

## 「2018消費者權益保障研討會-網路交易安全系列」定107年5月11日假國立高雄大學法學院516演講廳舉行

【本刊訊】本會消費者保護委員會、律師在職進修委員會與財團法人中華民國消費者文教基金會南區分會等合辦上開研討會，邀請資策會蕭副執行長博仁主題演講「數位時代消費者保護法制趨勢」。另就四大議題即「網路交易陷阱及糾紛」、「網路交易之消費者權益法制」、「網路交易安全之資訊安全法制」、「網路交易糾紛之救濟」分別邀請學者專家主講，本會謝以涵律師受邀主講「網路交易之陷阱及糾紛」，另本會郭家駿律師、李衣婷律師、劉思龍律師、陳松甫律師受邀擔任相關議題之與談人，本會郭清寶理事長受邀擔任第3議題主持人，吳小燕律師受邀擔任第4議題主持人，歡迎關心上開議題之會員踴躍報名參加。

## 本會定107年5月12日下午於高雄市鹽埕區「郭家肉粽」及「公共空間」音樂廳舉辦「熱力新血，榮耀高雄」～新進會員聯誼活動

【本刊訊】本會107年特舉辦新進會員聯誼活動，邀請資深道長與會分享執業經驗及傳承，幫助新進會員開拓人生，豐富執業生涯。參加會員限民國104年1月1日後加入本會之新進會員，並可偕同親友一人到場。新進會員免收報名費，偕同出席之親友酌收報名費100元

本會提供新進會員繽紛的交流平台，烘煨著打氣砥礪，經驗分享，傳承了雋永的好味道，就如同高雄塩埕的郭家肉粽，歷久彌新，飄香甲子。活動當日安排至店家二樓，復刻老塩埕的場景，第三代郭老闆將引領大家回到記憶的長廊，撫拾往日的繁華；碗粿手作坊，更等待新進會員的體驗，一簞一瓢，氤氳時光兜轉，點滴在心。對街音樂沙龍，樂音輕柔流淌，為新進會員一一介紹公會的服務項目，溫暖新進會員振翅高飛的雄心。公會社團，人文藝術體能兼俱，同場展現成果，期待挹注新進會員滿滿的能量。

除上並安排劉家榮律師與新進會員分

享，腦力、行動力、業務力結合的「律師人生」，另甫獲公益律師殊榮的林祺祥律師，將以他的古典吉他，為新進會員伴奏「律師的紓壓管道分享—寄情在音樂旋律中」，而新進會員也會在悠揚的琴音中，聽到小提琴王子林福容律師娓娓道來「融入音樂的生活」。

熱情的新進律師們，企盼您的茁壯，請別錯過了這場交流分享聯誼的盛宴。

## 本會定107年5月19日上午假高雄國際會議中心6樓603教室舉辦107年度律師在職進修研討會—「交通事故肇事原因鑑定實務」

【本刊訊】本次研討會邀請台北市車輛行車事故鑑定委員會姜運祜委員擔任講座，就「交通事故肇事原因鑑定實務」與會員交換意見並分享對此議題的想法及經驗。

姜講座畢業於中央警察大學交通系、美國北佛羅里達大學警察交通管理學院，現職為台北市車輛行車事故鑑定委員會委員、連江縣車輛行車事故鑑定委員會委員、汽車交通事故特別補償基金諮詢顧問等職，曾任職台北市交通警察大隊事故處理組組長，並曾擔任台灣警察專科學校、司法院法官學院、法務部司法官訓練所、保險事業發展中心、台北市監理所道安講習講師。實務經驗豐富，歡迎會員踴躍報名。

## 本會與中華民國律師公會全國聯合會定107年5月26日上午假高雄國際會議中心6樓603階梯教室共同舉辦107年度律師在職進修研討會—「貪污案件實務」

【本刊訊】本次研討會邀請臺灣高等法院臺南分院黃建榮庭長擔任講座，就「貪污案件實務」，由黃庭長以審判觀察者之立場，提出實務見解，供會員參考。黃講座曾任職臺灣臺南地方法院法官、臺灣高雄地方法院法官及庭長、臺灣高等法院高雄分院法官，學養及實務經驗俱佳，敬請期待！

## 【法律訊息公告】

◎法務部107.4.3法檢字第10700539450號函釋「就律師受祭祀公業委任對其派下員提起訴



訟，該律師有無違反律師法第26條適用疑義」。

理事及監事，是否屬執行律師職務而應加入執行職務所在地律師公會」

◎法務部107.4.3法檢字第10700525820號函釋「就律師受民間團體委託監督會員大會選舉

◎以上法律訊息詳細內容請上本會網站/會員服務專區/重要法律訊息/參閱。

## 會員婚喪喜慶

**賀！**會員許博傑律師於107年4月21日中午12時假台南市東區台糖長榮酒店舉行結婚喜筵。本會致送結婚福利金及盆花以表祝賀。

**賀！**會員劉家榮律師於107年4月28日上午10時至下午4時在高雄市鼓山區明誠四路156號5樓之1舉辦「廳理法律事務所」喬遷派對。本會郭清寶理事長等多位道長亦親臨致賀，現場熱鬧非凡，本會致送盆栽祝賀

**賀！**會員孫嘉佑律師於107年4月29日中午12時假高雄市苓雅區賓華會館1館舉行結婚喜筵。本會郭清寶理事長等多位道長亦親臨致賀，現場喜氣洋洋。本會致送結婚福利金及蘭花以表祝賀。

**悼** 會員黃豐玟律師先慈蔡女士於一〇七年三月十五日蒙主恩召，享年六十八歲，一〇七年四月一日下午一時三十分在新北市永和區永生教會舉行追思禮拜。

**悼** 會員彭俊雄律師於一〇七年四月十三日壽終正寢，享壽七十四歲，一〇七年四月廿一日中午十一時三十分假高雄市第一殯儀館旁大仁廳舉行公祭。本會莊雯琇常務理常等多位道長亦親臨致悼，場面莊嚴肅穆。本會致送福利金及花籃以表哀思。

## 照過來！活動相片



▲107.4.14本會舉行第14屆第2次會員大會



## 照過來！活動相片



▲107.4.17~4.22本會舉行國外旅遊「日本熊本.佐賀.福岡六日遊」



▲107.4.17~4.22本會舉行國外旅遊「日本熊本.佐賀.福岡六日遊」



▲107.4.17高雄市衛生局企劃處翁秀琴主任及陳鳳梅股長拜會



▲107.4.20臺灣橋頭地方法院107年第一次國民參審活動～本會蘇淑華(左一)、林易志(右二)律師擔任辯護人，邱麗妃律師擔任評論員(右一)，蘇俊誠副理事長(左二)出席與會



▲107.4.21本會與財團法人法律扶助金基會橋頭分會共同舉辦「看不見的移工：移工真實處境知多少？」研討會邀請汪英達主任主講



▲107.4.22本會舉辦「永安濕地～生態保育休憩天堂」環保之旅



## 錢建榮法官主講

## 刑事證據排除法則落實與發展

紀實篇

■ 林怡廷律師整理

## 壹、前言

錢建榮法官曾任台東地方法院法官、桃園地院民事執行處法官、刑事庭法官、兼任審判長四年及行政訴訟庭法官，現擔任臺灣高等法院刑事庭法官。平時致力於被告刑事訴訟程序中權益之落實，並於審判實務工作中，多次就個案聲請大法官解釋，除獲受理成功之外，更進而經大法官會議決議作成諸多具有重要影響力之大法官解釋，例如釋字第636號解釋(檢肅流氓條例)、第687號解釋(稅捐稽徵法)、第711號解釋(藥師法)、第718號解釋(集會遊行法)、第745號解釋(所得稅法)、第751號解釋(行政罰法)等，錢法官均發揮其重大影響力。而最終讓錢法官決定升任臺灣高等法院法官，乃因錢法官認為在二審法院仍具有其一定的影響力，錢法官舉例說，以往受刑人對於在監所中收受的執行命令提起抗告，法院法官皆是對該行政命令予以尊重，而大多直接駁回受刑人之抗告，更遑論進行開庭審理，錢法官日前受理到一樁因受刑人另案判刑後宣告犯罪所得沒收，而遭查扣其作業勞作金帳戶內款項之案件，依據法務部函釋認為，以受刑人平均標準而言，男性受刑人每月生活費以新台幣1,000元為基準、女性受刑人則為新台幣1,200元為準，因而發函查扣該名受刑人之作業勞作金帳戶內款項，每月僅留1,000元供該名受刑人作為獄中花費之用，該名受刑人不服提起抗告，表示得否於過年該月份多留500元，錢法官因此還另外開庭審理，並調取該名受刑人歷來之花費紀錄發現該名受刑人過去每月花費約是1,500元，有時其母親還會不定期補貼幾千元不等之生活費，代表該名受刑人固定花費即是如此，倘若

仍要扣到每月僅剩1,000元顯然不合理，因此裁定撤銷查扣款項之執行命令，錢法官強調，即便抽菸也是基本人權，人們不應該把中古世紀時期之守舊觀念「劣等原則」仍套用在今日社會當中，換言之，此種「認為受刑人的生活水平應該遠低於最底層勞工的最低生活水平，否則無法擔保有人會刻意為了吃牢飯而故意犯罪」的保守觀念已經不合時宜，應該予以屏棄，因此對於監所命令抗告之案件均會實質深入調查，進而地方法院幾個法官也就開始跟進，漸漸亦會開庭審理此類案件，算是錢法官發揮其擔任二審法官影響力之著例，錢法官對於人權之努力及堅持，也完全及充分地體現在這些案例中。

## 貳、延續前次課程之講題—傳聞法則還活著嗎？兼談準備程序應如何處理證據能力

錢法官從過勞法官事件談起，106年11月10日一位曾獲選優良法官的彰化地方法院法官鮑慧忠，開庭到一半突然腦中風倒地，緊急送台中榮總手術，司法院許宗力院長探病時表示，全國法官幾乎超時加班過勞，未來會減少減輕法官工作負擔、增加人力，避免再發生不幸。法官論壇中因此引發一片論戰，錢法官引述其中一篇之內容寫道：「刑事判決的證據能力，到現在還有多少人在交代一堆廢話？明明最高法院洪法官也出一張萬用表格推廣，要不要交代一目瞭然，偏偏有人就是覺得不寫手會癢，浪費一堆紙張又占記憶體。這在準備程序充分溝通就可以反應在裁判書的精簡上。無罪判決原則上不用交代證據能力。然後很多無罪判決還要另起一段：『無罪判決不用交代證據能力。』會有這個做法，八成有這種發展脈



絡：有學不專精只會用篇幅虛張聲勢的上級審帶頭挑剔，讓最高法院受不了表態無罪判決不寫證據能力沒關係，然後下級審當成護身符逢無罪必貼，防這種二審僵屍。」

然而，所謂「準備程序充分溝通」所指為何？是否如同各位律師在實務上所遇到的問題一樣，當我們在準備程序中爭執證據能力時，受命法官時常會力勸道：「大律師，你確定這邊要爭執證據能力嗎？還是在證明力的部分再表示意見就好？」難道，這就是上面所指的「充分溝通」嗎？甚至有時候會遇到被陷害的情況，審判程序的庭前筆錄針對證據提示部分已經預先都打好「沒有意見」，一旦開庭時快速提示，縱使我們曾在準備程序中一再爭執某項證據之證據能力，也可能因為快速提示或包裹式的提示而不小心忽略，上訴後要再指摘已是徒勞，所以錢法官說他審判程序的庭前筆錄針對證據能力之意見，並不會以「沒有意見」進行記錄，而是「意見同前所述」，以防止上述這種被陷害而無法上訴進行指摘的狀況。

另外，無罪判決不用交代證據能力則是很離譜的觀念。試想，是否有一種可能性，是因為證據被排除之後因此判被告無罪的情況？縱使是無罪判決，也是經過審酌各項證據後才能就被告被訴犯行加以認定、判決有罪或無罪，最高法院100年度台上字2980號判決卻謂：「倘法院審理之結果，認為不能證明被告犯罪，而為無罪之諭知，即無刑事訴訟法第154條第2項所謂『應依證據認定』之犯罪事實之存在。因此，同法第308條前段規定，無罪之判決書只須記載主文及理由。而其理由之論敘，僅須與卷存證據資料相符，且與經驗法則、論理法則無違即可，所使用之證據亦不以具有證據能力者為限…」，然而審酌各項證據內容之前提，不就應該先決定該項證據有無證據能力嗎？無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據，刑事訴訟法第155條第2項定有明文。此處「判斷之依據」當不僅指有罪判決為限，而包括無罪判決在內，且立法者揭櫫：「法院要判斷證據資料的證明力，應以具證據能力者為前提」。在未確定其是否有證據能力之前，法院根本無從提前判斷其證明力，更遑論在確定證據應禁止使用時，法院如無足夠的證據資

料足以論斷證明力，僅能為無罪判決。換言之，在法院論斷有無證據，及證據之證明力是否足以形成有罪心證前，必須先進行證據能力之判斷，始得確定審判程序尚有無足夠之證據可供判斷為心證之基礎，此乃邏輯之必然。從而，認為無罪判決可以無庸為證據能力之判斷，而無須於判決理由內論敘說明，顯有因果倒置、邏輯謬誤之嫌。因此原則上每一項證據都應該於準備程序中，就交代其證據能力之有無，唯一沒有辦法在準備程序中交代證據能力的，就是必須要透過權衡後才能決定應否排除之證據。

另外一個重要的命題是，究竟交互詰問前，辯護人要不要與證人接觸？錢法官認為，只要辯護人不是為了串證，傳喚證人行交互詰問前，本來就要接觸證人，否則應如何得知該名證人是屬於友性或敵性證人？

#### 參、用憲法挑戰國家的另類法官

106年3月天下雜誌618期專訪錢法官的一篇文章，開頭即謂：「他提出的所得稅法釋憲案，造福540萬的受薪階級；他也讓檢肅流氓條例被宣告違憲，自此廢除，流氓一罪不二罰。在他眼裡，流氓與上班族無異。人權與正義，如何拿捏？」

錢法官甚至曾經踩在邊界上，放了有罪的犯人，只因證據是違法搜證。問他，明明知道犯人有罪還放人，不怕被罵是恐龍法官嗎？錢法官堅持「每個案子堅守無罪推定原則和正當法律程序，其實就是保障每個人，因為每個人都有可能成為國家的被告，他認為唯有堅持這樣才能保護所有的人。」畢竟，就像前面所說的，判決被告有罪的前提，也是要透過「有證據能力的證據」才能判定的。

#### 肆、鄭性澤殺警案—最高法院不解非任意性自白的繼續效力

檢察總長顏大和就任受理鄭性澤第23次提出的非常上訴請求，於103年8月19日提出二大理由，為鄭性澤向最高法院提起非常上訴。理由之一即是「法官認為警方對鄭性澤不正取供，鄭性澤警詢筆錄不能當作有罪證據，但鄭性澤在警詢後一小時，隨即在醫院被檢察官訊問並自白認罪的內容，法官漏未查明鄭性澤是否因承辦警員在場戒護，心裡仍受恐懼壓迫而



違背自由意志。」然而，最高法院於104年駁回顏大和提出之非常上訴，認為「鄭性澤從醫院被押解回警局接受檢察官第二度偵訊時，翻供否認殺警，代表鄭性澤在檢察官面前有自由陳述的能力，可見他在醫院被檢察官第一次偵訊內容未違背自由意志，可作為有罪證據。」仍舊迴避查明鄭性澤於檢察官第一次偵訊時是否因承辦警員仍在場戒護，則警詢遭不正訊問之恐懼與壓迫感仍延續，進而違背其自由意志為陳述。最高法院不去討論檢察官製作第一份筆錄時，是否承繼警方刑求所營造的強暴、脅迫等不正訊問氛圍，致鄭性澤的心理強制與壓迫是否仍延續，而影響其陳述的自由意志，反而倒過來，用距離刑求更遠的檢察官第二次偵訊筆錄，因為鄭已翻供否認殺警，可見有自由陳述的能力，足見在醫院的第一次筆錄未違背其意願。這是甚麼邏輯與法理？繼續效力討論的是警詢不正訊問的效力往後延續到何時，最高法院卻用被告後來已翻供來反推先前的自白有任意性？如此所有翻供否認犯罪的被告，先前的自白豈不都有效？這是在嘲笑被告意志不堅嗎？到第二次偵訊才翻供。

最高法院101年台上5570號判決內，雖有論及非任意性自白之繼續效力，也就是學說所稱「毒樹果實理論」，認為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。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。但是最高法院最後卻又急轉直下，認為被告於法務部調查局台北市調查處詢問時第一次自白，嗣於檢察官訊問時再次為自白，不論被告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，觀之被告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被告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，被告於檢察官訊問時之自白，有證據能力。

鄭性澤案確定判決，連直接認定警察構成刑求，違反刑事訴訟法第156條第1項都不敢明說，只拐彎說：「本件係屬殺警案，承辦警員與被害警員在感情上有相當密切關係，本院就警詢自白是否出自被告之自由意志有合理之懷疑，而不採為認定被告犯罪之依據」，反正還有檢察官的第一份自白筆錄可以採用，不得罪警察，也能定被告的罪。只是，該合理之懷疑的依據何在？也讓人摸不著頭緒。

此外，錢法官也提到，關於非常上訴制度的存廢問題。他認為，非常上訴制度所應具備的相關要件，其實設計上是可以直接被納入再審制度取而代之，因為「讓一種制度只掌握在一個人手裡」（指檢察總長）是很恐怖的現象。

105年3月18日，台中高分檢檢察官陳幸敏為鄭性澤聲請再審；同年5月3日，台中高分院裁定開啓再審，並暫時釋放鄭性澤回家，這是他失去自由的第5,231天。歷經11次開庭，鄭性澤終於在106年10月26日獲判無罪。受害員警蘇憲丕的妻子雖請求檢察官再上訴，但台中高分檢於11月20日公開說明，全案已審酌鄭性澤、蘇憲丕家屬的權益，並顧及法律面、事實面的調查，並盡調查之能事，因此台中高分檢不上訴，全案在21日零時後無罪定讞。

### 伍、傳神的「法庭遊戲規則」，法官必須警覺司法也可能是加害者

法庭遊戲規則是錢法官自《德蕭維奇回憶錄》所獲得的啟發，他歸納法庭幾點遊戲規則：一、事實上大部分的刑事被告都是有罪的；二、警察都知道不違法、違憲很難抓到被告；三、警察在他們有無違法、違憲上都說了謊；四、法官都知道他們在說謊，但還是會採信，因為法官也只想定被告的罪；五、所有的法官及辯護人都知道規則四；六、沒有人追求正義，這裡所講的正義，指的是程序正義。

最高法院如果有憲法意識，鄧元貞重婚案不需要由大法官解釋來推翻；最高法院若願意面對司法前輩的錯誤，及體察民意與社會環境的改變，「兇器客觀說」這種侵害人權，不符人民法律情感的判例，早就廢棄不再援用了。歷經高壓統治的戒嚴時代，早就習慣了憲法只



是裝飾花瓶的教育，最高法院資深法官們沒有憲法保障人權的素養與思維，並非不能想像。

錢法官認為，應建立「裁判違憲審查制度」，目的不是創設第四審，而是提醒法官解釋適用法律不能超脫憲法，人權的侵害隱藏在所有法官審理的普通案件中，包括法官作成的司法決定。只有法官認知司法可能是基本權的加害者，而非只是保障者，才會願意正視憲法，在乎憲法。

### 陸、曇花一現的實例—沒搜索票進屋查槍，被判拘役

桃園市中壢警分局興國派出所四名員警，查獲吳姓、彭姓竊盜犯，吳女供稱贓物寄放在陳姓友人家，還爆料友人住處藏有槍枝，警方搜索查扣改造槍枝及子彈，陳男事後也被判刑，但4警因非法搜索不符程序，分別被判處拘役20天，得易科罰金(桃園地方法院103年易字第1143號判決)。但經四名警員上訴到高等法院後，高等法院將原判決撤銷，改判四名警員均無罪，理由是：「四名警員前往犯嫌住處之動機，是爲了偵查案件，本件有突發的緊急狀況而有逕行搜索之必要，搜索槍彈，雖不符合附帶搜索之規定，但四人主觀上當無違法搜索之犯意。」可謂曇花一現的實例，非法搜索罪的條文，根本沒有主觀構成要件，如何能以主觀上無違法搜索犯意判定四名員警無罪？

至於無票搜索扣到槍彈的案件，起訴後亦判決被告有罪，因法院認定搜索雖然違法，但權衡後仍認為有證據能力(桃園地方法院99年訴字第429號判決)。換言之，法院雖不否認本件警察是非法搜索槍彈，但是認為因之解除被告違法寄藏、持有殺傷力槍、彈於套房式住宅，對週遭出入之不特定多數人所構成之嚴重威脅，保護利益實明顯較高，況以斯時警方據吳淑明及彭仁滄之指證，業已充分掌握被告違法持有系爭槍彈之相關線索，系爭槍彈經循線實施合法偵查作為而查獲實屬必然，也就是「假設偵查流程」概念，兼權衡該次搜索違背法定程序之主觀意圖、狀況等一切情狀，揆諸刑事訴訟法第158條之4之立法意旨權衡被告人權保障及公共利益之考量，認該次搜索扣得之系爭槍彈非無證據能力。

結論就是：檢警不會錯，若有錯也是主觀

沒惡意，就算錯了，只要被告犯罪，尤其是重罪，一律權衡有證據能力，最高法院法官曾言：所謂證據排除法則，就是「權衡後不排除法則」。

### 柒、錢法官的判決介紹—幾則證據禁止、排除使用的實例

#### (一)地方法院

桃院93訴字第1743號(騙來的搜索票)、桃院93易字第1086號(詐欺的檢察官)、桃院95訴字第1558號(是警察還是盜匪)、桃院97簡上字第204號(不自願的同意搜索)、桃院99簡上字第628號(三菱喜美速霸路)、桃院101易字第83號(毒品前科一律採尿)

#### (二)高等法院

高等法院105上訴字第2107號、高等法院106上訴字第1601號、高院106上易字第1825號、高等法院106上易字第219號(侵害緘默權及強迫的同意驗尿)、高等法院106上易字第914號(難掩性傾向歧視的違法搜索)。

### 捌、結語

錢法官所舉出的每一則判決論述都非常精采，值得利用時間仔細研讀，錢法官也笑著說，各位如果看完這些判決實例，至少對於證據排除法則的理解會非常扎實，也更能懂得如何操作，因為這些都是他苦心多年、用功研讀許多學者書籍論文、國內外立法例等，所領會出的「證據排除法則」操作模式，他有信心，他的實務操作方式是正確的。

這次由高雄律師公會舉辦的「刑事證據排除法則落實與發展」，能夠邀請到臺灣高等法院錢建榮法官蒞臨高雄國際會議中心爲各位講授課程，對於高雄的律師而言，是充實、不容錯過的學習機會，當天演講幾乎是座無虛席，錢法官也嘉許現場律師，他說台北律師公會是全國人數最多的公會，但是舉辦講座卻沒有像高雄的現場一樣，來了這麼多人，他覺得非常感動。

本次講座活動礙於時間關係，無法深入到每一個錢法官所寫的實例進行介紹，甚爲可惜。然而，這或許也給了我們一個機會，讓高雄律師公會能夠再次有理由，邀請到繁忙的錢法官來爲我們沿續講授未完的課程吧！