德國聯邦最高法院刑事判決 BGHSt 44, 129

— 神棍線民 —

文／王士帆

壹 導言

被告 C 涉犯殺人罪，被法院裁定羈押。和警方有 7 年合作經驗的線民 S，因毒品案件被收押在 C 的同一房舍。S 終日向 C 佯稱是算命師，可占卜未來且法力無邊，能影響法官判決輕刑或無罪。S 某天謊稱若想催動法力，需主持神秘儀式，要被告在過程中毫無保留揭露犯罪事實並書寫下來，而且儀式一開，若 C 反悔，會遭神明復仇。S 總共進行 8 至 10 次神秘儀式，每次均強迫 C 吸食來源不明的麻醉藥品，使 C 產生幻覺及感官錯亂，C 果然向 S 口頭自白並寫成書面。S 裝神弄鬼得逞後，先聯繫警方邀功；對於 S 的神棍招數誘騙他人自白，警方早就司空見慣。S 後來在偵查程序以證人身分應訊轉述 C 自白，法院最終以 S 之偵訊筆錄證詞作為判決 C 有罪之證據。

上述案情，改編自 1998 年德國聯邦最高法院刑事判決 BGHSt 44, 129[1]。S 偵訊筆錄上的 C 自白內容，在刑事訴訟上有無證據能力，思考出發點在於 S 究竟是代表國家或單純私人？S 為取得自白，有使用脅迫、詐欺和餵食藥劑等方法[2]，這些方法均單獨足以影響被告陳述自由，更別說三效合一。假如戲精 S 恰巧是警察，偵查機關為了取得自白，策略性安插 S 喬裝成在押被告的虛偽牢友，這法律問題倒也單純，借鏡德國和歐洲人權法院的指標裁判[3]，本案應直接依違反禁止不正訊問規定，宣告自白應予證據使用禁止即可（刑事訴訟法第 98 條、第 156 條及第 100 條之 2）。相反的，如果 S 是自發性誘騙自白，帳就不該算到國家頭上，只能循私人取證脈絡，探討自主性證據使用禁止[4]。

中間情境是線民國家性，這是指國家委託線民秘密從事取證活動，國家對該線民具有實力支配關係，則線民是國家手足延伸，應認具有國家性，以防止國家透過線民規避法律[5]。線民國家性概念已深植我國裁判[6]，近期更值得頌揚的是，最高法院 110 年度台上字第 3858 號刑事判決進一步提出三階段審查，即國家性、基本權干預性、干預之正當化事由，審查線民取證之基本權干預是否合法[7]。

那麼，S 有國家性嗎？S 不是喬裝警察，也未受警方指示，而是主動騙取自白並交給國家，國家被動地接收證據而已。全案乍看之下，S 似乎沒有國家性，追訴機關像個手腳乾淨的局外人。但德國聯邦最高法院 BGHSt 44, 129 可不這樣想，反而認為 S 的不正訊問行為乃可歸責於國家。BGHSt 44, 129 先表示，私人不正訊問行為的國家性，「不但可來自於偵查機關與私人間之共同合作，也可從私人在何種情況取得被告自白而建立可歸責性。本案尤要考量取得自白情況的歸責性，因為證人 S 正是利用被告處於羈押之特殊條件下進行探話」[8]。換言之，雖然警方沒有對 S 直接指示，但從 S 利用被告在押這種情況，仍可考慮建立線民國家性。

BGHSt 44, 129 接著指出，S 對於在押被告的探話手法，一旦為偵查機關知悉，基於維護法治國聲譽（Erhaltung rechtsstaatlichen Ansehens），偵查機關即有義務阻止線民對被告打探自白。理由是：「被羈押人必須為了刑事司法正常運作之利益，忍受對其身心自由之限制時，國家即負有相應之保護義務，防止被羈押人身體完整性與行為自我決定之自由受到重大侵犯，因為被羈押人處於羈押狀態，對前述重大侵犯僅能有限迴避，此不同於自由生活時可就社交關係自行選擇。共同受囚禁人對犯罪嫌疑人打探過程倘構成重大侵犯，甚或成立犯罪，假如國家機關已知情或依義務執行任務時應知悉卻未知悉，不論何者，只要國家機關未踐行上述保護義務，線民行為便可歸責於國家機關」[9]。

最終，BGHSt 44, 129 以「被告面對證人 S 之陳述若作為證據使用，將有重大之法律疑慮」[10]，「原審對於不正訊問方法所生之證據使用禁止採取嚴格標準，以致忽視應作出無法律瑕疵之裁量決定，才對證人 S 取得被告陳述之經過細節未詳加調查」[11]，撤銷發回更審。總而言之，本案中的 S 代表國家，德國聯邦最高法院不再只以偵查機關被動接收證據而排除線民國家性，還要進一步考慮線民取證情況。德國刑事法學大師 Claus Roxin 教授在 BGHSt 44, 129 評釋文，大大感謝作成 BGHSt 44, 129 的刑事第五庭，因為它至少課予偵查機關對在押被告的保護義務，「基於維護法治國聲譽」（BGHSt 44, 129, 136），有義務阻止線民對被告打探自白[12]。其實，偵查機關既然對神棍線民的手法司空見慣，對於安排他與被告同一牢房，容任其裝神弄鬼騙取自白，應可合理推定偵查機關心裡有數。為了防止警方暗自利用 S 探取被告自白來坐享其成，規避不正訊問規定，也應承認 S 的線民國家性。BGHSt 44, 129 是判斷線民國家性邊界案例中的指標判決，並為德國眾多文獻所引用[13]，筆者不揣淺陋譯介，以饗同好。

貳 裁判要旨

關於在押被告向共同受羈押人作出自白之證據能力問題。

參 理由

原審（柏林地方法院）以被告 C 女及另一名女性被告之罪責特別重大為由，對其所涉之兩起謀殺案判決有罪，合併定執行刑為無期徒刑。被告均不服而上訴法律審，上訴人之一提出一項程序指摘為有理由。詳言之，被告均否認罪行，並主張原審使用由證人 S 女於審判期日轉述被告 C 之自白作為證據，卻未詳加調查 S 取得 C 自白之過程。本庭認為此一指摘為有理由。

I. 1、證人 S，因毒品犯罪等罪名被科處多年有期徒刑，在柏林女子監獄服刑。S 向其他受囚禁人誆稱，可從咖啡渣和香煙灰判讀她們的未來，又自稱是能預言未來之算命師，向同牢房之室友保證，藉由她的「超自然力量」催動一道「閉嘴」咒語，便能影響警察、檢察官和法官，使被告獲得較輕微之判刑或被宣告無罪。但要她催動超自然力量，主要仍取決於談話對象是否願意毫無保留透露犯罪過程，而且要書寫下來。根據 S 在偵查程序作證之證詞，在她把與被告 C 於監獄之談話內容以及另一名被控謀殺未遂之女士之探話結果，轉告給刑事警察之前，她和警方已有 7 年合作經驗。依 S 之證詞，她對被告 C 總共進行 8 至 10 次「神秘儀式」，在儀式上，S 大費心力才促使 C 對其口頭自白及書寫犯罪經過。

2、兩位被告之辯護人，於原審審判程序對法庭引進被告 C 面對證人 S 之陳述，提出異議，也反對該陳述作為證據使用。對此，辯護人聲請原審傳喚偵查人員，欲證明偵查機關是為了取得被告不利陳述，才在監獄「安插」S。辯護人表示：「安插一事，可由其他受囚禁人之證詞間接證實。一名受囚禁人可作證 S 曾對其說，她是偵查機關針對受囚禁人所『安插』進來的，偵查機關向她允諾，如果她能在包括本案在內的 3 件重要偵查程序向檢察官提供有用消息，便可在刑事執行獲得明顯好處」。另外，辯護人聲請原審訊問數名受囚禁人，其可證明 S 如本案一樣，向她們允諾司法機關會給予有利之影響，但若不對她吐實，則將以神秘力量施加制裁，不但如此，S 還讓她們在「神秘儀式」開始時抽煙，吸食提煉物不明的大麻等麻醉藥品*。為了證明被告這類毒品成癮之人會因吸食混合麻醉藥品，而降低抗拒外界影響之能力，產生失真之幻覺及思考暨感官錯亂等，辯護人也有聲請鑑定。

可是，原審駁回辯護人反對使用 S 證詞之異議，也拒絕調查辯護人所聲請傳喚之證人和鑑定人。原審表示：「因為基於事實之理由，這些證據對裁判並不具重要性。雖然以下所述可能符合實情：（1）證人 S 不僅和被

（文轉三版）

註釋

1 BGHSt 44, 129 = BGH, Urt. v. 21. 07. 1998 – 5 StR 302/97 (LG Berlin)，評釋參見 Roxin, NStZ 1999, 147-151.

2 Vgl. Roxin, a. a. O., 150.

3 參見王士帆，〈安插牢友與不正訊問— 德國聯邦最高法院刑事裁判 BGHSt 34, 362 譯介〉，《司法周刊》，1673 期，2013 年 11 月 28 日，2-3 版；林鈺雄，〈歐式米蘭達— 歐洲人權法院 *Allan* 裁判及其劃時代意義之評析〉，載：《人權之跨國性司法實踐— 歐洲人權裁判研究（一）》，2007 年，頁 125 以下。

4 林鈺雄，《刑事訴訟法（下冊）》，11 版，2022 年，頁 15-17。我國實務見解，例如最高法院 110 年度台上字第 4581 號刑事判決：「私人不法取證係基於私人之地位，侵害私權利，兩者有別，為發現真實，私人取證原則上無證據排除原則之適用。惟如私人故意對被告以不正方法如使用暴力、刑求等方式，而取得被告之自白（性質上屬被告審判外之自白），因違背任意性，且有虛偽高度可能性，依法自無證據能力」。

5 說明參見林鈺雄，〈線民之干預與授權問題— 以線民之偵查活動為中心〉，《刑事程序與國際人權》，2007 年 12 月，頁 145 以下。

6 例如最高法院 104 年度台上字第 266 號刑事判決。

7 最高法院 110 年度台上字第 3858 號刑事判決：「線民所為之偵查作為如何評價？何種行為構成基本權干預（傳統稱為強制處分，惟概念上不合時宜，現代學說多已揚棄，而以「刑事訴訟之基本權干預」替代），並應受憲法基本權干預體系及刑事訴訟上取證規範之拘束？應受下列三階段審查：國家性、基本權干預性、干預之正當化事由。(1)、《線民國家性》之判斷，在於線民行為可否歸責於國家，亦即可否計入國家追訴活動之一環？倘追訴機關（通常為警方）處於優勢支配關係，委託、指示、甚且監控線民從

JUDICIAL 司法 徵稿啓事
三、文稿內容應符合學術倫理規範，請勿違反學術社群共同接受的行為準則；並請適當遮掩個資及其他法定限制公開事項。
六、文稿一律不退件，請自留底稿。稿件如經採用，文責自負。
七、刊出文稿除紙本刊登外，亦置司法院網站；並酌計稿酬，寄贈該期刊物。

（文接二版）

告，也和其他受囚禁人談論她們不利於己之犯罪事實，同時有『神秘行為』之施法；（2）S 用回教真主『阿拉』名義威脅她們（如果這些受囚禁人不對她坦白犯罪事實）；（3）S 和相關人吸食大麻，以致於發生辯護人所稱之意識變化；（4）與 S 在監獄接觸之公務員，已知悉 S 的手法；（5）S 也對被告如法炮製，而發生如同辯護人所聲請傳喚受囚禁人身上之相同效果。」

然而，原審仍認為：「這些也許可能存在之事實，並不重要。根據德國聯邦最高法院刑事大法庭 1996 年 5 月 13 日之裁判（BGHSt 42, 139），即便偵查機關確實知悉 S 有辯護人宣稱之行為，被告 C 於上述狀況下對 S 所為之陳述亦無證據使用禁止。關鍵應只在於，證人 S 是否違法使被告自證己罪」。

3、原審於判決理由採納一名受囚禁人之證詞，認定證人 S 期望以被告和其他受囚禁人之不利陳述而獲得利益，也不排除 S 以「阿拉之復仇」威脅，並給被告吸食大麻，以施加一定壓力。但原審仍認為，「辯護人主張證人 S 是偵查機關所安插之『警方抓耙仔』，實無根據。S 協助偵查機關毋寧是出於自己之決定，動機是期待由此獲得利益。縱使辯護人反駁之論辯為真，依德國聯邦最高法院裁判見解，全案仍不能得出證據使用禁止之效果」。原審獲致兩名被告有罪之心證，主要是以證人 S 有關被告 C 向其陳述犯罪事實之證詞。

II. 本庭認為，被告對證人 S 之陳述若作為證據使用，將有重大之法律疑慮。證人 S 證稱與偵查機關合作多年，原審也基於諸多根據認為可能或甚至就是存在「算命師」之詢問手段。有鑑於此，原審未事先調查 S 與偵查機關就在押被告之探話狀況所為之聯繫，是否違反德國《刑事訴訟法》第 136a 條第 1 項相關禁止不正訊問規定，以致於本不應使用 S 證詞作為被告有罪判決基礎，原審卻未經調查，而逕採為裁判基礎。此一必要之調查，雖得依所謂自由證明規則為之，故無須對辯護人提出之聲請作出正式之決定（參見 BGHSt 16, 164, 166），此不同於上訴人所主張。然而，確切言之，事實審法官如何調查被告陳述之取得過程，原則上由其作出合義務性之裁量，尤其在主張有使用不正訊問方法之爭點上，通常欠缺充分具體之根據，事實審法官對此必須為廣泛之調查。不過，本案無須如此，因為從原審之卷宗已可得知證人 S 與警方存有合作關係，對原審而言，亦可知 S 是「神秘兮兮」、選用之手段頗有問題之人物。質言之，原審對於不正訊問方法所生之證據使用禁止採取嚴格標準，以致忽視應作出無法律瑕疵之裁量決定，才對證人 S 取得被告陳述之經過細節未詳加調查。

1、根據德國聯邦最高法院刑事大法庭裁判見解（BGHSt 42, 139）：「私人受偵查機關之安排，在不揭露偵查企圖下，為了求取犯罪嫌疑人自白而與其談話，並不違反《刑事訴訟法》相關導致證據使用禁止之規定。至少在涉及追訴重大犯罪，且若使用其他偵查手段對於查明事實較無成效或有根本困難者，上述偵查作法也不違反法律位階高於《刑事訴訟法》並對其補充之一般法治國原則」。惟從刑事大法庭裁判理由綜合觀察，若撇開其普遍謹慎之論述不談，可以得知，其裁判要旨乃單獨針對私人因國家機關安排，未揭露國家偵查任務下，向犯罪嫌疑人探話一事所給予之法律評價。不同於被告上訴理由所持法律見解，此一偵查動作本身，既不違反緘默權告知義務（德國刑事訴訟法第 163a 條、第 136 條第 1 項），也不牴觸禁止不正訊問之直接或準用規定（德國刑事訴訟法第 163a 條、第 136a 條第 1 項），更未侵害「不自證己罪原則」（BGH, a. a. O.）。儘管如此，這並不表示，一旦其他會影響被告自由決定陳述與否之因素添加進來，為調查犯罪而使用私人者，仍可不用遵守法治國原則與從其衍生出之公平審判程序所設定之界限（BGHSt, a. a. O., S. 154 f.）。

2、德國《刑事訴訟法》第 136a 條禁止不正訊問規定，乃是法治國中心思想在訴訟法之展現，而依德國《基本法》第 20 條第 3 項，整體刑事程序均受到法治國原則之約束（BGHSt 31, 304, 308）。因此，刑事訴訟禁止不正訊問之規定，原則上乃針對國家機關，禁止以強制或類似之重大干預影響被告任何意思決定與意思活動；違反禁止不正訊問方法者，依德國《刑事訴訟法》第 136a 條第 3 項規定將有證據使用禁止效果。由於私人不處於類似於偵查機關之義務地位，私人以德國《刑事訴訟法》第 136a 條第 1 項規定之方法取得之被告陳述，通常不生證據禁止效力（德國通說；參見 BGHSt 27, 355, 357; Hanack, in: Löwe/Rosenberg, StPO, 25. Aufl., § 136 a Rn. 9 更多說明；批評意見，Rogall, ZStW 1991, 1, 41）。不過，如果私人從事禁止不正訊問（德國刑事訴訟法第 136a 條第 1 項、第 2 項）之行為必須歸責於國家機關，德國《刑事訴訟法》第 136a 條之保護目的仍會要求應有相應之證據使用禁止效果。這種—例外存在— 可歸責性，不但可來自於偵查機關與私人間之共同合作，也可從私人在何種情況取得被告自白而建立可歸責性。本案尤要考量取得自白情況的歸責性，因為證人 S 正是利用被告處於羈押之特殊條件下進行探話。

a) 當偵查機關對受有委託任務向被告探取自白之共同受囚禁人，安排其與被告緊密接觸，以致被告脫離「警方抓耙仔」影響之可能性極其有限者，根據本庭以前裁判見解（BGHSt 34, 362），此一取得之資訊，將因違法影響被告意思決定自由，違背禁止不正訊問規定（德國刑事訴訟法 163a 條、第 136a 條第 1 項），故應證據使用禁止。該裁判表示，羈押所生之強制，目的乃在維護刑事程序井然有序進行及確保後續之刑事執行，是以，羈押不可被濫用為影響被告自由陳述之手段，尤不得被濫用為迫使被告無法行使緘默權。而依德國聯邦最高法院刑事大法庭之裁判意見，上述安插私人對在押被告探話之違法案例，已被明白稱為使用私人追訴犯罪所設下之法治國禁止界限（BGHSt 42, 139, 154）。

據此，原審有義務審查偵查機關是否以及也許以什麼手段將證人 S「安插」在被告身旁。原審以偵查機關在知悉證人 S 有系爭訊問方法之下，認為 S 是出於協助之考量才被「安插」於被告身旁一事並不重要，進而在判決理由未詳附理由地認定辯護人主張 S 從事密探活動毫無根據。惟鑑於 S 在探取多名受囚禁人時系統化之手法（收集每一位簽名之自白書面），加上其作證已與警方長年合作，是以，本庭不採納原審之判斷。

b) 更有甚者，即便真如原審所認定，證人 S 乃自願主動擔任「警方抓耙仔」，而偵查機關則在知情 S 探話手法之下仍放手容任，被告在羈押中遭打探之此一狀況也不失其重要意義。在這種情況，羈押之強制效力固然未被特地用來促成被告自白（參見 BGHR StPO § 136 a Abs. 1 Zwang 3）。另依德國聯邦最高法院 1988 年 9 月 27 日刑事第 1 庭判決見解，共同受囚禁人之行為若只限於贏得被告信賴，以藉此方式促成被告自白者，偵查機關沒有義務去阻止受囚禁人間之互動（BGH, NStZ 1989, 32）。

然而，經原審調查認定之證人 S 行為，仍逾越上述情況。依原審之調查，S 利用迷信之想像欺騙被告，誆稱如對其交出自白將可對刑事程序發生有利影響，此外，威脅如不全盤揭露犯罪事實，則以「更高神力」來報復。假如這些作法已能對被告陳述之意思自由構成非不顯著影響，則 S 讓被告吸食有改變意識效果之毒品，此（同樣被原審認定存在之）附加影響只會更加劇烈。

關於線民期盼藉由上述方法向被告打探自白，一旦為偵查機關知悉，基於維護法治國之聲譽，偵查機關有無義務阻止線民對被告（進一步）打探之問題，本庭無須表示意見。惟無論如何，被羈押人既然處於特別權力關係，上述阻止義務對其自有適用。被羈押人必須為了刑事司法正常運作之利益，忍受對其身心自由之限制時，國家即負有相應之保護義務，防止被羈押人身體完整性與行為自我決定之自由受到重大侵犯，因為被羈押人處於羈押狀態，對前述重大侵犯僅能有限迴避，此不同於自由生活時可就社交關係自行選擇（亦參見 Seebode, Der Vollzug der Untersuchungshaft, 1985, S. 68 f.）。

（文轉四版）

註釋

事特定之取證活動，對線民所為具有實力支配關係，線民已然取得國家機關手足延伸之地位時，應認線民該特定取證行為具有國家性，屬於國家偵查行為之一環。⑵、《基本權干預性》之判斷，即線民實際從事之活動是否構成基本權之干預？倘肯認屬於基本權之干預，則應受相關取證規範之拘束。例如，憲法保障秘密通訊自由之基本權，於刑事訴訟領域訂有通訊保障及監察法，明訂追訴機關實施通訊監察（基本權干預）之授權依據及限制，縱使線民受警方之委託而於私人住宅裝置監視器材，與警方所為並無不同，仍然構成基本權之干預。⑶、《干預之正當化事由》判斷，在此應審查線民所為之活動形式上是否有法律授權依據以及實質上是否合乎比例原則？倘若欠缺正當化事由，其取證所涉之基本權干預即非合法。」

8 BGHSt 44, 129, 134.
9 BGHSt 44, 129, 136 f.
10 BGHSt 44, 129, 132.
11 BGHSt 44, 129, 133.
12 Roxin, a. a. O. (Fn. 1), 150.
13 例如 Beulke/Swoboda, Strafprozessrecht, 15. Aufl., 2020, Rn. 213; Eschelbach, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), StPO, 4. Aufl., 2020, § 136a Rn. 17; Gless, in: Becker/Erb/Esser/Graalmann-Scheerer/Hilger/Ignor (Hrsg.), Löwe/Rosenberg StPO Großkommentar, Band 4/1, 27. Aufl., 2019; Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt (Hrsg.), StPO, 65. Aufl., 2022, § 136a Rn. 2; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl., 2017, § 24 Rn. 41; Volk/Engländer, Grundkurs StPO, 10. Aufl., 2021, § 9 Rn. 21.

* 本判決未記載 S 如何取得麻醉藥品。

WEEKLY 周刊

一、本刊歡迎兼顧理論與實務、探討司法制度、法學新知、足供讀者參考的作品；並歡迎司法人、事及法院的故事。來稿請聯繫（02）23618577 分機 844 或 845。

二、作品如以偵查中案件，及未確定案件為主題，或作者為文稿議題之關係人士，請勿來稿。

四、文長宜在 7200 字以內，以利一次刊出。文內引用資料請加註解，以利參考。

五、本刊對來稿有權潤飾斟酌，對有疑義之內容將洽請作者再行檢視；不願接受刪改者，請加註說明。

增進對新制之瞭解

臺南高分院邀陳運財教授演講國民法官審判與上訴制度

【本刊臺南訊】為加深同仁對國民法官法上路後第二審之裁判審查權限的瞭解，臺南高分院於 9 月 23 日邀請成功大學法律學系陳運財教授以「國民法官審判與上訴制度」為題進行專題演講，由黃瑞華院長主持，該院轄區司法同仁、律師與法學界計約 90 人與會。

陳教授首先指出，依國民法官法第 90 條至第 92 條之規範目的，以及避免職業法官專業判斷優先國民參與判斷之意旨，國民參與審判案件之上訴，第二審應兼採事後審查及接枝性續審機制（即改良式事後審）。其審理主要係針對上訴理由書所舉事項予以調查、判斷，並由當事人主導調查其所主張之證據；法院原則上僅於不介入調查顯違反正義時，方依職權補充調查。上訴理由書未記載事項，法院認有必要時雖可依職權調查，惟亦應注意有無刑事訴訟法第 348 條尊重一部上訴權之前提。

另在審查基準方面，基於國民法官法第 91 條妥適行使審查權限之要求，陳教授主張除有刑事訴訟法第 379 條重大違背訴訟程序之事由或有侵害被告防禦權核心之情形，否則同法第 380 條之「無害錯誤法則」應前置由第二審先行確立此項原則。在訴訟程序違背法令但並不影響於判決時，必須該瑕疵將有影響原判決之高度蓋然性時，始構成撤銷事由，否則第二審法院得不予撤銷。

又關於國民法官法第 92 條第 1 項但書得撤銷原判決之要件嚴謹化、第 2 項限制得自為職權判決部分，陳教授認為在尊重國民法官事實認定之前提下，「違背經驗法則或論理法則，顯然影響於判決」之判斷標準係採「法則違反說」，第二審如認國民法官法庭判決存有事實誤認，應具體指摘其所憑之證據信用性評價或證據之綜合判斷如何違反該法則；原判決不當或違法應予撤銷時，第二審雖以自為判決為原則，惟涉及當事人審級利益、無罪可能逆轉為有罪情形時，應發回原審法院，使其在第二審指摘之各項理由拘束下，重新組成國民法官法庭，更新審判程序接續審理。

至於第二審法院審查量刑之基準，除延續傳統以行為責任為基礎之實務操作外，第二審對於國民法官法庭的量刑是否顯然不當，陳教授強調應從「幅度」而非「點」之觀點進行審查。亦即並非採心證優先原則審究第一、二審量刑是否一致，而係第一審所決定之具體刑度在責任幅度範圍內，均應認屬適當。

最後，陳教授提醒，國民法官制度是國民主權的重要表徵，而實務運用如何允執厥中以確保個案的實質正義，仍有待審、檢、辯、學的各方的努力；期待國民參與審判案件事後審查的運作能獲得第三審法院的支持，並展望未來其影響亦能及於一般刑事案件之第二審上訴，藉由國民法官制度在一審堅實事實審、二審糾錯事後審、三審嚴格法律審的定位下，引領我國刑事司法邁向嶄新的紀元。

新北地院講座

張升星院長解析公務執行遭不當干擾之實例及因應措施

【本刊新北訊】新北地院於 9 月 20 日及 28 日舉辦 2 場次「公務執行遭受不當干擾之實務案例及因應措施」專題演講，邀請法官學院張升星院長主講，由新北地院陳賢慧院長主持。張院長詳細說明法官、司法事務官、書記官等於執行審判、民事執行或一般公務時，可能遭受之不當干擾及應對方式。

張院長以其自身豐富的公務經歷，先說明妨害公務之典型案例、刑事責任及對司法職權之隱性干擾，再分別解說：（1）審判過程之干擾態樣及法律對策：包含審判長於法庭指揮訴訟之權限，得命在庭之人退出法庭或予以看管；當事人或律師言詞陳述後，法官擇其發言要點，當庭摘要口述，有助於精簡內容，並減輕書記官負擔，且書記官是國家的司法文官，並非當事人口述秘書等。（2）強制執行之干擾態樣及法律對策：張院長分享其承辦大規模拆除執行經驗，妨害公務現行犯之執行技巧，不動產點交併和動產假扣押、交付子女、探視權執行等強制執行實際案例，使同仁瞭解如何妥善利用公權力處理執行中所遇不當干擾。（3）公務執行之談判協商：強調為了達到談判目的，即使在法律上享有充分且正當的權利，必要時仍可考慮放棄，且無論任何談判，掌握現有法律規範才是最重要的關鍵。

張院長亦強調，法院同仁於執行公務時，應積極維護司法尊嚴；唯有正當使用法律所賦予之權限，方能應對公務執行遭受之不當干擾。



迎接光輝雙十

—攝於故宮南院 2022 國慶煙火試放

攝影／翁啟銘（嘉義地院法警）

傳達平權理念

司法人文沙龍第 2 場 對談性平議題

【本刊臺南訊】司法人文沙龍第 2 場次於 9 月 25 日在臺南司法博物館舉行，邀請臺灣師範大學歷史學系盧省言助理教授與臺北高等行政法院郭銘禮法官探討「是男生就不許哭？從 CEDAW 看有毒的男子氣概」，討論在父權體制演化下，男子氣概從何而來，以及司法可以如何回應。

盧助理教授認為，要討論性別平等，光從單一性別去討論是不夠完整的，因此促成她研究歐洲男性史，並出版「有毒的男子氣概」一書。盧助理教授指出，男子氣概是在特定歷史、時代、社會下對男性的社會實踐，並且隨著時代變遷流動，而含有支配的概念。只有特定的男人能成為社會中「有男子氣概的男人」；因此，一位生理男性在社會中的地位就取決於他接受／拒絕男子氣概的定義。此外，社會對待女生的態度，也會添加在男子氣概的定義上，例如女性被認為是較情緒化的，而男性則被期待不許哭泣。盧助理教授提醒，現今社會已逐漸鼓勵女孩可有男子氣概，也可以思考接受男孩具有女性的特質。

郭法官則是從聯合國頒布的 9 大人權公約，說明現今普世的人權價值樣貌。郭法官強調，國家有義務保障每個人的人權，即便部分人權公約尚未國內法化，也可以應用在法理論述上來實踐。並帶領大家一同檢視司法院釋字第 728 號解釋中祭祀公業條例爭議、外籍配偶的簽證規定等案例，藉以提醒國際公約存在許多面向，具有不可分割性和相互依存性，需要深入思考相互關係脈絡，才能找出最適當的解決方法。郭法官最後並建議從教育訓練、資訊提供、外部監督、成立影子憲法法庭等具體措施出發，期許未來所有人在做決定時都能具有人權意識也更富同理心。

經驗跨界交流

中高分院邀王政忠主任分享教育夢想的實踐

【本刊臺中訊】臺中高分院日前舉辦人文講座，邀請南投爽文國中王政忠主任演講「我有一個夢～一個教育創業家的故事」，由高金枝院長主持。

高院長於致詞時提到，王主任是一位教育家、夢想實踐家，期許透過本次講座，讓同仁學習更開闊、更包容也更積極的人生態度。

王主任先分享自己與爽文國中的淵源，原本是計畫來爽中實習完即離開，沒想到遇上 921 大地震，學校受災嚴重，學生一句：「老師，你會不會回來？」喚起其擔任教職的初衷而決定繼續留任。

爽文國中過半學生來自弱勢家庭，為激發學生自動學習動機，王主任設計學習護照，將學生每天的各式學習成績與表現換算成點數，累計在護照上。學期結束，將點數結算兌換學校募來的學習用品或家庭生活用具，協助學生家計。其後更進一步將學區國小也納入此制度，讓學生從國小就開始養成學習習慣。同時更請藝術家到爽中及鄰近學校教學、發起為期 3 周的全英文夏令營，召募世界各地的大學生志願來校與學生對話，實現英文學以致用的目標，凡此均成效斐然。王主任為實踐夢想的積極態度，確實值得深思與效法。

（文接三版）

共同受囚禁人對犯罪嫌疑人打探過程倘構成重大侵犯，甚或成立犯罪，假如國家機關已知情或依義務執行任務時應知悉卻未知悉，不論何者，只要國家機關未踐行上述保護義務，線民行為便可歸責於國家機關。偵查機關所容忍或違反義務致未察覺之嚴重強制效力，固然於證人 S 宣稱之神秘威脅因有不確定性而可能並未發生，惟硬逼甚至強制餵食會使被探話的被告顯著失去控制力之毒品，卻可肯定存在強制效力。據此，證人 S 以此方式取得之自白，應可依德國《刑事訴訟法》第 136a 條第 3 項認定證據使用禁止，原審於審判期日對此必須加以調查。

德國《刑事訴訟法》第 136a 條描述之手段，僅是不正訊問方法之例示規定（參見 BGHSt 5, 332, 334; Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 43. Aufl., § 136a Rdn. 6）。所以，本案得出德國《刑事訴訟法》第 136a 條第 3 項證據禁止法律效果之因素，究竟是因私人於羈押中之行為（指德國刑事訴訟法第 136a 條第 1 項第 1 句規定之「餵食藥劑」）可歸責於偵查機關，或者，羈押因私人行為可歸責於國家所生之強制效力，才給予私人使用手段關鍵影響力，以致於整體而言可認為成立《刑事訴訟法》第 136a 條第 1 項第 2 句所稱之禁止「強制」（參見 BGHSt 34, 362 f.；贊同者，Schneider, JR 1996, 401, 407），可略而不論。

III. 原審調查認定之事實，即使經本庭審酌案卷其他內容，仍不足以使本庭審查證人 S 於審判期日所轉述之被告 C 自白是否應證據使用禁止。調查可否適用德國《刑事訴訟法》第 136a 條禁止不正訊問規定，以自由證明為之。法律審法院原則上雖亦可進行自由證明調查（BGHSt 16, 164, 166），惟本案應調查之證據種類與範圍，可能以訊問具證明必要性之被囚禁證人為主，而親身訊問證人所獲致之印象又對證詞可信性具有重要意義，故法律審程序於本案並不適合作此調查。據上論結，本庭撤銷原審判決，發回更為審判。

（作者為臺北大學法律系副教授）

新學林法
專業・實
刑法案
觀念
許澤天
2022年9月
本書的任
培養實際解題
者能夠針對案
點地進行敘述
答題時間裡妥
鑑定風格與判
應有的回答內
是有助於考試
律人的職業能
書中分為
一單元是作為
基礎的案例作
如何握事實、
律涵攝、處理
用犯罪結構等
通常觀念。第
初階案例與第
進階案例，內
範圍涵蓋諸多
，可作為初學
備的觀摩與練
最後12道進階
近年來的司律
探當前命題重
TEL：（02）
FAX：（02）
郵政劃撥：1
新學林出版
廣告
保障私權
沒煩惱
公證服
1 買賣、
使用借
契約公
2 遺囑、
定監護
3 學歷、
文件認
4 出生、
認證。
民間公
乾淨・
司
http://w