認的範圍不一致。按照比較多數的看法，在私人之取證行為極端違反人性尊嚴，尤其是類似於刑求或其他嚴重侵害身體完整性手段時，應例外承認證據使用禁止的效果⁴⁸；有部分的看法則是主張，私人的取證行為也（類推）適用刑事訴訟法上關於不正訊問方法之規定（德國刑訴法第一三六條之一），在私人採取國家機關也被禁止的訊問方式時，就有證據使用禁止的效果；最為極端的看法，則是原則上或毫無例外地禁止國家使用私人違反刑法所取得的證據。

姑且不論上述主張的細節，這裡至少可以看出，在私人違法取證之證據使用禁止效果也分成兩種情況：第一種情況是，**國家使用該證據的行為**本身過度干預人民之基本權時，則禁止使用該證據。例如，在公開之審判期日朗讀私人竊取所得的被告日記，或是勘驗被害人竊錄之性愛光碟，以證實通姦事實。此時法院的調查證據行為就是一個干預被告隱私的高權行為，基於憲法對於司法權的拘束力，法院原本就只能在憲法所允許的界限內調查此一證據⁴⁹。不過，既然是著眼於法院的調查證據對於被告基本權的干預，則不論所調查的證據是國家或私人以合法手段，或私人基於非法手段而取得，都對於證據使用禁止的判斷沒有影響，法院一概要在調查證據

⁴⁸ 例如Meyer-Goßner, aaO. (Fn. 37), § 136a Rn. 3; Volk, aaO. (Fn. 35), § 28 Rn. 35; Roxin/Schünemann, aaO. (Fn. 21), § 24 Rn. 65; Hellmann, Strafprozessrecht, 2. Aufl., 2006, Rn. 477.

⁴⁹ 我國文獻上亦同者：楊雲驊，賠了夫人又折兵？，同註5，頁12。

對於當事人基本權的干預程度與公眾對於該犯罪的追訴利益之間，衡量調查證據對於基本權的干預是否能被合憲化⁵⁰。在此範圍裡，不論是否遵循德國聯邦憲法法院所發展的「層級領域理論」，在判斷證據能否被使用時，私人取證行為的不法性本身不具任何特殊意義，而是與其他取證方式一體適用相同的判斷標準。換句話說，私人違法取證在這裡並不存在特殊的問題⁵¹。

第二種情況是，在國家使用證據本身沒有造成過度的基本權干預的時候（例如：利用上述性愛光碟證實謀殺事實），直接以證據係源自於私人違法的取證行為，而禁止國家使用該證據⁵²。在這個

⁵⁰ 參考Beulke, aaO. (Fn. 1), Rn. 480; Beulke, Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garanten des Rechtsstaats und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus, Juristische Ausbildung 2008, S. 661; Eisenberg, aaO. (Fn. 7), Rn. 402; Schroeder/Meindl, Fallrepositorium zum Strafverfahrensrecht, 4. Aufl., 2004, 8/17. Eisenberg並正確地強調，被害人的刑事追訴利益，或調查行為人以便請求損害賠償的利益，在此處都不得納入衡量。

⁵¹ 已注意到此一面向者：楊雲驊，賠了夫人又折兵？，同註5，頁13。值得一提的是，楊雲驊教授似乎因為質疑層級領域理論的標準過於抽象，對於私人違法取證的問題在此範圍內純屬多餘的結論，有所保留。不過，本文認為，就法院調查證據行為是否過度干預人民基本權而言，層級領域理論充其量只是嘗試劃定隱私領域的不同保障層級，以避免一概使用比例原則判斷時的不明確性。縱使這個嘗試不算成功，也無法否定，在判斷調查證據是否已屬於不合憲的基本權干預時，重點只在調查證據對基本權所造成的干預種類及程度，而與取證手段本身合法與否無關。因此，對層級領域理論的質疑，並不足以否定私人違法取證的問題在「自主性證據使用禁止」的範圍裡不具特殊性的事實。簡言之，這是兩個不同層次的問題。

⁵² 因此，德國文獻上有將第一種情形稱為自主性證據使用禁止，而將第二種情形稱為非自主性之證據使用禁止者（Beulke, aaO. (Fn. 50), S. 661），實屬正確。相對於此，Volk, aaO. (Fn. 35), § 28 Rn. 35. 形式上將私人違法取證歸類於非自主性證據使用禁止，在內容上卻又強調其屬於自主性證據使用禁止，有自相矛盾之嫌。類似質疑亦見於：陳運財，同註8，頁33，註8。

範圍裡，私人取證的不法性才是一個真正造成證據使用禁止判斷難題的因素：一方面，國家機關雖然沒有參與違法取證，所收受的證據卻含有私人違法取證的來源瑕疵，以致於無法直截了當地肯定該證據具有證據能力。另一方面，與國家違法取證相較，固然證據也是來自於取證行為的不法性，私人取證的不法性卻不是來自牴觸刑事訴訟法，以致於也無法斷然地適用非自主性證據使用禁止的法則判斷證據能力。此一私人違法取證在整個證據使用禁止理論裡的曖昧地位，也充分地解釋了，為何文獻上認定的證據使用禁止範圍寬嚴不一，卻都比起國家違法取證時的證據使用禁止範圍來得狹窄。本文所討論的最高法院判決於私人刑求取供時，例外否定該供述之證據能力，也是如此。姑且不論其結論是否正確，我們所關心的是更基本的問題：為何私人取證的不法性僅來自於刑事實體法，卻能夠在刑事訴訟法上產生證據使用禁止的效果？此一論證關聯性如果沒有被釐清，則任何連結私人違法取證行為的證據禁止效果，可能都稱不上是有根據的主張⁵³。以下我們嘗試分析各種可能的說理路徑。

二、取徑一：可歸責或類似國家之違法取證

(一)私人違法取證可歸責於國家？

第一個可能的說理路徑，是嘗試將私人之不法取證行為解釋為可歸責於國家，將證據禁止的效果連結到國家訴追機關違反刑事訴訟法的行為。較無疑問的是，在國家機關積極運用私人為取證工具

⁵³ 也因此，王兆鵬教授嘗試從刑法及通訊保障監察法的相關規定，推論立法者全面禁止使用私人違法竊錄之證據（王兆鵬，同註8，搜索扣押與刑事被告之憲法權利，頁116以下），在國內文獻上普遍未獲得支持。相關評論詳見：楊雲驊，賠了夫人又折兵？，同註5，頁6以下；吳巡龍，同註8，頁229以下；李佳玟，同註45，頁114。

時，我們可以直接將此評價為國家的取證行為。例如，受理通姦罪告訴的檢察官，儘管已判斷可能存在通姦事實，卻不願意自行偵查，而是強烈唆使告訴人竊錄配偶與外遇對象的性行為，再將錄影帶交給他「依法辦理」。比較困難的是，在國家未以任何形式參與個別私人違法取證的情況下，如何能將此一私人行為理解為可歸責於國家的違法取證。

就此，最高法院在本判決裡提及，私人違法取證的動機通常是「對於國家發動偵查權之不可期待」與「犯罪行為本質上具有隱密性、不公開性，產生蒐證上之困窘」，有可能構成歸責於國家的基礎。因為，只要私人的告發或告訴並非純屬臆測或全然不可信而足以肯定存在初始嫌疑（Anfangsverdacht）⁵⁴，檢察官即有開啟偵查的義務（第二二八條第一項），而且為了釐清犯罪嫌疑，國家也必須依職權調查所有可能的證據，縱使系爭案件存在典型的調查困難，也應該由追訴機關運用國家資源來盡力克服。以通姦案件為例，若告訴人陳明其目擊配偶多次與女性友人出入賓館，卻沒有提出能充分證明通姦事實的證據（諸如：性交錄影、殘留體液），只要此一陳述可信，依刑事偵查經驗足以推論可能存在通姦事實，即可認定存在初始嫌疑，檢察官便有義務開啟偵查。然而，如果追訴機關針對通姦案件，以提高初始嫌疑的認定門檻來事實上科予告訴人提出通姦證據的義務，不僅等於把調查犯罪義務轉嫁給一般公民，而與法定原則的精神相牴觸，也將導致只有那些有足夠資源自己先行調查的人，才擁有提出告訴的特權⁵⁵。在此一觀察角度之下，出於上述動機所為的私人違法取證，或可被評價為可歸責於追

⁵⁴ Vgl. Meyer-Goßner, aaO. (Fn. 37), § 152 Rn. 4.

⁵⁵ 參考Eisenberg/Conen, § 152 II StPO, Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum?, Neue Juristische Woche 1998, S. 2244.

訴機關怠於履行法定追訴義務及職權調查義務。

有別於此，最高法院及部分文獻⁵⁶傾向於將國家怠於履行追訴義務，當成允許國家使用私人違法取得之證據的有利理由。其思考邏輯是：既然國家怠於釐清犯罪事實，使得私人不得已違法取證，若是禁止國家使用該證據，恐將使此一違法取證的私人不僅無法實現其追訴利益，還要額外承擔刑事責任。此一思考看似顧及被害人的利益，但是在思考出發點上忽略了縱使是告訴乃論之罪，國家追訴機關在公訴程序裡從事調查犯罪嫌疑，最終旨趣仍然是在實現公共利益，而不是純粹擔任實現被害人追訴利益的代理人。若是擔心該違法取證之私人所欲實現的犯罪追訴利益落空，就原則性地許可國家接受私人違法取得之證據，其結果無異於承認，國家可以一面怠於盡力履行人民所賦予的追訴犯罪義務，使想要追訴犯罪的私人只能甘冒刑事責任風險而違法取證，然後一面坐收漁利地利用私人違法取得之證據，以在形式上完成其追訴犯罪的任務。簡言之，在原則性允許收受私人違法取得之證據的糖衣底下，包裹著國家事實上自我解除追訴犯罪義務的毒藥。因此，真正避免被害人「賠了夫人又折兵⁵⁷」的方法，是由國家承擔起其法定的追訴義務及調查證據義務，國家怠於履行這些義務而使私人只能冒險違法取證時，不但不是支持國家使用該證據的理由，反而應該考慮禁止國家使用該證據。

剩下的問題是，我們是否能概括地將私人違法取證歸責於國家追訴機關的怠惰，使其直接適用非自主性證據使用禁止的判斷標準？按，此一歸責關係建立在兩個前提之上：第一、國家確實怠於

⁵⁶ 例如：楊雲驊，賠了夫人又折兵？，同註5，頁19以下；吳巡龍，同註8，頁234以下。

⁵⁷ 對該違法取證之人的處境的生動描述，見於：楊雲驊，賠了夫人又折兵？，同註5，頁16。

履行追訴或調查義務；第二、私人不法取證與國家違反上述義務之間至少存在因果關係，或甚至更強烈的支配關係。這二個前提在適用上卻極為困難。因為，在現實上不少的私人違法取證行為，都是在檢察官得知犯罪嫌疑之前就已經實施，此時很難將其歸責於國家怠於履行追訴義務。以通姦案件而言，就算告訴人的違法取證，是來自於追訴機關普遍對此種案件消極被動的印象，這種結構性怠惰可能尚難以被評價為違反追訴義務。因為，刑事追訴機關怠於訴追具體或是特定類型的犯罪，成因可能極其複雜：上自刑事立法擴大入罪化的趨勢、工業社會裡犯罪數量的激增，下至刑事追訴機關內部的追訴政策擬定及人事績效制度等，為了避免其動輒承擔無故不追訴犯罪的刑事責任風險（刑法第一二五條第一項第三款），仍應賦予其就追訴犯罪與否及次序享有一定程度的裁量空間。除此之外，如果將歸責所必要的因果關係做過於寬鬆的認定，而將私人基於此種印象從事的違法取證歸責於國家，有可能使國家在窮其有限資源履行其追訴義務之際，又必須廣泛地承擔私人主動違法取證的後果，導致刑事司法的功能難以維持。上述考量因素，針對開啟偵查之後才實施的私人違法取證，也同樣適用。因此，儘管理論上不排除將私人違法取證歸責於國家不作為的可能性，但是考慮其承認的現實後果易於造成刑事追訴體系的運作困難，甚至使國家與私人行為界限更進一步模糊，本文傾向於否定此一不作為歸責型態的適用。在此態度底下，將私人取證概括地歸責於國家不作為的說理途徑，難以證立禁止國家使用該證據的必要性。

（二）刑事訴訟之取證規定對私人有拘束力？

第二個可能的說理路徑，也是使用「非自主性證據使用禁止」的思考，但是藉由將私人納入刑事訴訟之取證規定的規範對象，使其適用與國家取證相同的證據使用禁止標準。在德國文獻上，這個

看法特別被運用在私人以強暴、脅迫等不正方法取得被告或證人之供述的情形，主張將不正訊問禁止條款（德國刑訴法第一三六條之一；相當於我國第九十八條）類推適用於私人的探問行為。其理由主要是：首先，本規定的根本精神在於尊重受訊問人人性尊嚴的憲法要求⁵⁸，此一受訊問人在憲法上所享有的地位，對於私人也有直接的拘束力；其次，不正訊問手段對於供述的任意性及真實性的負面影響，並不會因為是由國家或私人所為而有分別⁵⁹；最後，若非如此，特別在國家的調查活動沒有進展時，反而有轉而以不受控制的私人取證來代替國家取證的危險⁶⁰。肯定類推適用的最主要意義在於：一旦私人以不正方法獲取被告自白時，法院也可以援用絕對證據使用禁止的條款，以排除自白的證據能力。

相較之下，私人探問取得被告供述是否直接適用我國第一五六條第一項，則容有討論空間。從該條文的文義並未限制適用的行為主體，體系上也是規定在第十二章「證據」的通則，早期最高法院判例⁶¹也排除被告因「第三人」施用不正方法之自白的證據能力等來看，似乎本條之適用範圍也及於私人使用不正方法取得被告自白⁶²。不過，將第三人納為適用對象，將明顯牴觸本條所例示之「違法羈押」手段，因為此一不正方法只可能由國家機關為之。除此之外，其餘的不正訊問方法均被立法者在第九十八條規定為「訊問被告」時所禁止的手段，而無論採取形式或實質的訊問概念，都

⁵⁸ Roxin/Schünemann, aaO. (Fn. 21), § 25 Rn. 14.

⁵⁹ 例如Joerden, Verbotene Vernehmungsmethoden-Grundfragen des § 136a StPO, Juristische Schulung 1993, S. 928.

⁶⁰ Gössel, Strafverfahrensrecht, 1977, § 23 B II c; Jahn, aaO. (Fn. 21), S. 103.

⁶¹ 最高法院28年上字第2530號判例。

⁶² 吳巡龍，同註8，頁40以下。反對見解：楊雲驊，賠了夫人又折兵？，同註5，頁4；林鈺雄，刑事訴訟法上冊（總論篇），同註38，頁593。

不可能包含不可歸責於國家的私人探問；在此角度下，可將第一五六條視為違反第九十八條的絕對證據使用禁止規定。既然後者僅適用於國家訊問，則後者的適用範圍應作相同解釋。其實，肯定見解也只將適用範圍擴及私人之強暴、脅迫取得自白的情況，並未窮盡其文義及體系解釋的空間，這顯示出私人探問不可能與國家訊問適用相同標準。因此，有比較強烈的理由支持，立法者並無將私人探問納入第一五六條規範對象的意思。

然而，從**尊重人性尊嚴及擔保供述任意性**的兩項立法目的來看，私人與國家的違法取供有其相似之處，所以似乎存在類推適用的必要性。儘管如此，要將上述證據取得與使用禁止的規定類推適用於私人，在方法論上仍應進一步考慮，立法者在這裡僅以國家追訴機關為規範對象，是否屬於違反規範計畫的法律漏洞。若非如此，類推適用將不當地牴觸立法裁量的結果。就此，立法者在第九十八條及第一五六條的文義及體系上以國家追訴機關為對象，應是基於受訊問人在面對國家追訴機關之際，容易因為公權力的行使而難以自主決定是否陳述，甚至誤認有自證己罪的義務。因此，本條規定僅以國家追訴機關訊問被告為規範對象，而將私人排除在適用範圍之外，顯然是出於個人權利在國家與個人的隸屬關係裡有較高的保護需求的考慮。此一差別對待的考量，也表現在立法者對於國家取得被告供述有更高的要求之上：除了強暴、脅迫的手段之外，國家額外地被禁止以詐術或承諾不法利益的方式訊問被告及證人；相對於此，私人以詐欺的方法騙取被告或證人的陳述，或是以承諾不法的利益來誘使被告或證人的陳述，在刑法上並不被禁止。若是將本條規定類推適用於私人探問，反而可能使得私人合法的保全證據手段也被剝奪。縱使我們將類推適用的範圍，限制在私人的取供

已經構成刑法上的犯罪的情形⁶³，仍然無法迴避下述質疑：私人取供被排除在第一五六條的文義之外，是立法者價值決定的結果，縱使是部分地類推適用，也有不當僭越立法裁量結果的嫌疑。基此，通說否定第一五六條類推適用於私人的詢問行為，實屬正確⁶⁴。

三、取徑二：禁止國家收贓

儘管肯定類推適用的結論不值得接受，其所提出的最後一個論點，卻開啟了建構私人不法取證之證據使用禁止的另一個面向：若允許國家收受私人違法取得之供述證據，將存在放任或助長私人違法取證的危險。這個論點不同於尊重人性尊嚴與確保供述任意性之處在於，其不再將證據使用禁止的連繫因素置於私人取證與國家取證的類似性上，而是將眼光轉換到國家「事後收受」私人違法取得之證據本身可能的副作用。這個觀察角度甚至在部分的文獻中，被援用為原則性禁止使用私人違法取得之證據的依據：若是國家一方面以刑罰制裁私人違法取證的行為，另一方面卻接受私人自願提出之證據作為裁判基礎，使自己宛如私人違法取得證據之「收贓者」，不論是從社會大眾及被告的角度來看，可能足以動搖刑事程序及有罪判決之正當性⁶⁵。

然而，此一「禁止國家收贓」的概括命題並未指出，為什麼在國家自己沒有違法取證的情況下，只是收受私人違法取得的證據就足以動搖刑事程序的正當性。因為，我們也可以反過來認為，法律

⁶³ Jahn, aaO. (Fn. 21), S. 103.

⁶⁴ 詳細分析，參考楊雲驊，賠了夫人又折兵？，同註5，頁4以下。

⁶⁵ 參考Schroeder, aaO. (Fn. 23), 133; Joerden, aaO. (Fn. 59), S. 928。此一思考在我國的部分地方法院判決裡曾經被援用過：士林地方法院86年度易字第2836號刑事判決、87年度易字第1784號刑事判決。判決全文詳見：林鈺雄主編，新學林分科六法——刑事訴訟法，頁D-30以下、頁D-35以下，2006年9月5版。

的理念在這種情況下所要求的，應該是追訴所有的犯罪來回復法和平⁶⁶，如果國家只是因為一個國民違法取得該證據，就被阻止使用它來實現其對另一個國民的刑罰權，恐怕也無法符合社會大眾對於刑事程序確保法秩序效力的期待。所以，禁止國家收贓的命題需要更具體的理論基礎。

(一)延續或加深干預個人權利？

就此，我們或可連結刑法學上有關禁止收受贓物的討論⁶⁷，從中獲得禁止國家使用私人違法取得之證據的具體理由。比較普遍的看法認為，刑法禁止收受贓物，是為了避免前財產犯罪之被害人無法回復合法財產狀態，或是反面來說，若不禁止收受贓物，將會加深或延續前行為所創造的違法財產狀態⁶⁸。若是沿用此一思考，則禁止國家使用私人違法取得之證據的理由，應該在於國家的使用行為將會加深或延續違法取證行為對於個人權利的干預，無論違法取證之對象是被告或第三人。例如，告訴人竊錄配偶與他人的性愛過程後，若是由法院在審判期日當庭勘驗此錄影帶，將無異於再度侵害通姦罪被告的隱私。

不過，此一說法並無法適用於所有國家使用私人違法取得之證據的情況⁶⁹。舉例而言，私家偵探甲為了掌握乙侵占公款的內幕，

⁶⁶ 參考Otto, Die strafprozessuale Verwertbarkeit von Beweismitteln, die durch Eingriff in Rechte anderer von Privaten erlangt wurden, in: Gössel/Kaufmann (Hrsg.), Strafverfahren im Rechtsstaat: Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag, am 18. August 1985, S. 338.

⁶⁷ 詳細檢討，參考王效文，贓物罪的處罰理由、構成要件與修正建議，月旦法學雜誌，145期，頁246以下，2007年6月。

⁶⁸ 僅參考Stree, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 27. Aufl., 2006, § 259 Rn. 1.

⁶⁹ 就此而言相同的看法：楊雲驊，賠了夫人又折兵？，同註5，頁7。

侵入乙的親信丙的住家竊走已製作的真正帳冊。此時，甲所實施的取證行為儘管違法侵害了丙的居住安寧，此一侵害在甲離開丙宅之際就已經結束，國家使用該帳冊的行為並不會加深對住宅安寧的侵害。又例如，甲是入宅以身家性命要脅丙，命其寫下乙的侵占公款始末之後，將此一文件交由委託人告發乙的犯罪。此時，甲的取證行為雖然侵害了丙的意志自由，但是在其停止威脅之後，此一侵害並不會因為國家朗讀該文件而被延續或加深。除此之外，若貫徹此一思考，在不會加深私人違法取證行為所造成的法益侵害狀態時，就應該允許國家使用該證據。其極端的結果將是：若告訴人是自行竊錄他人的性愛過程，則法院勘驗該錄影帶的行為將延續告訴人對他人隱私的侵害，故證據不得使用；然而，若是告訴人是殺害配偶的外遇對象，奪取外遇二人自拍的性愛光碟，則法院勘驗該光碟固然一樣是侵害他人隱私，卻因為告訴人對於生命法益的侵害不可能被延續，仍然被允許。這明顯是一個價值判斷上失衡的結論，因為違法取證的私人可以藉由選擇更惡劣的取證手段，以達成容許國家使用該違法取得之證據的目的。因此，使用該證據將加深或延續取證行為所干涉的基本權利，不足以成為禁止使用私人違法取得之證據的理論基礎。

(二)鼓勵私人違法取證？

在刑法文獻上也逐漸流行一種看法，認為禁止收受贓物不是為了確保被害人能回復其財產狀態，而是為了抑制收受贓物對於他人從事財產犯罪所產生的激勵效果，以保護不特定的財產法益免於抽象危險⁷⁰。將此一思考沿用於禁止國家使用私人違法取得之證據，

⁷⁰ 黃榮堅，刑罰的極限，頁238，1999年4月。

其實質理由將成為**避免鼓勵私人違法取證**⁷¹。前述肯定將不正訊問規定類推適用於私人的最後一個理由，也表達了相同的實質意思。

表面上看起來，以避免鼓勵私人違法取證作為禁止國家收贓的實質依據，似乎是為私人取證的不法性與證據使用禁止之間，提出有別於國家違法取證之證據使用禁止的論證基礎。因為，其雖然與上述的「嚇阻警察違法偵查」觀點一樣，都是訴諸於證據使用禁止的一般預防效果，但是目標在於嚇阻私人違反實體刑法，而不是嚇阻國家追訴機關違反刑事訴訟法。儘管如此，所遭遇的根本難題是相同的：以證據使用禁止嚇阻私人違法取證的必要性與正當性在哪裡？

首先，私人違法取證的嚇阻必要性本身固然無庸置疑，問題關鍵卻在於，除了既有刑事責任的嚇阻效力之外，是否有必要藉由證據使用禁止達成額外的嚇阻效果。文獻上有主張，私人經常是在沒有其他方法實現刑事追訴利益之下，為了獲得在訴訟上可被使用的證據方法，而大幅減低遵守刑法禁止規範的意願，所以只有不使用違法取得的證據，才能發揮充分的一般預防功能⁷²。此一考量雖然合理，卻無法作為肯定證據使用禁止的充分理由。因為，取證動機固然會減弱私人遵守刑法規範的意願，但是在取證利益的重要性已經足以構成正當防衛、緊急避難等阻卻違法事由時，自始就不存在強化遵守刑法禁止規範的必要性；而在取證利益的重要性尚不足以發揮阻卻違法效力時，迄今也沒有證據顯示，跟其他犯罪動機比較起來，刑法禁止規範的一般預防效力特別因為取證動機而被弱化，以致於必須額外禁止國家使用該證據予以補強。退一步言，縱使我

⁷¹ 例如：Joerden, aaO. (Fn. 59), S. 928.

⁷² Rogall, in: Rudolphi u. a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, 4. Aufl., 2010, § 136a Rn. 13.

們暫時接受刑法禁止規範效力特別被弱化的前提，證據使用禁止也不是唯一的補強方式，因為立法者也可以透過增訂特別（加重）構成要件，或是重新安排刑事制裁體系等方式⁷³，而刑事追訴機關也可以藉由調整追訴政策的方式，排除刑法禁止規範效力在特定領域不足的缺點。

其次，在諸多補強刑法規範效力的選項裡，證據使用禁止也不是最佳方案。因為，貫徹避免鼓勵私人違法取證的說法，將導致只要私人的取證行為在實體法上不具正當性，不管是以強盜殺人、竊錄、脅迫逼供的方式，也不管其情節的輕重，在訴訟法上就必然或至少原則性地產生證據使用禁止的效果。然而，此一結果難以與國家追訴機關發現真實的義務相符合，因為我們無法解釋，為什麼只是為了強化對他人犯罪行為的制裁，就必須限制國家釐清另一犯罪嫌疑事實的可能性。除此之外，絕對或原則禁止使用私人違法取得之證據也可能導致，國家與私人在蒐集證據時必須相互競爭：如果國家蒐集證據的行動是在私人調查之後才展開，則私人違法蒐集的證據就自始被排除在國家可以使用的範疇之外，甚至於私人為了包庇被告，可以刻意藉由違法蒐證的舉動，以阻止國家使用該不利於被告的證據；若是為了避免此一後果，國家追訴機關只能被迫比私人更早從事證據蒐集⁷⁴。此一後果在刑事政策難以被接受，因為在國家追訴資源有限的現狀下，此種負面的蒐證競爭不利於刑事司法功能的維持。

(三)違反法秩序一體性或阻礙刑法秩序的實現？

至此為止可以確定，刑法學上禁止收受贓物的基礎思考，無助

⁷³ 參考Godenzi, Das strafprozessuale Verbot staatlicher Beweismittelhehlerei: Königsweg oder Luftschloss?, Goltdammer's Archiv für Strafrecht 2008, S. 512.

⁷⁴ Godenzi, aaO., S. 509.

於為禁止國家使用私人違法取得之證據提供理論基礎。不過，如果跳脫贓物罪的規定，透過證據使用禁止以抑制私人違法取證，有可能在比較抽象的理念層次上取得一致。

首先，在「禁止國家收贓」的立場背後，有可能隱含了「法秩序的一體性」的要求，認為不應該一面承認取證行為違反刑法，又一面承認違反刑法所取得的證據在刑事訴訟法上仍屬合法。只是，所謂「法秩序的一體性」並不要求各個法領域對於相同行為做出相同的違法性判斷，因為整體法秩序下的每個法領域各有其功能，其違法性判斷的對象也就有所不同，除非法秩序一體性的訴求本身同時也要抹殺各法領域的獨立功能，否則就必須接受各法領域有不同違法性判斷的結果⁷⁵。具體來說，在私人違法取證的情況，刑法對於取證行為的違法性評價，是針對取證者（例如：被害人或私家偵探）侵害刑法所保護的法益所為，而國家合法使用違法取得之證據，則是在保障被告基本權利與維持刑事司法功能的衝突之下所做成的判斷。這個基於刑法與刑事訴訟法的功能分殊所得出的不同違法性判斷，難以認為其有違「法秩序一體性」的要求⁷⁶。

儘管如此，在強調刑法與刑事訴訟法功能各自獨立的同時，也無法否認二者之間具有補充關係：刑法規定只有在刑事程序所允許的範圍內才能被實現，而刑事程序規定的安排也只有在其以實現刑法為目標時，才能令人滿意⁷⁷。換句話說，刑事程序雖然具有獨立於刑法的意義，但是其運作的結果仍然應該要能有助於達成刑罰的目標，尤其是對公眾擔保刑法所保護的行為規範的效力。如果國家

⁷⁵ 國內文獻稍微詳細的討論，參考薛智仁，論人工流產同意權（下），台灣本土法學雜誌，49期，頁176以下，2003年8月。

⁷⁶ 相同結論：楊雲驊，賠了夫人又折兵？，同註5，頁7以下；吳巡龍，同註8，頁227。

⁷⁷ Roxin/Schünemann, aaO. (Fn. 21), § 1 Rn. 13.

一手以刑罰制裁違法取證的竊盜行為，另一手卻在訴訟上使用竊盜所得之證據，將很難再毫無矛盾地向公眾宣稱，他對於竊盜行為始終保持禁止的態度；唯有國家在訴訟上也同時禁止使用私人竊盜所得之證據時，才能算是真正貫徹刑法宣示禁止竊盜的立場，此一刑事程序才有助於實現刑罰的目的⁷⁸。依此，禁止使用私人違法取得證據之目的，就在於實現刑罰的一般預防功能。

此一觀點雖然從刑事程序實現刑法秩序的功能出發⁷⁹，但其所謂實現刑罰的一般預防功能的精確意思，仍有待討論。若是刑罰的一般預防功能，是針對具體取證行為所違反的特定刑法行為規範而言，則其所表達的意思，與禁止國家收贓的第二個涵義（嚇阻私人違法取證）實質上並無差異，批評已如前述。若是所謂實現刑罰的一般預防功能，是針對更抽象的整體刑法秩序而言，也無法推導出原則性禁止使用私人違法取得之證據的結論。因為，一個具體的刑事程序的核心功能，在於釐清被控訴的犯罪嫌疑存在與否，只要每個具體的刑事程序各自都達成此一目標，就會間接地促成整體刑法秩序的實現。依此，法官沒有必要在釐清所控訴的犯罪嫌疑存在與否時，額外考量使用被告以外之人違法取得之證據，是否會阻礙國家對其實現另一刑法禁止規範的效力，並且於必要時，在釐清本案犯罪嫌疑上全面或部分地自我退讓。相反地，在刑事追訴仍受法定

⁷⁸ 此一方向的思考，參考Müssig, Beweisverbote im Legitimationszusammenhang von Strafrechtstheorie und Strafverfahren, Goltdammer's Archiv für Strafrecht 1999, S. 138 f.

⁷⁹ 國內文獻上對於所謂「法規範一致性」或「法秩序一元說」的重要批評，在於其忽略實體法與訴訟法的功能區別。然而，縱使是主張這個立場的人，也強調在論證上不應該直接從取證違反刑法的規定，就自動肯定其於刑事程序上有證據使用禁止的效果，而是基於刑事訴訟法本身的具有實現刑法的規範訴求的功能，賦予私人不法取證的證據使用禁止效果，參考Müssig, aaO., S. 138.

原則的支配之下，他有權也只能假設，私人違法取證的行為會在另一個具體的刑事程序中被追訴，取證行為所違反的刑法禁止規範，將會透過此一途徑實現其效力。這裡可以看出，任何企圖以證據使用禁止來實現整體刑法秩序的說法，最終仍然是建立在沒有依據的假設之上：既有的刑事制裁規範不足以發揮嚇阻效果，此一缺陷只能以承認證據使用禁止來加以克服。如前所述，這不是有說服力的論證。

除了上述較為根本的批評之外，以證據使用禁止來追求實現刑法秩序的說法，也有理論不一貫之處。一方面，若是以最佳地實現整體刑法秩序為目標，則私人違法取得之證據是否應該禁止使用，只能考量系爭刑事程序裡衝突的具體行為規範的重要性，依衡量結果來決定⁸⁰，而不是如同其所主張的，完全排除私人違法取得之證據。因為，在禁止使用違法（例如：竊盜）所得之證據，以實現竊盜罪之行為規範的同時，卻也使法院釐清（例如：背信）犯罪嫌疑時可資運用的證據方法減少，可能導致背信罪的行為規範難以在系爭程序裡實現。法官只能衡量竊盜罪與背信罪在個案的相對重要性，來決定是否禁止使用該證據。另一方面，若是堅持完全排除私人違法取得之證據，則邏輯一貫的結果，國家追訴機關違反刑事訴

⁸⁰ 在這個角度底下，取證行為所違犯的犯罪與該證據所欲證明的犯罪的刑度差距，對於證據使用禁止的判斷就有其意義。因為，法定刑的高低原則上反應了立法者對於各該行為規範重要性的評價，一旦所欲證明的犯罪法定刑越低，而取證所違犯的犯罪法定刑越高，則法院越是應該禁止使用該違法取得之證據，以避免系爭程序無法最佳地實現刑法秩序。依此觀點，應該禁止法院使用告訴人竊錄之錄音帶來證明配偶之通姦事實，因為通姦罪（刑法第239條）的刑度比竊錄罪（刑法第315條之1）為低。文獻上有從禁止使用私人違法取得之證據的基礎在於國家保護義務的履行，否定此一刑度差距的意義，參考楊雲驊，賠了夫人又折兵？，同註5，頁17以下。就此，詳見下述討論。

訟法所取得之證據，也應該一概禁止使用⁸¹。因為，當刑事追訴人員逾越刑事訴訟法之授權進行取證時，其搜索、扣押等取證行為通常也將欠缺阻卻違法事由而構成犯罪，國家使用此種證據所做成的判決，也難以實現刑法秩序所宣示的價值⁸²。然而，迄今為止，並無人主張也應該一律禁止使用國家違法取得的證據。

四、取徑三：履行國家保護基本權的義務

文獻上有訴諸於國家對基本權的保護義務，以禁止使用私人刑求取得之供述。其思考脈絡是：原則上，憲法所保障的基本權（包括人性尊嚴⁸³）僅於國家與個人之間發生效力，無法直接適用於私人之間⁸⁴。因此，私人之違法取證行為的受害人，不得直接訴諸於憲法基本權的規定，請求該取證的私人排除基本權的侵害。儘管如此，由於基本權本身也體現了憲法的價值秩序，此一價值秩序也影響私人之間的法律關係。基於此一基本權之間接第三人效力，國家負有保護個人的基本權不受私人干預的義務⁸⁵。在被告遭到私人刑求而自白時，國家應該以禁止使用該自白的方式，履行此一保護基本權的義務⁸⁶。在此一出發點上，對於國家在多大範圍之內不得使

⁸¹ 正確的評論已見：李佳玟，同註45，頁114。

⁸² 因此，在德國文獻上也有學說認為，排除國家違法取得之證據的功能在於實現刑法的一般預防功能，詳見Dencker, aaO. (Fn. 15), S. 61 ff.

⁸³ 關於人性尊嚴不只是憲法基本原則，同時也具有基本權性質，參考Hufen, Staatsrecht II Grundrechte, 2. Aufl., 2009, § 10 Rn. 12.

⁸⁴ 詳見Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 22. Aufl., 2006, Rn. 175 ff. 但是有主張人性尊嚴的要求也直接適用於私人之間者，如Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 9. Aufl., 2007, Art. 1 Rn. 3.及其所引文獻。

⁸⁵ 參考Hufen, aaO. (Fn. 83), § 7 Rn. 9.

⁸⁶ 此一方向的思考：楊雲驊，賠了夫人又折兵？，同註5，頁14以下；Rogall,

用私人違法取得之證據（個案衡量、原則——例外、全面禁止），才算是滿足了此一保護義務的要求，意見則是相當分歧⁸⁷。這裡我們不打算檢討這些分歧的細節，而是要指出這些意見的共同出發點所存在的疑義。

第一個疑義在於，基本權的間接第三人效力是否能作為否定私人違法取證之證據能力的依據？在憲法學裡，基本權間接第三人效力的難題通常是發生在私法關係的司法調整上。在私法關係裡，國家儘管信賴個人之間會透過自由的意思表示合致，來保護自己的基本權，藉此達成利益的均衡，但是也必須承認，在私法關係裡存在交涉力量的差距，個人的自由有可能受到其他私人的威脅，有保護其基本權的必要性。但是，德國聯邦憲法法院認為，在私法關係中，憲法基本權的權利內涵，係以各該法領域裡所存在的規定為媒介，例如民法上的誠實信用原則或善良風俗等概括條款，或其他有待解釋或有補充必要性的法概念，間接地對各該法領域發揮影響力⁸⁸。從這個角度來看，由於刑事訴訟法的規定在體系及文義上都是以國家追訴機關的取證行為為對象，並不存在任何明文的規定，足以成為基本權的權利內涵發揮影響力的媒介，以資規範違法取證者與訴訟參與者之間的法律關係。換句話說，刑事訴訟法欠缺基本權發揮第三人效力的媒介，故法院無法據以承認私人違法取證之證

aaO. (Fn. 72), § 136a Rn. 13.

87 學說整理 Gleß, in: Erb u. a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 26. Aufl., 2007, § 136a Rn. 12 mit Fn. 49; Wölfl, Die strafprozessuale Bedeutung von Rechtsverstößen bei der Beweismittelbeschaffung durch Privatpersonen, Juristische Arbeitsblätter 2001, S. 505.

88 BVerfGE 7, 198 (206); BVerfGE 73, 261 (269); 文獻上持相同見解者 Hufen, aaO. (Fn. 83), § 7 Rn. 9; Pieroth/Schlink, aaO. (Fn. 84), Rn. 181.

據使用禁止效力⁸⁹。

第二個疑義在於，就算我們認為，憲法基本權規定也可以在缺乏媒介性的法律規定下發揮間接第三人效力，進而肯定國家有義務保護個人不受其他私人之違法取證行為的侵害，也未必能肯定證據使用禁止的必要性。因為，對於被取證行為侵害的基本權，國家已經透過強制罪、竊盜罪、侵入住宅罪等刑罰構成要件予以保護，既然國家都已經動用刑法這個最後手段，那麼在基本原則上大概很難說，如果國家沒有禁止使用因此所取得的證據，就是違反了保護義務。

為了解決這個難題，部分文獻主張，唯有透過證據使用禁止才能充分發揮刑法禁止規範的一般預防功能⁹⁰。不過如前所述，刑罰效力特別在私人基於取證目的而犯罪的情形特別被弱化，並不是一個有實證依據的說法，而證據使用禁止也未必具有所宣稱的威嚇效果及正當性。就此而言，訴諸於國家保護義務的說法，論其實際只是「避免鼓勵私人違法取證」的另一種說詞而已。國內文獻上則有認為，在私人使用強暴、脅迫或其他刑求、不人道方式施壓取得證據時，已經侵害被告的人性尊嚴及違反不自證己罪原則，可認為刑法的處罰已不足以保障被告的法益，若使用該證據將違反憲法保障義務的要求⁹¹。此一看法的疑慮在於：一方面，暴力或非人道取證手段未必侵及被告人性尊嚴及不自證己罪特權，諸如黑道成員強迫唯一的目擊證人做出不有利於敵對幫派首腦的證詞、長期拘禁某一企業的會計人員以迫使其交出帳簿以證明特定董事背信之犯罪嫌疑等，其取證時的施暴對象並非被告本身，亦與被告之不自證己罪特

⁸⁹ Godenzi, aaO. (Fn. 73), S. 510 f.

⁹⁰ Rogall, aaO. (Fn. 72), § 136a Rn. 13.

⁹¹ 楊雲驊，賠了夫人又折兵？，同註5，頁19。

權無關。另一方面，縱使是在私人對被告刑求自白的情形，也難以認為刑法對於人性尊嚴及不自證己罪特權之保護已有所不足。因為，從刑法第一二五條第一項對於意圖取供而施強暴、脅迫之公務員的加重處罰可以看出，不僅立法者已經考量到，刑事被告之人性尊嚴及不自證己罪特權具有較高的保護必要性，而且也已經在此認知下決定，此一特殊的保護必要性只存在於個人與具有追訴犯罪職權的公務員之間，而不存在於個人之間。由於立法者享有對基本權保護範圍的優先判斷空間，刑事法院並無透過禁止使用該證據予以補充保護的餘地，否則將有違立法裁量的結果。因此，迄今為止的看法無法證立，必須額外以證據使用禁止來履行國家保護基本權的義務。

五、取徑四：國家無法合法取得該證據之假設

在上述觀點均無法圓滿解釋私人違法取得證據之證據使用禁止效力之下，我們基本上可以認為，私人違法取得且自願移交給國家的證據，從國家的立場來看，屬於其未違反任何程序規定之下所取得的證據方法。然而，若是允許國家使用該證據，將等同於承認，國家追訴機關可以因為偶然的私人違法取證而免除自行取證的必要性。因此問題是：是否有任何規範上的理由，應該禁止國家從這個偶然的證據情況中獲利？

對此，德國文獻上有依循瑞士聯邦最高法院之立場主張，私人違法取得之證據，**如果是國家追訴機關無法依法取得者，則一律不得使用**。其理由主要是：從整體刑事訴訟法的取證規定來看，立法者已經確定了國家機關在發現真實時所享有的證據方法的「配額」，同時也是界定了國家不得用來調查事實的證據方法。因此，就算事實上存在可資使用的證據方法，一旦此一證據方法屬於依據國家取證的授權規定所無法取得者，就已經超出刑事訴訟上的證明可能性

的射程及界限。如果國家不願意自相矛盾地否定其於刑事訴訟法所表達的規範構想，就必須否定偶然獲得之證據的可使用性。至於在國家偶然取得私人合法取得之證據的情形，由於刑事訴訟法自始就不禁止私人自行保全證據，甚至被視為對國家調查活動的補充而受到歡迎，故國家仍得使用該證據⁹²。

不過，此一看法仍有待商榷。首先，按照目前公認的看法，追訴機關縱使違反了刑事訴訟法的取證規定，其所取得之證據並非當然不能使用。只要此一立場沒有被推翻，國家在刑事程序裡可資使用的證據，就可能包含了其依法無法取得之證據在內，因而超出取證規定所劃定的射程與界限。在此前提下，此一見解很難解釋，為何同樣都是國家原本無法合法取得之證據，一方面在國家自行故意或過失違反取證規定時部分地（甚至是大多數情況下）允許國家使用，另一方面只是因為該證據是私人違法取得就全面禁止國家使用。畢竟，從立法者藉由限制國家取證活動來保障人民基本權利的出發點來看，國家自行違反取證規定的可非難性，恐怕遠遠超過其單純收受私人違法取得之證據，在證據的可使用性上對前者寬鬆而對後者嚴格，是在價值判斷上輕重失衡的處置方式。其次，此一見解對於同樣屬於國家偶然取得的證據，依據其係來自私人合法或非法取得而做區別待遇，所提出的理由也欠缺說服力。因為，我們從刑事訴訟法的取證規定只能得出，立法者對於國家追訴機關取證手段的限制，但是立法者對於國家可否收受私人取得之證據，則未於任何地方表達其立場。所以，要說刑事訴訟法樂見私人合法保全證據，而不樂見私人非法保全證據，其實缺乏依據。最後，此一標準在實際上是否具有可操作性，也值得懷疑。因為，究竟國家是否可能合法取得該證據的假設性判斷，其判斷結果大幅取決於所設定的

⁹² 參考Godenzi, aaO. (Fn. 73), S. 514 f.

假設性條件的抽象程度。以私人脅迫取得之被告供述為例，若是將假設條件設定為「國家可否脅迫被告供述？」，那麼很清楚的，依據第一五六條的規定，追訴機關無法合法取得該供述。但是，如果僅將假設條件設定為「國家可否取得被告之供述？」，那麼也很清楚的，國家原本就可以合法傳喚被告，以訊問取得內容相同的供述。問題是，究竟應該以何種條件作為假設性判斷的基礎，可能難以找出一個具有說服力的規範性基準。綜上所述，此一國家是否能合法取得證據的假設性判斷，並無法為禁止使用私人違法取得之證據提供論據。

六、中間結論

至此可以確定，私人取證的違法性並無法證立國家不得使用所取得之證據。在證據使用禁止的體系裡，所謂私人不法取證之證據使用禁止難題，只要依照自主性證據使用禁止的原則判斷即可⁹³。而在此範疇裡，證據使用禁止之判斷只取決於調查證據所干預的基本權是否存在合憲性事由，私人取證的違法性對此一合憲性判斷不具意義。

在此一立場之下，對於私人不法取證常出現的二種類型的證據使用禁止，初步應依下述觀點判斷：不論是私人違法錄音、錄影或以強暴、脅迫等方式取得之被告或證人供述，完全不必考量取證的違法性、違法的重大性、是否有反覆實施的危險等，縱使是以違反人性尊嚴的方式所取得之證據（例如：殺人奪取關鍵證物），也不能立刻以取證違法而排除其證據能力。真正要衡量的因素是：調查該錄音、錄影或供述證據對於隱私領域、不自證己罪特權等的干預程度，是否已經重大到無法以所追求的追訴利益予以正當化。在此

⁹³ 結論相同：林鈺雄，刑事訴訟法上冊（總論篇），同註38，頁593。

衡量的基準之下，私人強暴、脅迫取得被告自白時，國家若使用此一類似刑求之自白，將形同再度干預被告不自證己罪之特權，此一現代刑事程序所應遵守的根本價值，無法以任何追訴重大犯罪的利益而被相對化。又例如，在通姦罪案件裡，國家透過調查盜攝之他人性交錄影，所干涉的可能屬於人類生活裡最核心的隱私領域，此一干預原則上無法以追訴通姦罪的公共利益被正當化。簡言之，在此範圍裡所應進行的利益衡量，應依據憲法學上基本權干預的合憲性審查程序進行⁹⁴，而不是類推適用第一五八條之四的概括條款，否則有存在納入不相關衡量因素的危險⁹⁵。

肆、結 論

依據上述討論，以證據使用禁止來追求嚇阻警察違法取證的目標，在美國法上有其當事人進行主義的基礎，這個觀點卻與仍受職權調查原則支配的刑事程序不相容，也無法解釋現行法的證據使用禁止規定。因此，未來在第一五八條之四的解釋適用上，不宜將嚇阻違法取證必要性當成獨立的考量因素，否則法官只能在個案裡恣意地認定嚇阻必要性，徒增證據使用禁止與否的不確定性。既然此一觀點於證據使用禁止的判斷無關，最高法院以此為出發點而原則性地肯定私人違法取得之證據的證據能力，也喪失理論基礎。

基此，禁止國家使用私人違法取得之證據，必須另尋理論基礎。就此，在法院調查證據仍應謹守憲法的基本權保護界限的前提下，私人取得的證據無論合法與否，只要使用該證據對於當事人的基本權干預不存在合憲性事由，就應禁止使用，私人取證之違法性

⁹⁴ 審查步驟，參考林鈺雄，刑事訴訟法上冊（總論篇），同註38，頁591。

⁹⁵ 不同見解：李佳玟，同註45，頁114；陳運財，同註8，頁47。

在此判斷裡不具特殊意義。至於要在此範圍之外，基於私人取證的違法性而創設證據使用禁止的效果，則無論從可歸責或類似於國家之違法取證、禁止國家收贓、履行基本權之保護義務或國家不可能合法取得該證據等觀點，都不具說服力。在此角度底下，不管私人是以類似刑求方式取得被告或證人供述，或是從事違法錄音、錄影，均不應以取證行為的違法性或重大違反人性尊嚴為否定證據能力的理由，而是應該全面回歸自主性證據使用禁止之合憲性判斷。

參考文獻

一、中 文

1. 王士帆，不自證己罪原則，政治大學法律學研究所碩士論文，2005。
Wang, Shih-Fan, Privilege against Self-Discrimination, Master's Thesis, Graduate Institute of Law, NCCU, 2005.
2. 王兆鵬，刑事被告的憲法權利，1999。
Wang, Jaw-Perng, The Criminal Defendant's Constitutional Rights, 1999.
3. 王兆鵬，搜索扣押與刑事被告的憲法權利，2000。
Wang, Jaw-Perng, Search and Seizure and the Criminal Defendant's Constitutional Rights, 2000.
4. 王兆鵬，新刑訴·新思維，2004。
Wang, Jaw-Perng, New Criminal Procedure and New Thinking, 2004.
5. 王效文，贓物罪的處罰理由、構成要件與修正建議，月旦法學雜誌，145期，頁246-256，2007。
Wang, Hsiao-Wen, On the Punishable of Offenses Relating to Loot, Elements and the Suggested Amendment, Taiwan Law Review, no. 145, pp. 246-256, 2007.
6. 朱石炎，刑事訴訟法論，2007。
Chu, Shih-Yen, The Code of Criminal Procedure, 2007.
7. 李佳玟，在場人錄音之證據能力（下），台灣法學雜誌，118期，頁110-118，2008。
Lee, Chia-Wen, The Admissibility of Recording Made by People at the Scene, Part 2, Taiwan Law Journal, no. 118, pp. 110-118, 2008.
8. 林鈺雄主編，新學林分科六法——刑事訴訟法，5版，2006。
Lin, Yu-Hsiung, eds., Sharing Six Laws—Criminal Code, 5th ed., 2006.
9. 林鈺雄，刑事訴訟法上冊（總論篇），5版，2007。
Lin, Yu-Hsiung, The Code of Criminal Procedure Vol. 1 (General Principles), 5th ed., 2007.

10. 林鈺雄，線民之干預性及授權問題——以線民之偵查活動為中心，載：刑事程序與國際人權，頁145-186，2007。

Lin, Yu-Hsiung, The Problems of Intervention and Authorization of Nark—In Discussion with Investigation execute by Nark, in Criminal Procedure and International Human Rights, pp. 145-186, 2007.

11. 林鈺雄，干預處分與刑事證據，2008。

Lin, Yu-Hsiung, Compulsory Measures and Criminal Evidence, 2008.

12. 林鈺雄，刑事訴訟法第一五八條之四的平台定性——以最高法院裁判為例證，台灣法學雜誌，140期，頁17-39，2009。

Lin, Yu-Hsiung, Article 158-4 of the Code of Criminal Procedure—Cases Study on the Supreme Court Judgments, Taiwan Law Journal, no. 140, pp. 17-39, 2009.

13. 吳巡龍，私人不法取得證據應否證據排除——兼評最高法院九十二年度台上字第二六七七號判決，月旦法學雜誌，108期，頁223-235，2004。

Wu, Hsun-Lung, The Admissibility of Evidence Obtained Illegally by Private Persons—A Review of the Supreme Court Judgment 92-Tai-Shang-2677, Taiwan Law Review, no. 108, pp. 223-235, 2004.

14. 吳巡龍，得通訊一方同意竊聽錄音之證據能力——兼評最高法院九十三年度台上字第二九四九號判決，月旦法學雜誌，136期，頁233-245，2006。

Wu, Hsun-Lung, The Admissibility of Recording Obtained under the Consensus of the Other Party of the Communication—A Review of the Supreme Court Judgment 93-Tai-Shang-2949, Taiwan Law Review, no. 136, pp. 233-245, 2006.

15. 吳巡龍，我國與美國證據排除實務運作之比較——兼評最高法院相關判決，台灣法學雜誌，141期，頁94-111，2009。

Wu, Hsun-Lung, A Comparison of the Practice of Exclusion of Evidence in Taiwan and in the US—Cases Studies on Relevant Supreme Court Judgments, Taiwan Law Journal, no. 141, pp. 94-111, 2009.

16. 黃榮堅，刑罰的極限，1999。

Huang, Jung-Chien, The limitation of Criminal Punishment, 1999.

17. 黃朝義，論證據排除法則，載：刑事訴訟之運作——黃東熊教授六秩晉五華誕祝壽論文集，頁113-150，1997。

Hwang, Jau-Yih, The Exclusion Rule of Evidence, in The Practice of the Code of Criminal Procedure—Anthology in Celebration of the 60th Birthday of Professor Huang Dong Hsiung, pp. 113-150, 1997.

18. 陳運財，檢警關係定位問題之研究——從貫徹檢察官控訴原則之立場，月旦法學雜誌，108期，頁64-77，2004。

Chen, Yun-Tsai, The Relationship between Prosecutors and Police—from the Perspective of Implanting Adversary System, Taiwan Law Review, no. 108, pp. 64-77, 2004.

19. 陳運財，違法證據排除法則之回顧與展望，月旦法學雜誌，113期，頁27-50，2004。

Chen, Yun-Tsai, A retrospective of the Exclusion Rule of Evidence and Its Future, Taiwan Law Review, no. 113, pp. 27-50, 2004.

20. 許澤天，警察執法時的犯罪——不能說破的國王新衣，台灣法學雜誌，122期，頁27-32，2009。

Hsu, Tze-Tien, The Violation of Law during Polices' Legal Enforcement—Emperor's New Clothes, Taiwan Law Journal, no. 122, pp. 27-32, 2009.

21. 楊雲驊，賠了夫人又折兵？——私人違法取得證據在刑事訴訟的證據能力處理，台灣本土法學雜誌，41期，頁1-22，2002。

Yang, Yun-Hua, Loss on Two Fronts—the Admissibility of Evidence Obtained Illegally by Private Persons, Taiwan Law Journal, no. 41, pp. 1-22, 2002.

22. 楊雲驊，私人違法取得證據之評價與衝突解決——評最高法院九十二年度台上字第二六七七號判決，載：民主、人權、正義——蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，頁295-315，2005。

Yang, Yun-Hua, The Evaluation of the Evidence Obtained Illegally by Private Persons and Conflict Solving—A Case Study on the Supreme Court Judgment No. 92-Tai-Shang-2677, in Democracy, Human Rights and Justice—Anthology in Celebration of the 70th Birthday of Professor Hsu J. H., pp. 295-315, 2005.

23. 楊雲驊，私人不法取證之證據能力——評最高法院九八年度台上字第五七八號判決，台灣法學雜誌，135期，頁277-280，2009。

Yang, Yun-Hua, The Admissibility of Evidence Obtained Illegally by Private Per-

sons—A Case Study on the Supreme Court Judgment No. 98-Tai-Shang-578, Taiwan Law Journal, no. 135, pp. 277-280, 2009.

24. 薛智仁，論人工流產同意權（下），台灣本土法學雜誌，49期，頁173-185，2003。

Hsueh, Chih-Jen, The Right to Consensus for Abortion Part 2, Taiwan Law Journal, no. 49, pp. 173-185, 2003.

二、外 文

1. Amelung, Knut, Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozeß. Dogmatische Grundlagen individualrechtlicher Beweisverbote, 1990.
2. Beulke, Werner, Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaats und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus, Juristische Ausbildung 2008, S. 653-666.
3. Beulke, Werner, Strafprozessrecht, 11. Aufl., 2010.
4. Bradley, Craig M., Beweisverbote in den USA und in Deutschland, Goltdammer's Archiv für Strafrecht 1985, S. 99-113.
5. Conen, Stefan, Zur Disziplinierung der Strafverfolgungsorgane durch Beweisverwertungsverbote, in: Müller, Hennig Ernst u. a. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag, 2009, S. 459-471.
6. Dencker, Friedrich, Verwertungsverbote im Strafprozeß. Ein Beitrag zur Lehre von den Beweisverboten, 1977.
7. Eisenberg, Ulrich, Beweisrecht der StPO, Spezialkommentar, 6. Aufl., 2008.
8. Eisenberg, Ulrich/Conen, Stefan, § 152 II StPO, Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum?, Neue Juristische Woche 1998, S. 2441-2449.
9. Erb, Volker u. a. (Hrsg.), Löwe, Ewald/Rosenberg, Werner, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. 26. Aufl., 2007.
10. Fezer, Gerhard, Strafprozeßrecht, 2. Aufl., 1995.
11. Godenzi, Gunhild, Das strafprozessuale Verbot staatlicher Beweismittelhehlerei: Königsweg oder Luftschloss?, Goltdammer's Archiv für Strafrecht 2008, S. 500-

515.

12. Gössel, Karl Heinz, Strafverfahrensrecht, 1977.
13. Hellmann, Uwe, Strafprozessrecht, 2. Aufl., 2006.
14. Herrmann, Joachim, Aufgaben und Grenzen der Beweisverwertungsverbote. Rechtsvergleichend Überlegungen zum deutschen und amerikanischen Recht, in: Volger, Theo u. a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, Halbband 2, 1985, S. 1291-1310.
15. Herrmann, Joachim, Neuere Entwicklungen in der amerikanischen Strafrechtspflege, in: Juristenzeitung 1985, S. 602-609.
16. Hufen, Friedhelm, Staatsrecht II Grundrechte, 2. Aufl., 2009.
17. Jäger, Christian, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, 2003.
18. Jahn, Matthias, Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaats und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus, Gutachten C für den 67. Deutschen Juristentag 2008, 2008.
19. Jarass, Hans/Pieroth, Bodo, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 9. Aufl., 2007.
20. Joerden, Jan C., Verbotene Vernehmungsmethoden-Grundfragen des § 136a StPO, Juristische Schulung 1993, S. 927-931.
21. Kindhäuser, Urs, Strafprozessrecht, 2. Aufl., 2010.
22. Lesch, Heiko Harmut, Strafprozessrecht, 2. Aufl., 2001.
23. Meier, Bernd-Dieter, Strafrechtliche Sanktionen, 2001.
24. Meyer-Goßner, Lutz, Strafprozessordnung, 53. Aufl., 2010.
25. Müssig, Bernd, Beweisverbote im Legitimationszusammenhang von Strafrechtstheorie und Strafverfahren, Goltdammer's Archiv für Strafrecht 1999, S. 119-142.
26. Otto, Harro, Die strafprozessuale Verwertbarkeit von Beweismitteln, die durch Eingriff in Rechte anderer von Privaten erlangt wurden, in: Gössel, Karl Heinz/Kaufmann, Hans (Hrsg.), Strafverfahren im Rechtsstaat: Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag am 18. August 1985, 1985, S. 319-340.

27. Otto, Harro, Grenzen und Tragweite der Beweisverbote im Strafverfahren, in: Goldammer's Archiv für Strafrecht 1970, S. 289-305.
28. Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard, Grundrechte Staatsrecht II, 22. Aufl., 2006.
29. Putzke, Holm/Scheinfeld, Jörg, Strafprozessrecht, 2. Aufl., 2009.
30. Rogall, Klaus, Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozeßualen Beweisverboten, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 91, 1979, S. 1-44.
31. Rössner, Dieter, 30 Probleme aus dem Strafprozessrecht, 2003.
32. Roxin, Claus/Schünemann, Bernd, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl., 2009.
33. Rudolphi, Hans-Joachim u. a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, 4. Aufl., 2010.
34. Schmid, Niklaus, Strafverfahren und Strafrecht in den Vereinigten Staaten, Eine Einführung, 2. Aufl., 1993.
35. Schroeder, Friedrich-Christian, Strafprozessrecht, 4. Aufl., 2007.
36. Schroeder, Friedrich-Christian/Meindl, Wolfhard, Fallrepititorium zum Strafverfahrensrecht, 4. Aufl., 2004.
37. Stree, Waleer, in: Schönke, Adolf/Schröder, Horst (Hrsg.), Strafgesetzbuch, 27. Aufl., 2006.
38. Volk, Klaus, Grundkurs StPO, 6. Aufl., 2008.
39. Wölfl, Bernd, Die strafprozessuale Bedeutung von Rechtsverstößen bei der Beweismittelbeschaffung durch Privatpersonen, Juristische Arbeitsblätter 2001, S. 504-509.

The Rationale of the Inadmissibility of Evidence Unlawfully Obtained by a Private Person: A Case Study on Supreme Court Judgment No. 97-Tai-Shang-734

Chih-Jen Hsueh^{*}

Abstract

Recently, many Supreme Court cases have been of the opinion that the ratio legis behind the exclusionary rule of evidence is to deter future illegal conduct on the part of the police. It follows that evidence illegally obtained by a private person is admissible in principle with the exception of verbal statements collected by means of coercion or intimidation. However, the deterrence rationale derived from the adversarial system is neither applicable to our criminal procedures where the court examines the evidence ex officio nor in conformity with our current statutory exclusionary rules. Therefore, such a rationale is not able to clarify the dilemma on whether evidence obtained illegally by a private person could be admissible in court. This paper argues that since there is no basis for applying an exclusionary rule of evidence to evidence obtained illegally by a private person, whether such evidence

^{*} Assistant Professor Dr. Chih-Jen Hsueh, Department of Law, National Cheng Kung University; Dr. jur., Tübingen University, Germany.

Received: March 19, 2010 ; accepted: August 3, 2010

should be suppressed in court depends on the courts evaluation on whether the violation of the defendant's constitutional rights can be justified.

Keywords: Deterring Future Police Illegal Conduct, Evidence Unlawfully Obtained by a Private Person, Evidence Suppressed by the Court's Initiative for Violating the Fundamental Rights in the Constitution, Government Shall not Take from a Thief