

行政院國家科學委員會專題研究計畫 成果報告

偵查中指認程序之研究 研究成果報告(精簡版)

計畫類別：個別型

計畫編號：NSC 96-2414-H-004-047-

執行期間：96年08月01日至97年07月31日

執行單位：國立政治大學法律學系

計畫主持人：楊雲驊

處理方式：本計畫可公開查詢

中華民國 98 年 06 月 06 日

偵查中指認程序之研究

壹、指認之意義

指認是對「現在之觀察」與「過去之觀察」所做之比較。由證人所為之指認則是在其「記憶中對先前犯罪者的記憶圖像」與「現在出現之犯罪嫌疑人」是否相同之比較。此一指認之正確性不是僅繫諸於證人之良好性格或是誠實性。證人於指認後所為之陳述係一連串複雜過程後之終端產物，而此之錯誤可能性極高，主要的計有觀察、記憶與陳述等三階段，在每一階段均可能有心理上之錯誤發生，以致讓指認之可靠性與證據價值受到影響¹。於刑事訴訟程序，進行指認之目的在於經由證人檢視被告之外觀，以辨認該被告與其過去所體驗、經歷對象是否為同一。除少數情形外，被害人或證人即使對犯罪者之樣貌或特徵記憶清晰，但其陳述出來的內容未必能確實的將該犯罪者清楚、具體化，此時將疑似犯罪者本人或其照片提供給被害人或證人，使其確認是否確為其所目擊或經歷之犯罪者，即有重大實益。此一程序從法制層面之角度觀察，則至少涉及到（一）受指認人之權利與義務（二）指認者之權利與義務（三）指認實施之法律基礎、執行方式與（四）實施之機關等基本法律問題，並且，在以實質真實發現以及正當法律程序要求之現行刑事訴訟架構，如何適切的規範以及執行以上諸多問題，還會影響到其結果於審判程序證據該如何認定。對犯罪嫌疑人或被告進行指認，可說在每天的偵查實務上大量出現，然而我國現行刑事訴訟法對此之相關規定卻是少的可憐，因此，在法律規範密度嚴重不足的情形下，針對前揭問題司法實務如何解決，以及其法律基礎何在等問題，自值關切。

貳、指認之法律基礎

此問題涉及「對被告進行指認是否屬於法律保留範圍」以及「刑事訴訟法有無指認被告之規定」等基本問題。

1、指認應屬法律保留領域

就被告而言，國家機關為確認身份對其所為之指認，以及為達到有效指認所採取之必要措施等，均涉及到諸多被告之個人權利領域，尤其是受憲法保護之人格發展自由以及身體不受侵犯等基本權利²，依據憲法之要求，除非被告願意配合指

¹ Odenthal, Die Gegenüberstellung im Strafverfahren, 1986, S. 59. 記憶之本質在於不停的把外界事物合理化，我們容易把別人講的話聽進大腦之後，將以想像，並編成一合理的故事。心裡學上認為記憶是一個重新建構之過程，謊話說一百次會變成真話，人的大腦無時無刻不在編故事，一旦這個故事在腦海中形成，我們便看不到其他的可能性。洪蘭、曾志朗著，喜歡編故事的大腦，載於「見人見智—大腦與心智的行動交響曲」，2006.06，頁 61 以下。

² 司法院釋字第 603 號解釋文：「維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值」。在德國，身體檢查主要干預的基本權為基本法第二條第二項所保護之「身體不受侵犯」以及第二條第一項所保護之「匿名及隱私權利」，見林鈺雄，對被告/犯罪嫌疑人之身體檢查處分，台灣本土法學第五十五期，2004.02，頁 58。另學界有主張人民之「身體權」，例如強制注射以及剪除頭髮均屬對身體權之限制或干預，並主張身體權之重要性不亞於身體自由，甚至尤有過之，故其享受之憲法保障至少應與人身自由無分軒輊。見李建良，依法行政原則—法律保留

認，否則違反被告意願所造成之之基本權利干預，必須要有法律之授權方可，此屬於法律保留的範圍，對此司法院釋字第四四三號以及中央法規標準法第五條第二款等均有所闡明及規定³。最高法院於前揭判決內指出「進行單一指認未違反現行法律之規定，而不能謂其不合法」、「刑事訴訟法或其他現行法律並無進行指認程序之規定，證人如何正確指認犯罪嫌疑人，應依個案之具體情形為適當之處理」之見解，似認為指認無須法律授權即可實際進行，亦即指認被告不屬於法律保留之範圍，忽略指認被告將對於被告人權將產生干預或限制，按照憲法之要求，此一看法顯有疑問。除此之外，若認為指認被告不屬於法律保留之範圍，因此未有法律依據亦可為之的話，將對指認之實施造成重大困難，特別是在被告拒絕接受證人指認或是拒絕配合指認程序之需要的情況，將難以處理（例如可否使用強制方法？）⁴，並將妨礙指認之順利進行。

2、偵查中指認可能之法律基礎

如前所述，指認被告應屬法律保留之範圍，需要立法之授權後，方得執行。如此一見解為肯定，接下來的問題在於，現行刑事訴訟法究竟有無授權基礎，還是對於指認程序沒有任何的規定，也值得探究。

（1）命證人與被告對質（第一八四條第二項）

首先值得考慮的是，刑事訴訟法第一八四條第二項「因發見真實之必要，得命證人與他證人或被告對質，亦得依被告之聲請，命與證人對質」之規定，可否作為

原則，月旦法學教室第四十九期，2006.10，頁 51。

³ 司法院釋字第四四三號：「、、、而憲法第七條、第九條至第十八條、第二十一條及第二十二條之各種自由及權利，則於符合憲法第二十三條之條件下，得以法律限制之。至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異：諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之；涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則。」，中央法規標準法第五條：「左列事項應以法律定之：二 關於人民之權利、義務者。」

⁴ 除了須合乎法律保留原則的要求外，欲使證人指認程序得以順利與正確之進行，不可避免的必須要求被告作一些配合，最重要者為還原犯罪當時的形貌例如外型之改變（髮型或鬍鬚樣式等）、戴上眼鏡、穿上特定形式或顏色之衣服、去除臉上之化妝等，否則難以進行有效之指認。甚至，遇有被告不配合之情形，尚可採強制手段，或是禁止其做出妨礙指認之動作，例如故意擠眉弄眼、作鬼臉等。有疑問的是，可否為了準備或實施指認而強制被告必須配合，其可到達何種程度，其法律之授權基礎為何等，均是問題。將指認認為無法律依據，或是即使認為指認之信用性應該如同傳聞例外「可信性」嚴格要求的觀點，都無法解決此一問題，因而造成指認順利進行之窒礙。美國聯邦最高法院認為，被告並無拒絕接受指證之權利，若其拒絕，警察得不顧被告異議，將被告置於待指證之行列中，供證人指認。若法院命被告接受指認而被告拒絕，法院得以藐視法庭罪處罰之。見王兆鵬，證人指證之瑕疵及防制，載於氏著：刑事被告之憲法權利，1999.03 頁 223。另本研究認為，頭髮或鬍鬚樣式之改變應該僅屬於「單純之檢查處分」，而非「侵犯性之檢查處分」，因為此一措施既未進入到「皮膚或肌肉所覆蓋或包圍之身體內部」，亦無對身體造成損害，故不需要根據第二百零五條之一之授權與由醫生方可執行之。德國通說亦認為剃除頭髮、鬍鬚，或為其他外貌上之改變（穿上特定衣服、帽子，戴上或摘除眼鏡、卸除臉上之化妝等）均屬於為進行指認之準備工作，並無對被告身體為侵犯性的進入，未破壞被告身體的完整性，故允許為之，甚至在必要狀況下，亦可違反被告意願而為之。Odenthal, a.a.O., S. 66 ff.

指認之法律基礎。因為指認發生在證人與被告之間，故此條文中「證人與被告之間的對質」規定可否作為現行法下證人指認被告之法律依據，值得討論。

首先，對質的立法目的在於發現真實之需要，讓矛盾、不一的各種陳述藉由對質時的發問與回答得以澄清，「藉由對質程序，法院觀察其問答之內容與互動，親身感受而獲得心證，有助於真實之發見」⁵，但指認只是單面向的確認而已，並不涉及相互間的發問與回答，故證人對被告身份之指認可否包括在對質之範圍內，應採否定之見解。其次，就法條設計之位次來看，本條之位次在於刑事訴訟法第十二章「證據」第二節「人證」內，而此節係專就證人在訴訟上之權利義務等為規定，例如本項即規定證人負有與其他證人或被告之對質義務，至於被告是否有義務要接受證人對之指認，甚或具有其他參與之義務，似乎非本條之規定範圍，也就是說，無法從本條規定導出被告接受指認之義務。此外，欲使指認能順利的進行，或許需要若干強制措施的配合，而本條規定由於欠缺明定其執行手段，故並不能作為強制措施，例如強制被告配合的法律基礎。綜上所述，不僅由檢察官或法官所進行之證人指認被告程序，司法警察機關所為者亦無法以第一八四條第二項為其法律基礎（第一九六之一規定參照）。

德國刑事訴訟法內將對質分為「訊問對質」與「身份對質」二種，第五十八條第二項之規定「當對程序進行有必要時，偵查中允許與其他證人或與被告對質」，與我國刑事訴訟法一八四條第二項之規定類似，然德國通說均認為，該條規定只是規範「訊問對質」之情形，亦即證人、被告間為了釐清矛盾而互相質問而已，並不能作為強制被告接受指認之法律依據⁶，因為此條並不能作為授權基礎。此外從該條的歷史形成來看，也僅及於訊問對質而已⁷。

(2)、對犯罪嫌疑人之身體檢查（第二〇五條之二）

指認之主要目的在於確認犯罪者之身分，因此刑事訴訟法上現有關於確認身份之規定，是否適合於作為指認之法律基礎，即值得考慮。我國刑事訴訟法第二百零五條之二規定：「檢察事務官、司法警察官或司法警察因調查犯罪情形及蒐集證據之必要，對於經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告，得違反犯罪嫌疑人或被告之意思，採取其指紋、掌紋、腳印，予以照相、測量身高或類似之行爲；有相當理由認為採取毛髮、唾液、尿液、聲調或吐氣得作為犯罪之證據時，並得採取之。」此一規定賦予檢察事務官以及司法警察（官）對於經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告可進行之「確認措施」以及「採樣處分」等權限，學說上稱為刑事訴訟新法創設之身體檢查類型⁸，其目的則在調查犯罪情形以及蒐集證據⁹。由於對許多犯罪者之身份未必早為偵查機關知悉，故本條前段規定「採取其指紋、掌紋、腳印，予以照相、測量身高或類似之行爲」等措施之目的在於探究、調查被告身

⁵ 最高法院九十四年度台上字第一七四二號判決。

⁶ LR-M.Krause, 25 Aufl., 1999, § 81a, Rn. 45.

⁷ LR-Dahs, 25 Aufl., 1999, § 58 Rn. 13.

⁸ 林鈺雄，刑事訴訟法上冊（總論編），2004.09，頁 399。

⁹ 立法理由認為此等偵查輔助機關「依法有調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據之權限」。

體之特徵，以便於針對特定被告發動之刑事偵查內確認其是否有罪，則對於藉由被害人或其他目擊第三人指認以確認犯罪者的措施，似亦可包含在「探究、調查被告身體之特徵」範圍內，因此，雖然條文未明定「指認」，但條文所稱「類似之行爲」應可作為司法警察機關進行指認的法律依據。採此一看法亦對為實施指認，不得不進行的若干必要措施，例如對被告理髮、刮鬍等以便於指認之措施，提供了足夠之法律授權基礎。因為頭髮或鬍鬚樣式之改變應該僅屬於「單純之檢查處分」，而非「侵犯性之檢查處分」，此一措施既未進入到「皮膚或肌肉所覆蓋或包圍之身體內部」，亦無對身體造成損害，故不需要根據第二百零五條之一之授權與由醫生方可執行之¹⁰。

以德國為例，德國通說認為依據德國刑事訴訟法第 81a 條第一項前段「當對刑事程序有必要時，為確認犯罪事實得下令對被告進行身體檢查。」，少數說尚有引用第 81b 條「為了履行刑事訴訟或鑑識身份等目的之必要，能違反被告之意願對之為照相、採取指紋以及測量或其他類似措施」等之規定，可由偵查法官下令，必要時尚可動用強制之方式，違反被告之意願將之帶至證人之面前供其指認，並且為了指認之必要可以改變其髮型或是鬍鬚等。因為為了證據之目的，第 81a 條對被告允許實施廣泛之檢查措施，甚至在該條後段更允許了在特定要件限制下，可以侵入被告之身體，而第 81b 條則允許對被告照相、採取指紋及其他類似措施，如果認為法律將程度較輕微的指認措施排除在外，顯有不當。另外有力之學說則認為單獨從第 81a 條即足以導出證人指證被告之法律基礎，因為其中身體檢查係指對被告之身體表面以及個人特徵等所為之檢查，而證人指認同一性是透過感官之知覺確認被告之外在印象，故被認為是「身體檢查」之一種，而成為證人指認被告之法律依據¹¹。

參、指認之實施－「單一指認」是否違法

由於最高法院判決認為指認被告不屬於法律保留之範圍，故面對依法行政的要求下，僅須遵守「法律優位」原則即可。復由於法律沒有就證人指認被告之程序為規定，因此證人如何正確指認犯罪嫌疑人，「應依個案之具體情形為適當之處理」。的確，如上所述，即使認為刑事訴訟法第二百零五條之二之規定是刑事訴訟法授權指認被告之依據，但該如何具體進行此程序，卻看不到進一步之規定。但法律未規定，是否等於執行機關有權決定該如何適當之處理，除法律之外，有無其他之規範可資遵循，均值得進一步探討。以下即就實施單一指認是否違法的問題進行討論。

參、我國司法實務之看法（以最高法院判決為例）

¹⁰ 我國學說有同此看法，並認為此種為指認目的而改變身體特徵之處分，概念上並非鑑定，因此有關鑑定之規定（二〇四、二〇五條之一）不能作為授權基礎。此外，亦無法以「勘驗」之規定作為授權基礎。以上說明詳見林鈺雄，前揭文，頁 76 以下。

¹¹ Odenthal, a.a.O., S. 59; Kleinknecht/Meyer-Goßner, a.a.O., § 58a Rdnr. 9.

對此最高法院提出了三種差異甚大之看法：

1、單一指認並不違法：此看法認為，現行法律並沒有明確規定指認進行之程序，亦即應採單一指認或列隊指認，因此採單一指認並不當然違法，但要注意證人於單一指認時有無受到不當之影響、暗示，並且在證明力上，不得作為唯一之證據。九十四年度台上字第四七八號即明確表示：「證人指證犯罪行為人，我國現行法律並未明文規定應以何種方式進行，目前實施刑事訴訟之警察、檢察官及法官進行此項程序，大都將犯罪嫌疑人或被告一人帶至證人面前，或向證人提示犯罪嫌疑人或被告一人人口卡片或相片，令證人指證；此等由證人與犯罪嫌疑人或被告一對一、或向證人提示犯罪嫌疑人或被告單一照片或口卡片之指證方式，雖未違反現行法律之規定，而不能謂其不合法。、、、其陳述之目的，在使被告受刑事訴追處罰，內容未必完全真實，證明力自較一般證人之陳述薄弱。故被害人縱立於證人地位而以前揭方式為指證及陳述，且其指證、陳述無瑕疵可指，仍不得作為有罪判決之唯一依據，應調查其他證據以察其是否與事實相符，亦即仍須有補強證據以擔保其指證、陳述之真實性，始得採為斷罪之依據。」¹²

2、除非有例外情況，否則單一指認違法：此看法考慮到偵查中之指認為傳聞證據之一種，「考諸刑事訴訟法第一百五十九條之一至第一百五十九條之三規定被告以外之人所為審判外之陳述，須有可信之情況，始得作為證據之趣旨」，認為偵查中原則上均應採行「真人列隊指認」，只有在例外狀況始允許單一指認，否則指認程序即不適法。如九十五年度台上字一一七二號判決即認為：「案發後之初次指認，無論係司法警察（官）調查或檢察官偵查中所為，常重大影響案件之偵查方向甚或審判心證，自當力求慎重無訛，故除被告或犯罪嫌疑人係社會（地區）知名人士、熟識親友、特徵顯著、曾長期近距接觸、現行犯或準現行犯，或其他無誤認之虞者，方得採行當面、單獨之指認外，皆應依訴訟制度健全國家之例，以「真人列隊指認」方式為之，不宜以單獨一人供指認，或僅提供單一照片，甚或陳舊相片，以作指認，更不得有任何暗示、誘導之不正方法，否則其踐行之程序即非適法，自難認已具備傳聞法則例外之可信性要件」。

3、不因採「單一指認」而遽認結果無證據能力：例如九十五年度台上字第三〇二六號即採此一見解，認為：「按現行刑事訴訟法並無關於指認犯罪嫌疑人、被告（下以犯罪嫌疑人稱之）程序之規定，如何經由被害人、檢舉人或目擊證人以正確指認犯罪嫌疑人，自應依個案之具體情形為適當之處理。依法務部及內政部警政署於九十年五月、八月頒布之「法務部對於指認犯罪嫌疑人程序要點」、「人

¹² 類似看法如九十四年度台上字第六一二九號：「如證人於審判中，已依人證之調查程序，陳述其出於親身經歷之見聞所為指認，並依法踐行詰問之程序後，綜合證人於案發時停留之時間及所處之環境，足資認定其確能對被告觀察明白，認知被告行為之內容，該事後依憑個人之知覺及記憶所為之指認客觀可信，並非出於不當之暗示，亦未違悖通常一般日常生活經驗之定則或論理法則，又非單以證人之指認為被告論罪之唯一依據時，自不得僅因證人之指認程序與相關要領規範或其他學者個人之見解未盡相符，遽認其無證據能力。」

犯指認作業要點」及「警察機關實施指認犯罪嫌疑人程序要領」中之規定，於偵查過程中指認犯罪嫌疑人，係採取「選擇式」列隊指認，而非一對一「是非式的單一指認」；供選擇指認之數人在外形上不得有重大的差異；實施照片指認，不得以單一相片提供指認，並避免提供老舊照片指認；指認前應由指認人先陳述嫌疑人的特徵、不得對指認人進行誘導或暗示等程序，固可提高指認的正確度，以預防指認錯誤之發生。、、、、、、、自不得僅因指認人之指認程序與上開不具法拘束力之要點（領）規範未盡相符，遽認其無證據能力。」

二、評析

證人指證錯誤是刑事訴訟發生誤判的主要原因之一，除了證人故意的指證錯誤外，證人因觀察事物有誤、記憶瑕疵等，錯誤往往難以全然避免。而在偵查中之指認，尚要加入當時的偵查氣氛及偵查環境等，往往會影響證人之指證正確性。指認之方式不外採「一對一指認」，亦即將犯罪嫌疑人單獨一人帶至證人面前，要求證人指認，或是「成列指認」（或稱為選擇指認），即將犯罪嫌疑人與其他為數不等的與本案無關之人，站成一列，證人自此列隊中挑出其所認知之犯罪人。「一對一指認」方式固然較為便利，但由於帶有強烈之暗示性，以致於證人不是依據當時的記憶，而是期待做出「正確」的決定，或是證人受制於當場面臨之氣氛或壓力等，往往容易順從警方而為肯定之指認。相對於此，成列指認雖然較為費事，並且也不是沒有缺點，但其所受之影響通常較低，故在美國及德國實務上，均採用「成列指認」¹³。我國刑事訴訟法雖未明文規定指認之程序該採取「一對一指認」或是「成列指認」，但刑事訴訟之基本目的之一即在於探求實質之真實，憲法法治國原則的內容之一即在於刑罰權有效之實施，大法官釋字第五八二號內即強調「刑事審判基於憲法正當法律程序原則，對於犯罪事實之認定，採證據裁判及自白任意性等原則（本院釋字第三八四號解釋參照）。刑事訴訟法爰規定嚴格證明法則，必須具證據能力之證據，經合法調查，使法院形成該等證據已足證明被告犯罪之確信心證，始能判決被告有罪」。而證據對於認定事實之影響，由「並且訴訟之目的在追求正確之裁判，而在具體訴訟中，法律之適用係以事實之認定為前提，唯在事實認定無訛，始有法律適用確當之可言；而事實之認定由來於證據，倘證據非屬適法、真正，則其依此之判斷所為事實之認定，必將發生偏差，從而亦必導致法律適用於錯誤。是故證據對於事實認定所欲達成之「事實真實性」目標，顯具有可予左右之影響力」可知¹⁴。故從實體的真實發現要求來看，正確度較高之「成列指認」應優先採用才是¹⁵。

¹³王兆鵬，證人指證之瑕疵及防制，載於氏著：刑事被告之憲法權利，1999.03 頁 208；Odenthal, a.a.O., S. 59; Kleinknecht/Meyer-Goßner, a.a.O., § 58a Rdnr. 9.

¹⁴ 見林永謀大法官釋字第三九三號協同意見書。

¹⁵ 最高法院九十四年度台上字第四七八號亦明白指出「但因其具有被指證者即為犯罪行為人之強烈暗示性，證人常受影響，以致指證錯誤之情形屢屢發生，甚至造成無辜者常被誤判有罪，其真實性極有可疑。」

此外，雖然刑事訴訟法未就指認之程序有明文規定，但實務上 90 年 5 月 12 日由法務部邀集內政部、內政部警政署、法務部調查局及臺灣高等法院檢察署共商改進方案，並分別於 90 年 5 月及 8 月間頒佈的「法務部對於指認犯罪嫌疑人程序要領」、「人犯指認作業要點」及「警察機關實施指認犯罪嫌疑人程序要領」，又內政部警政署於 92 年中旬再發函「警察機關實施指認犯罪嫌疑人程序要領」以資補充。最後，法務部於 93 年 6 月 24 日以法檢字第 0930802241 號發文之「檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項」中，其第 99 點規定有關指認犯罪嫌疑人之方式等，其中均要求原則上不可以進行「單一指認」，而是須進行「選擇式列隊指認」¹⁶，並且進一步規定其實施細節，如供選擇指認之數人在外形上不得有重大的差異；實施照片指認，不得以單一相片提供指認，並避免提供老舊照片指認；指認前應由指認人先陳述嫌疑人的特徵、不得對指認人進行誘導或暗示等程序，以提高指認的正確度，以預防指認錯誤之發生，單就內容上觀察，較諸先進法治國家已是不遑多讓。而在法律位階上，以上各「程序要領」或「應行注意事項」等之法律性質，均為上級機關對下級機關依其權限或職權為規範機關內部秩序及運作，所為之一般、抽象規定，屬於行政程序法第一五九條第一項所稱之「行政規則」，其位階固非等同於法律，但就效力而言，行政規則有直接拘束行政機關以及行政人員之效力¹⁷，行政程序法第一六一條明定：「有效下達之行政規則，具有拘束訂定機關、其下級機關及屬官之效力」，因此，對於下級機關及公務員而言，遵守行政規則不單只是公務員義務之一種，且是具有法律位階之明文要求，因此，對於偵查機關而言，前揭各指認之規定具有補充法律不足之效果，為該些公務員執行指認時，具有法拘束力之「法定程序」，若有法務部或警察機關人員違反前揭指認規則的話，當亦構成刑事訴訟法第一五八條之四所稱之「公

¹⁶ 警察機關實施指認犯罪嫌疑人程序要領（90 年版）

(10) 犯罪嫌疑人之指認，除在犯罪現場或其附近當場逮捕者，得使被害人或目擊者當面指認外，應依下列程序進行列隊指認：

① 接受指認之數人在特徵上不可有重大差異，且人數應有六人以上，每次受指認列隊中僅含一犯罪嫌疑人。

② 指認前指認人不得接觸犯罪嫌疑人或涉及其他任何誘導指認之安排。

③ 以隨機列隊方式受指認，不可將犯罪嫌疑人排列於經暗示之特定位置。

④ 指認人可能認識之人，不可參與列隊指認。

⑤ 為列隊指認時不可單就特定人指示行使特定動作，如為辨識被指認人口音而令被指認人口述如「手舉起來」或指示戴面罩或轉身時，應令各列隊之人逐一行之。

前項列隊指認，如非涉及少年事件，不得以少年參與列隊指認。如因處理少年事件，擬由非涉本案嫌疑之少年參與列隊受指認，須先徵得其監護人或法定代理人同意。

警察機關實施指認犯罪嫌疑人程序要領（92 年版）

偵查人員，應審慎勘察刑案現場，詳細採取指紋、體液、痕跡等證物，以確認犯罪嫌疑人。

如必須實施被害人、檢舉人或目擊證人指認犯罪嫌疑人，應依下列要領為之：

(5) 應為非一對一之成列指認（選擇式指認）

¹⁷ 陳敏，行政法總論，四版，九十三年十一月，頁 555。

務員違背法定程序」。或有認為，行政程序法第三條「適用範圍」內第三項第三款規定，已將「刑事案件犯罪偵查程序」排除在外，故本研究見解應再斟酌。但第三項係規定「下列事項，不適用本法之程序規定」，不適用之對象僅指「程序規定」而已，前述而公務員需受上級機關或長官發布之行政規則拘束，為公務員之法定義務，屬實體事項，指認之實施亦不是行政程序法內之之各項行政程序，故不屬於排除範圍才是。

最高法院九十四年度台上字第四七八號判決認為「一對一指認」以及「照片或口卡指認」等，「雖未違反現行法律之規定，而不能謂其不合法」，似乎是僅從現行法律有無明文規定為唯一準據，認為既然法無明文，因此採何種方式均不能認為違法的看法，只是表面式的以現行法為據，忽略了刑事訴訟程序以追求實體真實，避免誤判的基本精神，因此此一解釋並不具說服力。此外，對於偵查機關違背其上級機關發布之行政規則一事，未在法院審理程序中指出此屬於刑事訴訟法第一五八條之四「公務員違背法定程序」取得證據之情形，在理由構成上似有缺漏。

九十五年度台上字第一一七二號認為：「考諸刑事訴訟法第一百五十九條之一至第一百五十九條之三規定被告以外之人所為審判外之陳述，須有可信之情況，始得作為證據之趣旨，是如何由指認人為適當正確之指認，自應依個案具體情形而決定」，亦值得檢討。由上級機關所發佈之指認程序要領或應行注意事項等，屬於偵查機關進行指認時須遵守之法定義務，如有違反的話，構成刑事訴訟法第一五八條之四「公務員違背法定程序」取得證據。最高法院援引傳聞法則「被告以外之人所為審判外之陳述須有可信之情況，始得作為證據之趣旨」，以相當程度的法官造法作用，填補立法之缺漏，也就是傳聞例外嚴重不足之缺漏¹⁸，在方法上考慮到第一五九條之一至之三等條文例外承認傳聞證據因具有「可信之情形」而有證據能力的立法意旨，認為偵查中指認之進行如可認為具有可信之擔保，自應取得證據能力，而非依傳聞法則逕將之排除，可謂煞費苦心的尋求解決之道，然而未免捨近求遠，棄現有明確之規範不顧而另就抽象甚至不明的標準¹⁹，且與向來即具爭議性的「可信狀況」判斷等連結，徒生困擾（尤其是考慮到可信狀況判斷與偵查機關合違法的關連性在哪？是否只要是違法偵查即可認為欠缺可信狀況？還是可信與否只是事實判斷，不將法律評價考慮在內？、、、等眾說紛紜的看法）²⁰，本研究認為並無必要。而本判決接下來「是如何由指認人為適當正

¹⁸ 我國引進傳聞法則時，就傳聞之例外並沒有縝密的規定，導致立法密度嚴重不足，尤其是第三人非於司法程序所為之審判外陳述，見林鈺雄，刑事訴訟法上冊（總論編），2004.09，頁452以下。

¹⁹ 例如該採「顯有不可信性」、「相對特別可信性」還是「絕對特別可信性」為其標準？此分類可參見最高法院九十四年度台上字第六二九號判決。

²⁰ 學者認為，我國有關證據排除之規定，係將「不可信證據」之排除與「違法取得證據」之排除並列，惟查此兩種排除法則理論基礎顯有不同，我國將依據及性質均不同的兩種法則，摻雜規定在同一證據章內，極易使人望文生義，滋生混淆，允宜釐清。見林輝煌，證據排除法則之思辨（上）

確之指認，自應依個案具體情形而決定」的看法，不但忽略前述公務員須遵守行政規則之法定義務，所謂「視個案情形具體決定」更似乎賦予偵查機關享有極大的判斷空間，此正與法務部或內政部等上級機關要藉由行政規則以拘束下級機關原則上均應採取「列隊指認」的本旨有違，並且在法院原則上須尊重行政機關「判斷餘地」的向來看法下，無異等於限縮法院之審查空間。最後，本判決雖然得出除特定情形外，「皆應依訴訟制度健全國家之例，以「真人列隊指認」方式為之，不宜以單獨一人供指認，或僅提供單一照片，甚或陳舊相片，以作指認，更不得有任何暗示、誘導之不正方法，否則其踐行之程序即非適法」之結論，但訴諸「訴訟制度健全國家之例」作為程序是否適法的判斷準則，不僅其法律位階曖昧不明，且棄本國目前已有，明確且直接拘束偵查機關之規範不用，逕行訴諸國外之立法例或訴訟實務，並不妥當。

最後是最高法院九十五年度台上字第三〇二六號。本判決雖明確認為依法務部及內政部警政署於九十年五月、八月頒布之各項指認規範之規定固可提高指認的正確度，以預防指認錯誤之發生，但判決中卻認為「按現行刑事訴訟法並無關於指認犯罪嫌疑人、被告（下以犯罪嫌疑人稱之）程序之規定，如何經由被害人、檢舉人或目擊證人以正確指認犯罪嫌疑人，自應依個案之具體情形為適當之處理」，似乎認為刑事訴訟法對於指認程序可說毫無規定，因此單一指認之程序是否合法，應由個案情形判斷。此見解同樣忽略公務員須遵守行政規則之法定義務，反而賦予偵查機關「應依個案之具體情形為適當之處理」的裁量空間，造成法規不一致甚至矛盾的問題（公務員違背法定義務，且是可提高指認的正確度，以預防指認錯誤發生之法義務，但刑事訴訟法內卻不見得認為違反法定程序！），並不恰當。更值得一提的，本判決後段尚認為過去進行之指認程序「自不得僅因指認人之指認程序與上開不具法拘束力之要點（領）規範未盡相符，遽認其無證據能力」的論點。首先，不符合指認規範之指認（例如單一指認）與該指認結果有無證據能力，本來就未必有等號關係，因此，就算該些規範具有法拘

—美國法制之借鏡—，台灣本土法學第八十七期，2006.10，頁39以下。以第一五九條之三規定之特信性要件而言，學者有認為此乃絕對之特信狀況，解釋上可以參照英美法上構成傳聞例外之出於自然之發言，如臨終前之陳述，或違反自己利益之陳述等。參見陳運財，傳聞法則之理論與實踐，載於：傳聞法則，2003.09，頁68。最高法院近年來見解對此也頗不一致，有認為係指特殊之事實情況，例如九十四年度台上字第五四九〇號判決：「其所謂「具有較可信之特別情況」（即學理上所稱之「特信性」），係指其陳述係在特別可信為真實之情況下所為者而言。例如被告以外之人出於自然之發言、臨終前之陳述，或違反自己利益之陳述等特別情形均屬之。蓋被告以外之人在類此特別情況下所為之陳述，就通常而言，其虛偽之可能性偏低，可信之程度較高」。亦有認為訊問程序之合法性亦應考慮在內，例如九十五年度台上字第一一九八號判決認為：「事實審法院除應衡酌該等筆錄作成之外部情況，就詢問有無出於不正方法、陳述是否出於非任意性、有無違反法定障礙事由期間不得詢問及禁止夜間詢問之規定、詢問時是否踐行告知義務、該等筆錄之記載與錄音或錄影內容是否相符等有無排除證據能力之各項，就該等陳述適法性與否為整體之考量外」，可說歧異甚大。法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項89：「另所謂不可信之情況，法院應審酌被告以外之人於陳述時之外在環境及情況，例如：陳述時之心理狀況、有無受到外力干擾等，以為判斷之依據，故係決定陳述有無證據能力，而非決定陳述內容之證明力。」對此並無明確的表示意見。

束力，但實施指認機關進行之程序與之並不相符，也不表示絕對排除該指認結果之證據能力（請參見下述肆、二）。本判決似乎憂心忡忡的害怕承認各指認規範有法拘束力後，單一指認會順理成章的遭致無證據能力之後果，此種結論將會與判決內指出「然指認之程序，固須注重人權之保障，亦需兼顧真實之發現，確保社會正義實現之基本目的」不符，甚至過份背離真實之發現。本研究以為此一憂心實屬多慮，而在理由構成上，正因為此種過度憂慮，只好確認前述之指認要點（領）等為「不具法拘束力」的看法，以化解此一憂慮，事實上這根本是得不償失，並且理由欠週！從憲法保障法官獨立審判，不受任何干涉的角度來看²¹，該些指認要點（領）等固不拘束法官，但卻直接拘束檢、警、調等偵查機關，且服從上級機關或長官下達之行政規則，如前所述，已屬一法定義務，當然具有「法拘束力」，構成刑事訴訟法所稱之法定程序之一才是。因此，當法官要進行指認程序，由於憲法保障法官獨立審判，法官不是該些規範之下屬機關或公務員，因此如果不依照該些指認要點（領）等之程序操作，當不能立刻以此為由而指責為違法，但受此規範之偵查機關人員如有違反，實屬違反一具有「法拘束力」之規範，而構成刑事訴訟法第一五八條之四之「公務員違背法定程序」才是。

肆、研究結論

偵查中指認被告，可說是辨識犯罪嫌疑人身份，以便繼續偵查或改變偵查方向的重要措施。但除了偵查之需要外，指認程序涉及相關人民基本權利之限制、指認結果對真實發現的助益或影響以及指認之不可重覆性等問題，在法治國的刑事訴訟下，如何確保偵查中指認程序之合理、正當，自不容輕忽。我國現行刑事訴訟法對此可說沒有完整、詳細的相關規定，但至少現行法第二〇五條之二可作為法偵查中指認之法律依據，至於其具體內容，法務部及內政部均已詳盡且符合世界潮流的指認規則、標準等以資補充，例如偵查過程中指認犯罪嫌疑人，係採取「選擇式」列隊指認，而非一對一「是非式的單一指認」；設置單面鏡指認室；供選擇指認之數人在外形上不得有重大的差異；實施照片指認，不得以單一相片提供指認，並避免提供老舊照片指認；指認前應由指認人先陳述嫌疑人的特徵、不

²¹ 參見司法院釋字二一六、五三〇號內對此之說明。然而這不表示法官可以任意的於審判中進行指認，除了重覆指認的問題外，即使於審判程序才進行第一次指認的話，也一定要採取「列隊式指認」，而非單一指認，因為在審判程序中進行單一指認，證人受到「誘導、暗示」等容易受誤導、失真的情況遠較偵查程序中為高，此點實不難理解，因為在審判程序中，被告之地位已因起訴之記載或是出現在審判庭而非非常確定，故證人對「眼前之被告即為犯罪人」的印象可稱根深蒂固。有鑑於此種高度的「誘導、暗示」可能性，因此學說上認為，藉由單一指認之方式以確定被告在證據上可說毫無價值。此外，必須採取列隊式指認的基礎尚出自於法院負有發現真實義務，法院有義務就可靠性較高且有調查可能性之證據進行調查，換言之，法院應盡可能的調查「較優證據」。當兩種以上據調查可能性之證據並存，而法院在無事實上之必要性或正當理由排除較優證據而選擇較劣證據的話，將違反發現真實義務而違法。當然，法院審理程序內進行適當之列隊式指認會有若干困難，但可透過事前的準備工作將困難有效減低。例如挑選以及準備「比對人選」方面，法院可以以法院行政之方式選任院內人員為之，或是透過職務協助要求警察機關提供。基於設備及安全之考慮，必要之時候，甚至可以將此指認移至法庭外之場所，例如警察機關內進行。Odenthal, a.a.O., S. 59.

得對指認人進行誘導或暗示；指認前提示指認人犯罪嫌疑人可能不在其中，或其外貌已經改變；多人指認實應分開實施，並禁止互相討論；避免指認人事前瞭解偵查內容或接觸卷宗資料；告知犯罪嫌疑人可選任辯護人到場以及指認過程中須完整錄影等，在現行法欠缺具體規定的情況下，實具有補充法律之不足，並直接拘束偵查機關的法律地位，理應成為審理法院將此一指認結果做為證據評價時的重要依據，並且藉由司法審查以督促偵查機關履踐對其有拘束力，且有助於真實發現的指認程序。