違法證據排除法則之善意例外實證分析

——以最高法院106年度台非字第259號及其歷審刑事判決為例

下

文／陳文貴

（文接上期）

對此，聯邦最高法院判決向來也認為，在考量是否允許控方使用違反聯邦憲法第四修正案所取得之證據時，具體表明拒絕採取一概排除，或者「若非標準」（“But for” Test），因為這將使得凡與非法取證有關的證據都被排除。最終聯邦最高法院認為，經過審慎考量非法證據排除法則及其所保障的憲法基本原則，執法人員的不法行為與犯罪證據之間的關聯性如果極其低微時，就應當允許在審判中採用該項證據[13]。簡言之，在判斷個案中證據排除是否恰當時所使用的「淨化污染概念」（“dissipation of the taint” concept），試圖劃定一個界限，在這個臨界點上，執法人員違法行為的損害性後果變得如此薄弱，以至於排除法則的威嚇效應，就不再成為付出如此巨大代價的正當理由。而且，在許多並未涉及違法證據排除法則適用範圍的判例中，也可以看到聯邦最高法院判決對違法證據排除法則內在目的之關注。具體的情形是，倘若執法人員據以進行逮捕與搜索的法律依據，雖然事後被認定為違憲或違法，但執法人員善意進行搜索扣押所獲得之證據，仍不應該因此而被排除，因此例外仍得作為認定犯罪事實之證據。

三、善意例外之建立

由於違法證據排除法則威嚇目的之必然假設理論是認為，執法人員故意或至少是疏忽的剝奪了被告的某些基本權利，因此試圖通過拒絕承認使用以違法方式取得之證據，藉此冀望執法人員將來可以更加注意被告之基本權利。但是，當執法人員的行為完全是出於善意的時候，威嚇原理就失去了效力（the deterrence rationale loses much of its force）[14]。易言之，當執法人員的行為在客觀上是合理的時候，排除證據將不會以任何適當的方式來促進違法證據排除法則目的之實現。因為，當客觀上出現善意的執法人員從地方法院法官處獲得令狀後而據以執行的情形，並不會產生違法證據排除法則所要達到的威嚇效果，因此就沒有排除此種證據之必要性。

經過上述判例經驗累積發展以及成本效益分析比較理論，為修改違法證據排除法則提供了強而有力的支持。這個結論就是，對於執法人員合理信賴超然、中立的地方法院法官所簽發的令狀，進而扣押之真實可靠的實物證據，在分析排除這種證據的代價及收益之後，聯邦最高法院最終得出一個結論，那就是這種證據仍應可以為控方所使用[15]。至此，最高法院乃在 United States v. Leon 案件判決中，建立起違法證據排除法則的善意例外（the good-faith exception）[16]：執法人員因合理信賴超然中立之地方法院法官簽發的令狀而取得之證據，控方可以在審判程序中使用，成為聯邦憲法第四修正案所建立違法證據排除法則之例外。

善意例外的重點是，並無任何理由可以令人相信，排除根據法官所簽發之令狀而取得之證據，將會對簽發令狀的法官產生重要的威嚇作用。因為對於違反取證程序的執法人員個人而言，此時違法證據排除法則並沒有有效的特殊或一般性的威嚇作用，關於這一結果的許多因素，對於地方法院法官簽發令狀之情況而言，也同樣有適用。因為很明顯的是，違法證據排除法則無法對於有權簽發令狀的法官產生威嚇作用。法官並不附屬於任何偵查機關之執法隊伍，超然中立的法官，對於特定刑事訴訟的結果，並無任何利害關係。因為違法證據排除法則的威嚇作用，是在因為據此產生的結果能夠改變執法人員的個人行為，或者執法部門的執法政策，而這些理由都無法適用在有權簽發令狀的超然中立法官[17]。這是因為違法證據排除法則的必然假設前提是，執法人員是故意的，或者至少是因為重大疏忽而剝奪了被告的某些權利，因此希望透過拒絕承認執法人員因違法取證程序所獲得之證據，法院希望這些特定的執法人員或者將來的執法人員能夠更加注意被告的基本權利。但是，當執法人員的行為完全是善意的時候，威嚇原理就失去了效力。因此，當客觀上出於善意的執法人員係經由地方法院法官簽發令狀，並在令狀授權的範圍內據以執行搜索或扣押時，以上的論斷就顯得尤為正確。此乃係因為，在此類似的情況之下，依據法官所簽發之令狀而據以執行之搜索或扣押，除非執法人員係以詐欺之方法取得法官簽發之令狀而據以執行搜索或扣押，否則並不存在執法人員的違法行為，因此也欠缺了威嚇的對象。

此外，在一般情況之下，根本上無法期待執法人員去質疑地方法院法官是否有合理根據做出認定，或就法官所簽發之令狀的形式或技術上，是否符合法律相關規範去做實質上的審查，自不能因為地方法院法官對於法律規範的錯誤認知，而去質疑執法人員為什麼沒有去對法官所核發之令狀做實質審查，反過來去懲罰威嚇執法人員，為什麼沒有去對法官核發之令狀做合法性與否之實質審查，這點從邏輯上來看，並不能威嚇執法人員違反聯邦憲法第四修正案之行為[18]。且從邏輯上來看，地方法院法官簽發的令狀，通常已足以證明執法人員是善意的，除非執法人員欠缺合理的根據證明，以至於致使對存在合理根據的確信是完全不合理的，或者執法人員是以詐欺地方法院法官的手段而取得法官簽發令狀的特殊情況，此時適用違法證據排除法則，將此種以非善意或詐術取得法官簽發的令狀，因此所取得之證據加以排除，才會具有違法證據排除法則所欲對執法人員產生將來威嚇作用之存在目的。因此，執法人員根據法官所簽發之令狀執行搜索或扣押，因而取得之證據，因為執法人員並無惡意，且非以詐欺或不實之手段去騙取法官簽發令狀的情形之下，違法證據排除法則理論，就失去其立論基礎，因此所取得之證據，就例外不應該予以排除其證據能力，因而例外得作為認定犯罪事實之證據。

（文轉三版）



春　櫻　綻　放

攝影／錢如聰（臺中高行退休同仁）

註釋

13 Dunaway v. New York, 442 U.S. 200, 217-218, 99 S. Ct. 2248, 2259-2260, 60 L. Ed. 2d 824 (1979).

14 United States v. Leon, 468 U.S. 897, 919 (1984).

15 Id, at 911-913.

16 陳文貴，刑事訴訟法理論與實務註釋（上），2025 年 9 月，4 版，391-392 頁。

17 United States v. Leon, supra note 14, at 917.

18 Id, at 920-921.

19 王兆鵬，新刑訴 ・ 新思維，2004 年 10 月，13、15 頁。

言法院祖君
ONLINE
歡迎成
司法院與法務部共同建置一站式服務
被害人刑事訴訟資訊網
乾淨・透明・
司 法
http://www.juc

（文接二版）

肆 檢討與評釋

一、理由所述情形係屬善意例外

本案最高法院非常上訴判決參考了學者所引述，以外國法例為主之徵詢意見認為，刑事訴訟法第 133 條第 3 項規定「應扣押物」及第 133 條之 1 第 1 項規定「得為證據之物」之扣押客體，基於維護人民一般隱私權、保障其訴訟權益及實現公平法院之憲法精神，應依目的性限縮，而不及於「過去已結束」之通訊內容。是以，檢察官對於「過去已結束」之通訊內容之非附隨搜索之扣押，原則上應向法院聲請核發扣押裁定，不得逕以提出或交付命令之函調方式取得，方符保障人民一般隱私權之旨，固值得肯定。惟美中不足的是，本案最高法院非常上訴判決理由對於原確定判決（經原確定判決引用並引為附件），即第一審判決理由所指：法官自不得核發調取票，縱然核發，司法偵查機關亦不得執此無效令狀獲取具有通信內容之通訊。如果取得，此「應經法官核發通訊監察書」，卻「未經法官核發」而逕取得之證據，自屬違反通保法第 5 條或第 6 條之規定進行通訊監察所取得之證據，應有同法第 18 條之 1 第 3 項證據排除規定之適用。亦即，倘若本案係檢察官合理信賴超然中立的地方法院法官簽發的調取票，因而取得「過去已結束」之通訊內容，其證據能力有無之問題，是否如同第一審判決所認定，亦應適用通保法第 18 條之 1 第 3 項之規定，排除其證據能力，其法律見解是否正確，擱置未論。這個問題涉及了違法證據排除法則之基本問題，那就是威嚇執法人員的違法取證，與保障人民不受國家公權力對隱私權的侵害，這兩個問題之間的利益權衡緊張關係，應予釐清，且至關重要。

倘若本案檢察官是聲請地方法院法官核發令狀（調取票），並經准許調取本案 Hibox 傳真資料，而並非適用刑事訴訟法第 133 條第 2 項（現行法第 3 項）命令提出或交付而取得本案 Hibox 傳真資料，則地方法院法官依據檢察官聲請所核發之「調取票」乃係實質意義法官簽發之令狀，與搜索票或扣押裁定無異，檢察官即係基於善意向法官聲請核發令狀，而調取本案 Hibox 傳真資料，且並無以詐欺之方法向法官詐取調取票。況且本案情形在上述本案最高法院非常上訴判決見解形成之前，實務上並無確定可資遵循之規則或案例可循，則倘若檢察官係依據法官核發之調取票，因而取得本案之 Hibox 傳真資料，那麼即足以證明檢察官在取證程序上，並無實質規避法律規範或詐騙地方法院法官簽發令狀之惡意存在。

依上文所述，違法證據排除法則之立論基礎並非在排除正義，而係希冀透過排除違法取證所獲得證據之目的，達到嚇阻政府機關違法取證，藉以保障人民憲法上權利之預期效果。因此，如果政府機關的執法人員是善意執法，甚至無任何重大過失，違法證據排除法則就無法達到嚇阻違法取證之預期效果，那麼依據上述違法證據排除法則之善意例外，此種基於善意經由法官簽發令狀而取得之證據，其證據能力就無須予以排除[19]。因為從違背法定程序時之主觀意圖來看，既然執法人員係出於善意，就不存在違背法定程序之主觀故意意圖，那麼排除其證據能力就不能產生預期的嚇阻效果，也無從達到禁止使用該項證據對於預防將來違法取得證據之效果，則應例外不予排除其證據能力。

二、應適用刑事訴訟法之權衡法則

本件最高法院非常上訴判決理由認為，檢察官對於「過去已結束」之通訊內容之非附隨搜索之扣押，原則上應向法院聲請核發扣押裁定，不得逕以提出或交付命令之函調方式取得。原確定判決維持第一審判決之見解，認本案「Hibox」傳真列印資料係經由電腦伺服器儲存傳真影像而傳送訊息，涉及通訊之實質內容，當以通訊監察書方可取得，檢察官以調取票調取，違反通保法第 5 條或第 6 條規定取得，依同法第 18 條之 1 規定，不得採為證據，因而維持第一審之無罪諭知，駁回檢察官在第二審之上訴。其採證之判斷，顯係誤用通保法，自有適用法則不當之違法。蓋因，本案並無通保法規定之適用，自無依通保法第 18 條第 1 項規定決定有無證據能力之適用餘地。

既然本案例情形，依最高法院非常上訴判決理由所指，原則上應依刑事訴訟法之規定，向法院聲請核發扣押裁定，而本案檢察官並非依據刑事訴訟法之規定向法院聲請扣押裁定，則就非屬監聽（通訊監察）之違法蒐證行為，既不在通保法第 18 條之 1 第 3 項之規範範圍內，自無通保法特別規定之適用餘地，而應回歸適用刑事訴訟法之規定。就此，刑事訴訟法並無特別規定本案例之情形不得作為證據，則應適用刑事訴訟法第 158 條之 4 規定，除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護。參酌刑事訴訟法第 158 條之 4 規定之立法目的來看，立法理由三也明確揭示：至於人權保障及公共利益之均衡維護，如何求其平衡，因各國國情不同，學說亦是理論紛歧，依實務所見，一般而言，違背法定程序取得證據之情形，常因個案之型態、情節、方法而有差異，法官於個案權衡時，允宜斟酌（一）違背法定程序之情節。（二）違背法定程序時之主觀意圖。…（五）禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果。…（下略）。可見立法者亦同樣採取上述善意例外之規範模式，則倘如第一審判決理由所述，檢察官係依據法官核發之調取票，准許調取本案「Hibox」傳真列印資料之情形，則客觀上檢察官是合理信賴超然中立的地方法院法官簽發的令狀，在法制未明之前，根本上無法期待檢察官必須去實質審查地方法院法官是否可以核發調取票取得「過去已結束」之通訊內容，也沒有事證足以認定檢察官是基於非善意，或係以詐欺之方法詐騙地方法院法官簽發調取票。因此，從上述論證來看，縱令事後依據本案最高法院非常上訴判決見解，應該判定此種依據法官簽發調取票方式所取得之證據違反法定程序，也不能因為地方法院法官的錯誤，卻反而去懲罰威嚇檢察官，因為這在邏輯上的論證是說不通的，無法達到違法證據排除法則之規範目的。從而，倘若本案係如第一審判決理由所指之情形，檢察官係根據地方法院法官簽發之令狀（調取票），准許調取本案「Hibox」傳真列印資料，因此所取得「過去已結束」之通訊內容，縱令肯定本案最高法院非常上訴判決之見解，應認為係違反法定程序，且無通保法相關規定之適用，但仍應有善意例外法則之適用，而應適用刑事訴訟法第 158 條之 4 之規定，參酌上述美國判例法有關違法證據排除法則之善意例外，應肯認因此所取得之證據，應有證據能力。

伍 結語

本案第一審判決認（經原確定判決引用並引為附件）：本案警方取得之上揭傳真機簽注單影像列印資料，不無有逸脫本院上述調取票所准許調取之範圍而取得之嫌，而屬違法取證，然既無通保法規定之適用，自不能依據通保法之規定來判斷其證據能力之有無，而應回歸適用刑事訴訟法之規定。

違法證據排除法則規範目的之前提假設是，希冀通過違法證據排除法則來嚇阻未來執法人員之違法取證，但當執法人員並無惡意，且並無使用偽造、變造之證據來詐騙法官簽發令狀的情形下，檢警相信中立超然法官審核後所簽發之令狀，因而據以執行所取得之證據，縱令事後發現法官簽發之令狀是違法的，然而因將此種因為違反法定程序所取得之證據，排除其證據能力，並無法達到違法證據排除法則之規範目的。因此，倘若本案檢察官係根據地方法院法官簽發之令狀（調取票），准許調取本案「Hibox」傳真列印資料，則因此所取得「過去已結束」之通訊內容，縱令事後認為違法，且無通保法規定之適用，自應回歸適用刑事訴訟法之規定，而非如第一審判決理由所述，縱然核發，司法偵查機關亦不得執此無效令狀獲取具有通信內容之通訊，如果取得，亦無證據能力之二分法。

另一方面，從邏輯上來說，不能因為地方法院法官對於法律規範的錯誤認知，反而去懲罰威嚇執法人員，進而認為應排除執法人員信賴中立超然法官所簽發令狀而取得證據之證據能力，因為這在違法證據排除法則的根本邏輯論證上，也是倒果為因的一種錯誤。因此，倘若本案檢察官係根據地方法院法官簽發之令狀（調取票），准許調取本案「Hibox」傳真列印資料，則因此所取得「過去已結束」之通訊內容，縱令事後認為違法，其證據能力有無之判斷，參酌比較法有關違法證據排除法則之善意例外，適用刑事訴訟法第 158 條之 4 規定結果，仍應例外認有證據能力。

（作者為臺灣高等法院法官）

廣告