

國立政治大學法律學系碩士論文

指導教授：何賴傑 博士



證人於刑事程序上之地位
-以偵訊中錄音錄影規定為中心

研究生：林慧君 撰

中華民國一百年六月

謝辭

記得以前看學長姊的論文時，除了內容之外，總喜歡閱讀最前面的謝辭，感受論文寫作的心路歷程。今天，終於輪到我來執筆了。能走到這裡，心中有的是滿滿的感謝。

首先要感謝我的指導教授**何賴傑老師**。有幸從大學時代就受教於何老師，老師生動幽默的教學風格啟發了我對刑事法的興趣，也感謝老師容忍我許許多多、各式各樣的問題，並且不厭其煩的回答、啟發；上了研究所之後，除了修習老師所開設的課程之外，更有機會擔任老師的助理，使我對老師的治學熱忱及待人處事的謙和有更深刻的感受，也更加的敬佩。在論文的寫作過程中，感謝老師願意讓我嘗試這個「範圍看起來比較狹窄」的題目，並提供了我許多可以思考的面向，之後不管是在大綱的擬定、德文資料的尋找和理解以及章節架構的處理、安排上，老師都給予我很大的幫助，每次和老師討論完總有一種豁然開朗的感覺；也謝謝老師容忍我屢次修改文本，希望沒有造成困擾。總之，要感謝老師一直以來的教導、幫助及包容。

我也要感謝擔任口試委員之一的**楊雲驊老師**。老師的課總是能刺激我的思考，激發出對同一問題的新想法—這篇論文的雛形也就是在老師的課堂上產生的，感謝老師對於這個議題所提供的討論面向；更感謝老師百忙之中抽出時間擔任口試委員，並就論文中若干應加強論述及調整的部分提出建議，使我獲益良多，也謝謝老師口試時的鼓勵。同時，我也要謝謝另一位口試委員**許澤天老師**。老師雖然遠在台南，但在我去電邀請時仍爽快的答應；論文中不少引註及文獻引用的格式問題，老師都一一點出並與我討論，在德文翻譯、文字敘述及討論面向上，老師親切的說明也釐清我不少疑惑，使我的論文能更趨完善，真的十分感激。

另外，我還要謝謝**李聖傑老師**。感謝老師一直以來的教導和幫助，不僅是在課業上還是生活上，都能感受到老師的關心；謝謝李老師和**蔡晶瑩老師**為初學德文的我們所辦的讀書會，讓對德文完全陌生的我可以先有一點 sense，也感謝兩位老師對我這個「容易緊張」和「想太多」的助理所給予的包容和鼓勵。也要謝謝**陳志輝老師**。老師總是不厭其煩的回答我的問題，幫我釐清整個思考的脈絡，上老師的課總能有豐富且紮實的收穫；也感謝老師對我的鼓勵及幫助，像我的德國刑訴法典即是麻煩老師代購取得，這對於我在報告、論文寫作及法學德文翻譯

上，都有很大的助益，再一次的謝謝老師。

當然，也要謝謝政大所有我曾受教過的老師們（包括大學及研究所，也包括法律及非法律科目），謝謝你們的教導和啓發，使我的學習歷程更加完整，視野也更加遼闊。最後，還要謝謝盧映潔老師。謝謝老師願意出借德文論文給素昧平生的我，使我的論文文獻資料得以更加完整，非常感謝老師的幫助。

再來，我想要謝謝所有在「課堂上」還有「私底下」曾經指教、幫助過我的研究所學長姊們（因為人數太多，恐有遺漏，為確保「感謝的全面性」，在此採取概括、抽象的描述方式）。謝謝學長姊們熱心的提供意見、分享經驗及解惑，不管是在「學業上」還是「生活上」，都使我收穫豐碩，在此我要衷心的表達謝意。而在論文寫作過程中，大宛怡、小琬頤和巧琦學姊解決了我不少對於程序性質的疑惑（如計畫書格式、口試申請流程等），謝謝學姊們容忍我「頻繁」的 e-mail；也感謝小強學長的口試資訊及相關格式提供，真的減輕我不少作業上的麻煩，謝謝學長耐心的回應。當然還有在論文寫作過程中，熱心提供我資訊，及回答我問題的實務界前輩們。謝謝你們增進我對於實務操作模式的認識和了解。

謝謝陪伴我三年的你們：Emma、take、小八、小佑、小哈、中漢、平政、安婷、君逸、怡蕙、振飛。不管是上課、辦研討會、聚餐或只是純粹的聊聊天，和你們在一起總是特別開心、自在；謝謝你們的包容、體貼和幫助，不時會收到的貼心小紙條、小卡片、小禮物、e-mail、簡訊還有及時的加油打氣，都是我的動力！也是我快樂的泉源！能夠認識你們，和你們當同學，真的是我的福氣！也謝謝口試當天你們熱心的到場幫忙及默默的為我集氣，多虧了你們，給了我信心和勇氣。和你們相處的點點滴滴我都會記在心裡，這將是我人生中最美麗的記憶之一，希望友誼長存（要記得保持聯絡喔~），也希望大家一切順利！！

謝謝口試當天來旁聽及幫忙的耀文和愷蓉，還有給予我祝福的孟釗、穎穎、鴻元（我的記性不好，如果有漏掉的，請自行入座）；當然還有中心所有可愛的學弟妹們，讓我在需要幫忙的時候不至於找不到人。謝謝你們囉~

最後，我要謝謝一路以來無怨無悔支持我、作我後盾的父母。如果沒有您們，我不可能走到今天這裡。您們辛苦了！謝謝您們體諒、傾聽在論文寫作過程中我的心情起伏，不時的給我加油打氣，讓我可以順利的度過論文這一關。也謝謝所有關心我的家人們，你們的鼓勵及叮嚀讓我覺得自己很幸福。

最後的最後，我想要謝謝我自己。在整本論文的寫作過程中，曾經歷數次痛苦的思緒拉扯，也曾面臨「寫不出來」的困境，外文文獻的閱讀上也遭遇過瓶頸，但最終還是撐了過來。希望日後的我，不管面對怎樣的困難，都能有這樣的勇氣和毅力堅持下去。



林慧君

2011年7月 於政大

摘要

爲了達到國家追訴犯罪的利益，依據我國刑事訴訟法第 176 條之 1，任何人除非法律另有規定，否則都有「作證義務」，但並不代表證人必須當然忍受國家的任何行爲，而在設計證人相關制度時也應考慮證人的主體性感受。本文將以「偵訊中對證人的錄音錄影規定」爲研究中心：首先，將說明「偵訊中對證人的錄音錄影」在錄製及其使用上的特性及對證人、其他程序參與者的影響，還有與相關的法院審理原則的關係以及所需要的資源，並以此作爲規範需求的討論基礎；再來，將介紹我國目前的制度及實務操作情形，並與外國法制規定交相對照比較；之後將集中在我國及外國法院就「偵訊中對證人的錄音錄影」在審判時作爲證據使用的情形討論；最後，欲處理的是「律師把『偵訊中對證人的錄音錄影』用於審判外陳述」的行爲應如何看待、規範，並就國內目前所提出的草案及建議，從外國法相關規定的角度出發加以省視該立法建議的合理性。

關鍵字：證人保護、偵訊中對證人的錄音錄影、基本權第三人效力、基本權保護義務、自我表達權、資訊自決權、隱私權、傳聞法則、直接審理原則、公開審理原則、公平審判原則、對質詰問權、律師的法庭外陳述

目錄

第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機與目的	1
第二節 研究方法與範圍	2
第三節 本文架構.....	3
第二章 刑事訴訟程序中之證人	5
第一節 證人的定義.....	5
第一項 詞源學上之意義	5
第二項 法律上的意義.....	5
第三項 證人資格	6
第四項 小結.....	10
第二節 證人在刑事程序上的特殊性.....	10
第一項 就程序階段而言	10
第一款 偵查中	10
第二款 審判中	12
第二項 就證言形成的過程而言	12
第三項 與其它的證據相比而言	13
第四項 小結.....	13
第三節 證人在刑事程序中地位之演變	14
第一項 糾問制度時期.....	14
第一款 以中國舊律時代為例	14
第二款 以歐陸法制史為例.....	15
第二項 控訴制度時期.....	16
第四節 本章結論.....	18
第三章 刑事程序偵訊中對證人的錄音錄影及其使用	19
第一節 影響層面.....	19
第一項 錄製.....	19
第一款 與傳統文字性筆錄的差異.....	19
第二款 對證人的基本權干預	21
第一目 自我表達及資訊自決權	21
第二目 隱私權	23
第二項 保存.....	26

第一款 影音記錄的保存特性	26
第二款 對證人的基本權干預	27
第三款 法院程序作業考量	29
第三項 使用	30
第一款 傳統的訴訟上使用	30
第一目 使用目的	30
第二目 對程序中其他參與者的影響	33
第三目 與法院審理原則之衝突	36
第二款 訴訟外使用—律師的法庭外陳述	40
第一目 使用目的	40
第二目 對證人的影響	41
第三目 對程序中其他參與者的影響	45
第四目 與法院審理原則之衝突	46
第四項 小結	47
第二節 規範需求及設計層面	47
第一項 不同階段的影響層面	48
第二項 不同目的考量	48
第三項 相關資源	49
第四項 小結	52
第三節 本章結論	52
第四章 我國法就偵訊中證人錄音錄影之規定及實務操作情形	54
第一節 目前規定及實務操作情形	54
第一項 非性侵害案件	54
第一款 規定內容	54
第二款 規定之法源位階	58
第二項 性侵害案件	61
第一款 規定內容	61
第二款 規定之法源位階	65
第三項 實務操作模式	67
第一款 非性侵害案件部分	67
第一目 偵訊中錄音錄影的使用	67
第二目 錄音錄影時在場權及閱卷權的操作	69

第三目 保存及銷毀規定	70
第二款 性侵害案件部分.....	71
第一目 錄音錄影的使用頻率.....	71
第二目 對整體程序設計的感受	74
第四項 小結.....	76
第二節 刑事訴訟法草案介紹及評析.....	78
第一項 草案介紹	78
第二項 草案評析	79
第三節 本章結論.....	80
第五章 德國、美國及英國在偵訊中對證人錄音錄影之規定	82
第一節 德國法規定.....	82
第一項 第一期立法－《1998年證人保護法》	83
第一款 立法背景.....	83
第二款 條文規定.....	84
第二項 第二期立法－《2004年被害人權利改革法》.....	87
第一款 立法背景.....	87
第二款 條文規定.....	88
第三項 第三期立法－《通訊監察及其它秘密偵查措施及其方針轉換的新規定》	89
第一款 立法背景.....	89
第二款 條文規定.....	90
第四項 第四期立法－《2009年第2次被害人權利改革法》	91
第一款 立法背景.....	91
第二款 條文規定.....	92
第五項 小結.....	94
第二節 美國法規定.....	94
第一項 立法背景說明.....	94
第二項 州法規定	96
第一款 適用主體.....	96
第二款 適用情形.....	97
第三項 聯邦法典第18編第3509條	99
第一款 適用主體.....	100

第二款 適用情形.....	100
第四項 小結.....	102
第三節 英國法規定.....	102
第一項《1988 刑事審判法》時期.....	103
第一款 立法背景.....	103
第二款 條文規定.....	104
第二項 1991 年修正《1988 刑事審判法》時期.....	105
第一款 立法背景.....	105
第二款 條文規定.....	107
第三項《1999 青少年審判及刑事證據法》時期.....	108
第一款 立法背景.....	108
第二款 條文規定.....	111
第四項《2003 刑事審判法》時期.....	118
第一款 立法背景.....	118
第二款 條文規定.....	119
第五項 小結.....	121
第六章 外國法制規定分析及與我國法制之比較.....	122
第一節 外國法制規定分析.....	122
第一項 德國法.....	122
第一款 證人同意與偵查中錄音錄影的關係.....	122
第二款 對於錄音錄影資料行使閱卷權的限制.....	124
第三款 偵查中錄音錄影的被告與辯護人參與權.....	125
第四款 第 255a 條第 2 項第 1 句法官訊問要求的合理性.....	126
第五款 資源問題.....	127
第六款 小結.....	128
第二項 美國法.....	129
第一款 制度面.....	129
第二款 實踐面.....	132
第三款 小結.....	133
第三項 英國法.....	134
第一款《1988 刑事審判法》時期.....	134
第二款 1991 年修正《1988 刑事審判法》時期.....	134

第三款 《1999 青少年審判及刑事證據法》時期.....	136
第四款 《2003 刑事審判法》時期.....	137
第五款 實際運作情形	139
第六款 小結	141
第二節 與我國法制之比較.....	141
第一項 立法目的—法律效果.....	142
第一款 外國法制.....	142
第一目 立法背景	142
第二目 法律效果	142
第二款 我國法	143
第一目 立法背景	143
第二目 法律效果	144
第三款 小結.....	145
第二項 制度設計	146
第一款 外國法制.....	147
第一目 前提要件	147
第二目 訊問型態要求.....	148
第三目 資料檢視及隱私權規定	150
第四目 保存、銷毀規定	152
第二款 我國法	153
第一目 前提要件	153
第二目 訊問型態要求.....	154
第三目 資料檢視及隱私權規定	156
第四目 保存、銷毀規定	157
第三款 小結.....	159
第三節 本章結論.....	160
第七章 證人偵訊中錄音錄影資料作為審判中之證據	161
第一節 作為審判中的證據使用—以實務判決為例.....	161
第一項 英國法院判決.....	161
第一款 對質詰問權	161
第二款 公平程序及武器平等要求.....	163
第二項 美國法院判決.....	165

第一款 State v. Price (2005) 案.....	167
第一目 案例事實	167
第二目 雙方抗辯	167
第三目 法院意見	168
第二款 State v. Hacheny (2007) 案.....	169
第一目 案例事實	169
第二目 被告抗辯及法院意見.....	170
第三目 其它意見	170
第三項 德國法院實務.....	171
第一款 代替證人當庭陳述.....	171
第一目 參與權行使.....	171
第二目 補充詰問之操作	173
第三目 與同法第 252 條的相互關係.....	174
第二款 輔助已到庭證人之陳述	175
第三款 以「未經被告詰問證詞」為定罪主要依據.....	175
第四項 歐洲人權法院判決.....	177
第一款 所涉案件.....	178
第二款 處理原則.....	178
第五項 我國法院判決.....	180
第一款 偵訊的錄音錄影內容與筆錄不符時的解決方法	180
第二款 主要的適用案型.....	181
第三款 證據方法及調查方式	182
第二節 外國法院與我國法院實務之比較	184
第三節 本章結論.....	185
第八章 審判中使用的其他問題—律師的法庭外陳述	186
第一節 爭議起源.....	186
第二節 對律師法庭外陳述限制與否的考慮基礎	188
第三節 外國法制相關規定的內容及其目的.....	189
第一項 刑法規範	189
第一款 藐視法庭罪.....	189
第二款 德國刑法第 353d 條第 3 款.....	192
第二項 刑事訴訟法規範	195

第三項 禁聲令.....	196
第四項 倫理規範.....	198
第一款 英國.....	198
第二款 美國.....	200
第三款 德國.....	202
第五項 小結.....	203
第四節 我國相關的立法建議.....	203
第一項 刑法部分.....	204
第一款 草案介紹.....	204
第二款 評析.....	205
第二項 刑事訴訟法部分.....	210
第一款 規定介紹.....	210
第二款 評析.....	212
第五節 本章結論.....	214
第九章 結論.....	215
◎參考文獻.....	217



第一章 緒論

第一節 研究動機與目的

重大的刑事案件容易引發社會注目及輿論討論，尤其是案件進行中所產生的問題也常常被放大檢視，但這同時也是刑事訴訟制度重新受檢驗的機會，陳前總統的國務機要費案即為一例。當陳前總統的律師團以記者會方式，公開證人於特偵組偵訊時的光碟¹，隨即引起各方爭議：除了被公布的證人表示抗議外²，檢方更直指辯方此舉侵害證人之隱私權³，法務部更罕見的以「律師庭外言論不當」為由將律師移付懲戒⁴，司法院亦擬修法限制偵訊光碟的使用⁵；惟辯方卻以「被告受司法壓迫」、「公眾有權知道真相」為由加以抗辯⁶，而律師公會對於移付懲戒的律師，也以「並未違反相關職業倫理要求」為不懲戒處分⁷，並就可能禁止律師法庭外發表言論之立法草案表示嚴重抗議⁸。惟上開爭論並非首次出現：先前的馬英九特別費案中，就有質疑證人筆錄記載之真實性，而以當庭勘驗方式排

¹ 《播放光碟，不具殺傷力》，聯合報 A4 版要聞，2009 年 2 月 4 日。

² 《辜仲諒要求禁扁公開偵訊光碟台法院竟稱無能為力》，
<http://tw.people.com.cn/BIG5/14812/14875/8973309.html>（最後瀏覽日期：2011 年 5 月 30 日）

³ 《特偵組反控，斷章取義！檢指律師錯用軟體 陳鎮慧消影音 係情緒不穩禱告去了 檢察官協會指扁律師侵證人隱私》，聯合報 A1 版要聞，2009 年 2 月 4 日。

⁴ 《鄭文龍不懲戒處分 法務部：深表遺憾？》，
http://www.cdnews.com.tw/cdnews_site/docDetail.jsp?coluid=107&docid=100597636（最後瀏覽日期：2011 年 2 月 20 日）

⁵ 《司法院擬修法 偵訊筆錄、光碟 限訴訟用「萬一黑道大哥學扁律師 誰敢出面作證？」律師公會強烈反對：剝奪大眾監督執法權利》，聯合報 A4 版要聞，2009 年 3 月 7 日。

⁶ 尤伯祥，《為了逃離侏羅紀，所以公開播放偵訊光碟》，
http://www.jrf.org.tw/newjrf/RTE/myform_search_result_detail.asp?txt=%E6%92%AD%E6%94%BE%E5%85%89%E7%A2%9F&Submit=%E9%96%8B%E5%A7%8B%E6%90%9C%E5%B0%8B&id=2355（最後瀏覽日期：2011 年 2 月 20 日）。

⁷ 《鄭文龍 律師公會不予處分》，<http://www.libertytimes.com.tw/2008/new/dec/5/today-p9.htm>（最後瀏覽日期：2011 年 5 月 30 日）

⁸ 《法庭外禁播偵訊光碟 律師公會反對》，
<http://www.libertytimes.com.tw/2009/new/mar/7/today-p4-4.htm>（最後瀏覽日期：2011 年 5 月 30 日）

除筆錄證據能力⁹的先例；這並不僅是單純的檢辯兩造攻防，而是實際體現了刑事程序中被告和證人間的權利衝突，也呈現出檢辯雙方間地位和資訊間的差異，同時也顯現出對一向被視為「非（無須）公開」的偵查情況，確實有加以檢驗的必要。

而從刑事訴訟的制度面向來看，我國向來的改革，多偏重於被告權利的保障，對於**被動**進入程序之「非被告」之人，保護似有不周；尤其是對有作證義務的「證人」，在義務的要求上更是遠大於權利。上述時事主要點出了「公開光碟對於證人權利可能造成的損害」的爭議，惟此並非問題之全貌：究竟在偵訊過程中，對證人錄音錄影的「性質」及「目的」為何？有何「功用」？錄音錄影的「正當性」及「必要性」是否足夠？以及該錄音錄影資料應如何調查、使用，方可完整、真實呈現證詞之原貌？都值得討論。以我國目前的制度來看，刑事訴訟法第100條之1僅規定對「被告」訊問時應錄音，有必要時得錄影。但就證人部分究應如何操作？是否有規範依據？都是必須釐清的問題。另外，對於這些「影音訊問資料」在審判上的使用，應如何定位其證據方法及調查方式？適用的情形有哪些？能達到哪些目的等，都值得深思；另外，除了用於法庭內的訴訟攻防外，就法庭外的使用（或非純粹訴訟目的的使用）上是否應有所限制？應如何在確保被告利益和維護證人權利間作權衡？此是否會成為國家對付私人（律師和被告）的利器，進而加深兩造的武器不對等？本文希望藉由對上述爭點的釐清，就「偵訊中證人的錄音錄影」在刑事程序上作一清楚的定位，並就其使用上可能產生的爭議作一較詳細的討論。

第二節 研究方法與範圍

本文主要使用文獻分析法以及比較研究法。就「證人在偵訊中錄音錄影」在操作上及使用上可能引發的爭議，國內在陳前總統國務機要費案公布證人偵訊光碟之後，才開始有比較深入的討論；而在制度的設計及條文的規定上，雖然並非

⁹ 《特別費／侯寬仁筆錄不實？ 律師擬提告瀆職》，

http://www.tvbs.com.tw/news/news_list.asp?no=blue20070719120354(最後瀏覽日期：2011年2月20日)；《法庭外禁播偵訊光碟 律師公會反對》，

<http://www.libertytimes.com.tw/2009/new/mar/7/today-p4-4.htm>(最後瀏覽日期：2011年5月30日)

付之闕如，但是並不完整，也無法妥善解決上開時事中所發生的爭議。因此，除了就國內對於證人於偵查中錄音錄影的規定及相關文獻討論外，也將參考德國、美國和英國就此部分的制度設計及實證研究資料，希望借鏡外國法，從國外行之有年且較為詳細的制度設計，以及檢驗制度施行效果的實證報告，彌補國內現有資訊的不足，補充國內目前就此議題在討論上的盲點，並以此檢驗、分析各界所提出的修法意見及草案。

本文將先從證人在刑事程序中的定義及地位出發，說明證人在整個刑事程序中的特性及地位演變；接著，將聚焦在「偵訊中錄音錄影」對證人的影響，並以外國法相關規定及資料為借鏡，以此檢驗現有的制度是否合理、完整；最後，就錄音錄影資料的使用方式及使用範圍上可能產生的爭議，以相關國內外判決的處理方式為觀察對象，加以分析，從規範實踐的角度思考相關制度設計時所需考量的因素，並提出結論。

第三節 本文架構

第一章部分為「緒論」。用以說明本論文的研究動機及目的，所欲採取的研究方法，並界定本文的研究範圍及架構。

第二章的部分為導論性質，由於本文的觀察對象為刑事程序中的證人，故將先說明證人的定義及其在刑事程序中的特性及功用，並呈現在不同的時代，證人地位隨著刑事政策的轉變而有所影響，以此做為之後討論特定制度與證人間關係的基礎背景。

第三章將說明「偵訊中對證人錄音錄影」的特性，以及在操作和使用上對證人、其它相關人以及整體司法程序、資源的影響，並以上述立論作為討論規範需求及設計的基礎。第四章則說明我國目前的規範基礎，並就司法院所提出的刑事訴訟法草案加以介紹，並稍作評析。

第五章則進入對外國法制的介紹，透過對德國、美國及英國的立法背景說明及規定介紹，呈現出外國法制就「偵訊中對證人錄音錄影」的整體程序設計。第六章則先透過相關文獻、判決及實證資料為基礎，分析外國法制的規定，也說明規定實際運作的情形，並與我國法制相互參照，以比較異同的方式為一立法及政

策性的討論。

第七章將著重於「偵訊中錄音錄影」在審判上的使用情形：在外國法的部分，透過德國、美國及英國法院的判決和決議，說明在審判實務上使用此類資訊可能面臨的問題及須注意的事項，並以歐洲人權法院的判決為例，說明在審判中使用此類資訊的共識；在我國法的部分，亦以法院判決為觀察對象，輔以相關的學說討論，說明我國目前操作上的情形，並與前述外國法院實務作一比較。第八章則就「偵訊中錄音錄影」被辯護人用於法庭外的辯護活動時可能發生的爭議作一討論，除了就外國法的相關規定加以介紹、分析外，也就我國目前所提出的相應立法草案及建議加以評析。

第九章為「結論」。將綜合前述各章，就「偵訊中對證人錄音錄影」制度的討論做一總結，期能更了解該制度的意義及功能。



第二章 刑事訴訟程序中之證人

第一節 證人的定義

第一項 詞源學上之意義

「證人」一詞的「證」字，最早依《說文解字注》中之解，謂「證，告也。從言，登聲。今人爲證驗字。」，故有「告發而證實其事¹⁰」之意。而後，又有「凡事物足以助成斷案者，通謂之證¹¹」之意。其所衍申出的「證人」一詞，即可解爲「告發而證實其事之人¹²」或「足以助成斷案之人」。

再從西方語言學的觀點來看，則概念將更爲清晰。證人（Witness）一詞，最早起源於古希臘文 MARTIS 和 MARTYR（來源於「記憶」的動詞意思），原意指的是「見證殉道之人」。在拉丁文中，表示 Witness 的有兩個詞，一爲 TESTIS，意爲「於兩造之間的第三人」；另一詞爲 SUPERSTES，意指「經過一切事情的人」¹³。而德文的「證人（Zeuge）」一字（其源於動詞 ziehen，後演變出 Zeug（東西）一字），原意爲「到法院上告或爲公證之人」；而後又轉變出「überzeugen」一字，意爲「說服」¹⁴。

承上可知，不論東西方，「證人」一詞在語言學上的定義，皆有「證實其事」或「幫助釐清事實之人」的概念，此即爲「證人」一詞最爲核心的基本意涵。

第二項 法律上的意義

¹⁰ 辭源正續編合訂本，商務印書館編審出版，民國 51 年 2 月，頁 1391。

¹¹ 原文出處爲《大戴禮 文王官人》之「慎用六證」。轉引自 字形匯典第 35 冊 第 7 集，聯貫出版社出版，民國 90 年 9 月 1 日初版，頁 244。

¹² 祖偉，中國古代“據供詞定罪”刑事證據首要規則及理據解析，法治與社會發展 2008 年第 1 期（總第 79 期），頁 56。

¹³ 何家弘，證人制度研究，人民法院出版社，2004 年版，頁 1。轉引自 吳文淵，對質詰問與秘密證人保護之研究，國防大學國防管理學院法律研究所碩士論文，民國 98 年，頁 64。

¹⁴ Hauser, Der Zeugenbeweis im Strafprozeß mit Berücksichtigung des Zivilprozesses, 1974, S. 35.

大多數的立法者多視證人的定義為眾所皆知，故並未以法條規定的方式呈現；而少數以法條方式呈現的證人定義亦非全面，惟多強調「非當事人」和「知覺」兩個要素¹⁵，這也和由判決和學說所建構的內涵相近。學說上認為，證人係「於他人刑事程序（包括偵查和審判）中，陳述自己對於系爭刑事案件之待證事實的見聞的訴訟第三人¹⁶」；我國判決¹⁷中也以「在他人刑事程序中，陳述自己（過去）所見所聞具體事實之第三人，為證據之一種，具有不可替代之性質」為證人的定義。

除此之外，在法律用語上，證人還可能指「協助完成法律行為」的「見證人（Geschäftszeuge）¹⁸」，惟本文及上述所欲討論的並不包含此，而僅指「提供過去或現在事件或未來情況訊息」的「證據證人（Beweiszeuge）¹⁹」。

第三項 證人資格

古今中外都曾有法律試圖排除若干「不得擔任證人」之人，即就「證人資格」作出事先的限制，如《唐律》疏義·斷獄篇中規定，「基於律得相容者，即年八十以上，十歲以下及篤及，皆不得令其為證，違者減罪人罪三等」；而英美普通法在十六、七世紀時，亦曾規定「舉凡有色人種、當事人親屬、破產人、利害關係人、犯罪人、精神障礙人、兒童、無宗教信仰人，均排除其為證人」²⁰。除了基於對某些族群的歧視外，也是考量到作證需要一定的「知覺」、「記憶」及「陳述」能力；然預先排除某些能力（可能）不足之人的作證資格，某程度上使得審判可用的證據減少，進而影響司法職務之執行

¹⁵ Hauser, Der Zeugenbeweis im Strafprozeß mit Berücksichtigung des Zivilprozesses, 1974, S. 35, 37.

¹⁶ 林鈺雄，刑事訴訟法（上），2010年9月6版，頁532；林山田，刑事程序法，五南圖書公司，2001年9月，頁412；Beulke, Strafprozessrecht, 10. Aufl., 2008, Rn. 181；Hauser, Der Zeugenbeweis im Strafprozeß mit Berücksichtigung des Zivilprozesses, 1974, S. 38.

¹⁷ 最高法院 95 年度台上字第 6017 號判決、最高法院 95 年度台上字第 4111 號判決、最高法院 95 年度台上字第 409 號判決等。

¹⁸ Hauser, Der Zeugenbeweis im Strafprozeß mit Berücksichtigung des Zivilprozesses, 1974, S. 36.

¹⁹ Hauser, Der Zeugenbeweis im Strafprozeß mit Berücksichtigung des Zivilprozesses, 1974, S. 36.

²⁰ 林秀怡、黃啓賓，各國刑事司法有關未成年人作證能力之比較研究，國境警察學報第 2 期，2003 年 10 月，頁 103。

²¹，其正當性及妥適性備受批評²²。故現在各國基本上都傾向不對證人資格做出限制²³，所有的人都被假設具有適格性的證人²⁴，但給予法官事後個案性的權衡—考慮的基礎不純粹是特定的年齡、身分或生理或精神障礙，而是從其所表現出的能力決定其「是否有資格擔任證人」及其「陳述之證據評價」²⁵，並透過專業人員（如通譯）加以輔助²⁶。

另外，就證人所感知到的「事實」，是否包括非親身經驗，只是將原始證人所提供的事實予以陳述？此種所謂的「傳聞證人」，因其並未自行為實際觀察及提供直接證據²⁷，並缺少「原始證人」強烈說明事實的責任感，法院亦無法由就不在場的「原始證人」建立自己的判斷²⁸，如採其陳述為證詞，將會產生「是否能透過這樣的陳述證明待證事實？」的疑慮²⁹。就此爭議，明文採取傳聞法則的國家將透過傳聞例外的規定加以操作³⁰；未明文採取傳聞法則的國家如德國，通說及實務在此透過「澄清義務（德國刑事訴訟法第

²¹ 沈達明，英美證據法，中信出版社，1996年。轉引自林秀怡、黃啓賓，各國刑事司法有關未成年人作證能力之比較研究，國境警察學報第2期，2003年10月，頁103。

²² 林秀怡、黃啓賓，各國刑事司法有關未成年人作證能力之比較研究，國境警察學報第2期，2003年10月，頁103。

²³ 林秀怡、黃啓賓，各國刑事司法有關未成年人作證能力之比較研究，國境警察學報第2期，2003年10月，頁103。

²⁴ Andrews, John A. and Michael Hirst, *On Criminal Evidence*, Sweet and Maxwell, 1997, p.252. 轉引自林秀怡、黃啓賓，各國刑事司法有關未成年人作證能力之比較研究，國境警察學報第2期，2003年10月，頁104。

²⁵ 159 U.S. 523, 525-526 (1895). ; Eisenberg, *Beweisrecht der StPO : Spezialkommentar*, Aufl.6, 2008, Rn. 1000. ; 刑事訴訟法第176條之1「除法律另有規定者外，不問何人，於他人之案件，有為證人之義務。」、63年台上字第3501號判例「證人年尚未滿八歲，其所為證言乃無具結能力之人之證言，雖非絕對無證據能力，然其證言是否可信，審理事實之法院，仍應為其他證據之調查，以為取捨之依據。」

²⁶ Eisenberg, *Beweisrecht der StPO : Spezialkommentar*, Aufl.6, 2008, Rn. 1001.

²⁷ Hauser, *Der Zeugenbeweis im Strafprozeß mit Berücksichtigung des Zivilprozesses*, 1974, S. 61.

²⁸ Hauser, *Der Zeugenbeweis im Strafprozeß mit Berücksichtigung des Zivilprozesses*, 1974, S. 60.

²⁹ Hauser, *Der Zeugenbeweis im Strafprozeß mit Berücksichtigung des Zivilprozesses*, 1974, S. 60.

³⁰ 美國聯邦證據法第801條到第803條。條文翻譯內容請見 Arthur Best 著，蔡秋明、蔡兆誠、郭乃嘉譯，證據法入門，元照出版社，2003年4月出版二刷，頁336-346。

244 條第 2 項)」和「證據自由評價（德國刑事訴訟法第 261 條）」處理：如果不是「欠缺原始證據取得可能性」或「原始證據已滅失」的情形，只使用間接的「傳聞證言」會違反澄清義務³¹；而在對「傳聞證人的證言」為證據評價時，對於多次傳播的聽聞及偏差，更應該特別小心的加以評價³²；就我國而言，實務判決上原則予以排斥，但有類推適用刑事訴訟法第 159 條之 3 例外的可能³³。

³¹ Eisenberg, Beweisrecht der StPO : Spezialkommentar, Aufl.6, 2008, Rn. 1031.

³² Eisenberg, Beweisrecht der StPO : Spezialkommentar, Aufl.6, 2008, Rn. 1033a.

³³ 林鈺雄，刑事訴訟法（上），自版，2010 年 9 月 6 版，頁 505 註 45。相關判決如：最高法院 96 年度台上字第 4064 號判決「被告以外之人於審判中到庭所為之陳述，如非其本人所親自聞見或經歷之事實，而係轉述其他被告以外之人親自聞見或經歷之供述為其內容，具結所為之陳述，乃屬傳聞供述，其證據能力之有無，現行刑事訴訟法就此並未規定（參見日本刑事訴訟法第三百二十四條第二項）。此傳聞供述，能否成為傳聞之例外，賦予其證據能力，宜解為應類推適用刑事訴訟法第一百五十九條之三之規定，以原供述之其他被告以外之人，已供述不能或傳喚不能或不為供述為前提，並以其具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，始得為證據。」、最高法院 97 年度台上字第 2768 號判決「證人就其得自他人之傳聞事實，於審判中到庭作證而為轉述者，乃傳聞供述，為傳聞證據之一種。因所述非其本人親自聞見或經歷之事實，法院縱令於審判期日對該傳聞證人訊問，或由被告對其詰問，仍無從擔保其陳述內容之真實性。是審理事實之法院於調查證據，遇有傳聞供述之情形，本乎傳聞證據之所以排除其證據能力，在於未經當事人之反對詰問權予以核實之立論，即應先究明原始證人是否存在或不明，俾憑傳喚其到庭作證，使命具結陳述，並接受被告之詰問；因發見真實之必要，並得依刑事訴訟法第一百八十四條第二項之規定，命原始證人與傳聞證人為對質，其此之調查證據始稱完備。…倘若原始證人確有其人，但已供述不能或傳喚不能或不為供述，則此傳聞供述，是否具有證據能力，九十二年修正刑事訴訟法增訂傳聞法則及其例外，對此未為規定。考諸同法第一百五十九條之三之規定，係為補救採納傳聞法則，實務上所可能發生蒐證困難之問題，爰參考日本刑事訴訟法第三百二十一條第一項第三款之立法例而為增訂，承認該等審判外之陳述，於該條所列各款情形下，得採為證據。則基此同一之法理，該傳聞供述，於經證明具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，自宜解為例外許其得為證據，賦予其證據能力…。」、最高法院 97 年度台上字第 2815 號判決「犯罪事實應憑有證據能力之證據認定之，證人以聞自原始證人在審判外之陳述作為內容之陳述，純屬傳聞之詞，其既未親自聞見或經歷其所陳述之事實，法院縱令於審判期日對其訊問，或由被告對其詰問，亦無從擔保其陳述內容之真實性；又因原始證人非親自到庭作證，法院無從命其具結而為誠實之陳述，亦無從由被告直接對之進行詰問，以確認該傳聞陳述之真偽，殊有違事實審法院證據調查應採直接審理主義及刑事訴訟法第一百六十六條之立法原意。從而證人之傳聞證言不具證據能力，不得以之作為認定犯罪事實之依據。」

在整個刑事程序中，除了證人之外還有其他不同的「角色」。由於不同的角色有不同的「權利」及「義務」，為避免角色衝突，原則上，刑事訴訟法不允許同一人於同一刑事程序內佔有雙重（或更多）地位³⁴，但也可能有例外情形³⁵。依據刑事訴訟法第 176 條之 1，除非有特別規定，否則每個人都有作證義務；也就是說，原則上，「證人義務」因其具有「不可替代性」而「優先」於其他程序功能³⁶，不會因為同時具有程序上其他角色就被排除證人資格。如本身為法官或檢察官者，之後又剛好為「其所經歷之待證事實」的法官或檢察官，則依刑事訴訟法第 17 條第 6 款、第 26 條應予迴避³⁷；鑑定人依照同法第 200 條第 1 項，亦準用法官迴避之規定，但該項但書亦規定，不得以鑑定人曾為該案件之證人而拒卻之；告訴人及共同被告部分，依據釋字第 582 號意旨也已正式肯認其為證人；辯護人如果要作為委託人案件的證人，必須要小心是否有違反委託人權益，而使得「實質辯護」目的不達的可能³⁸；至於自訴人的部分，由於其代替檢察官履行刑事訴究任務以及在程序中扮演控訴的角色³⁹，一旦作證會造成控訴原告「暫時缺席」的狀態，畢竟自訴人不能同時當「原告」又當「證人」⁴⁰，有學說認為應採取以下的解決模式：當自訴人有作證必要時，即應以「自訴代理人」身分取代自訴人從事訴訟行為⁴¹，且剛好可和「自訴強制代理制度」配合，實行上亦無較大困難

³⁴ 何賴傑，共犯不利其他共犯之陳述與共同被告地位，台灣本土法學雜誌第 55 期，2004 年 2 月，頁 138。

³⁵ 如：被害人、告訴人、自訴人地位即可能競合。何賴傑，共犯不利其他共犯之陳述與共同被告地位，台灣本土法學雜誌第 55 期，2004 年 2 月，頁 138 註 4。

³⁶ Eisenberg, Beweisrecht der StPO : Spezialkommentar, Aufl.6, 2008, Rn. 1007.

³⁷ 林鈺雄，刑事訴訟法（上），2010 年 9 月 6 版，頁 533；何賴傑，共犯不利其他共犯之陳述與共同被告地位，台灣本土法學雜誌第 55 期，2004 年 2 月，頁 138。美國聯邦證據法第 605 條之規定亦同。參見 Arthur Best 著，蔡秋明、蔡兆誠、郭乃嘉譯，證據法入門，元照出版社，2003 年 4 月出版二刷，頁 187。但是有文獻指出要避免以此為訴訟策略，刻意排除某位檢察官的可能。相關案例可參見 BGHSt 14,265,268-269.

³⁸ 顧立雄發言，律師倫理、辯護制度與檢察官偵查作為之衝突（研討會），2010 年 10 月 30 日；林鈺雄，刑事訴訟法（上），自版，2010 年 9 月 6 版，頁 534。

³⁹ Eisenberg, Beweisrecht der StPO : Spezialkommentar, Aufl.6,2008, Rn. 1024.

⁴⁰ 林鈺雄，刑事訴訟法（下），自版，2010 年 9 月 6 版，頁 174-175。

⁴¹ 林鈺雄，刑事訴訟法（下），自版，2010 年 9 月 6 版，頁 176-177。

第四項 小結

承上所述，基於刑事程序發現真實的功能考量，爲了盡可能的獲取一切的偵查利益，對於個人提供證詞的能力不需要過多的要求，只要陳述人能相當準確的復述其所見即可⁴³。因此，對於「作證能力有疑問之人」或「顧慮證言有不真實意圖者」，不需「事先」予以排除，畢竟「個案的特殊情形」不應被當作「一般性」的規定，只要透過「特別的程序輔助」或「小心的評價過程」即可排除不合適的證言。而就「其他角色」和「證人地位」的關係，基於證人的不可取代性，及避免因作證義務而減損其他角色的功能，此時角色不可重疊，證人地位應優先於其他角色。但要避免透過「作證義務」故意阻撓「程序中其他角色」的可能。

第二節 證人在刑事程序上的特殊性

第一項 就程序階段而言

第一款 偵查中

除了有強烈作證意願（告訴人或某些犯罪之被害人）或主動表示自己可爲證人者外，大多數的證人都是因爲有作證義務而被傳喚（傳喚不到而無正當理由者，還可被拘提），其並非自願進入刑事程序；再者，依刑事訴訟法規定，證人有「作證義務」、「到場義務」、「真實陳述義務」、「具結義務」及「受對質詰問」等義務，如有違反還可以處罰⁴⁴，證人雖亦有「拒絕證言權」⁴⁵、「請求日費旅費之權」和「證人保護法中的證人保護請求權」⁴⁶等權利，

⁴² 林鈺雄，刑事訴訟法（下），自版，2010年9月6版，頁177。

⁴³ Hauser, Der Zeugenbeweis im Strafprozeß mit Berücksichtigung des Zivilprozesses, 1974, S. 64.

⁴⁴ 林鈺雄，刑事訴訟法（上），2010年9月6版，頁534-537。

⁴⁵ 其只能就個別具體問題拒絕陳述，而無法事先概括的拒絕回答。最高法院95年度台上字第6157號判決參照。

⁴⁶ 雲惠鈴，論刑事訴訟程序中證人地位之建構，中正大學法律研究所碩士論文，民國98年，頁

但與其所負義務相較，權利保障仍顯不足⁴⁷，似無法增加其進入程序的意願⁴⁸。此外，對證人無法施以「足以確保在其後程序中一定都能受訊問」的強制手段（拘提只能確保當次訊問，無法確保之後每次訊問都到），除了「證言」可以以筆錄方式保存外，「證人」本人其實相對於其他的證據方法而言是比較不穩定的（如：證人可能出國或被被告恐嚇⁴⁹而更改說詞）。

另外，在「特定時點」上，偵查機關究竟以何種身分傳喚受訊問人，實出於當時「對於案情的了解」及「其偵查經驗的主觀判斷」所致。然相對於審判而言，偵查是浮動的，尤其在偵查初期，各個角色皆可能隨著案件進展、時間推移而與最初傳喚時有所差異，「地位的絕對穩定性」此時實無法苛求，所以可能隨著時間及案情進展而產生「地位」上的轉變，如從「證人」轉成「被告」；也可能出於偵查機關的策略考量，在未經訊問調查前難以確信其犯嫌時，亦可能先以「證人」方式傳喚⁵⁰，以避免打草驚蛇，也就是以證人身分「規避」被告應有的權利保護，如辯護權及緘默權等⁵¹。「身分地位」的不穩定誠然不可避免，但也加深了證人的不安及緊張；加上證人在偵查中並沒有辯護人的協助，孤身一人面對陌生的環境及訊問人員，更將造成其弱勢的地位，這尤其在被害人的情形上更為明顯—因其必須面對不同機構的專業人員反復陳述同一問題，如果訊問人員的訊問技巧不夠專業，更容易造成二次傷害⁵²。

90。

⁴⁷ 雲惠鈴，論刑事訴訟程序中證人地位之建構，中正大學法律研究所碩士論文，民國 98 年，頁 148-149。

⁴⁸ 雲惠鈴，論刑事訴訟程序中證人地位之建構，中正大學法律研究所碩士論文，民國 98 年，頁 165-166。

⁴⁹ Graham, Witness Intimidation, Westport (Connecticut), London 1985, S.4. 轉引自 Zacharias, Der gefährdete Zeuge im Strafverfahren, 1997, S. 88.

⁵⁰ 法檢字第 0090047562 號，說明 二（二）參照。

⁵¹ 林鈺雄，刑事訴訟法（上），自版，2010 年 9 月 6 版，頁 157。

⁵² Henry, System intervention trauma to child sexual abuse victims following disclosure, Journal of Interpersonal Violence, 12(4), 1997, pp.499-512. 轉引自 王燦槐，性侵害防治中心在司法流程中的角色---減少被害人重複陳述作業之評析，亞洲家庭暴力與性侵害期刊第 1 卷第 1 期，頁 113，2005 年 12 月；2006 年性侵害案件減少被害人重複陳述作業檢討報告，內政部家庭暴力及性侵害防治

第二款 審判中

而當程序進展至審判中時，證人亦可能因為懼怕「法庭的陌生環境」⁵³、「與被告面對面所造成的精神壓力」⁵⁴或是「可能受被告威脅」而不願意出庭；也可能因為無法配合曠日廢時的審判時間⁵⁵而不克出庭。證人在審判階段如果無法出庭參與法庭活動，其所提供的證言如不合乎傳聞例外的規定，即無法援引為判斷案情的基礎，不僅使得前階段的偵查結果功虧一簣，也可能連帶影響發現真實的效果，造成刑事訴追上的障礙。

第二項 就證言形成的過程而言

證言的形成必須經「知覺」、「記憶」、「陳述」三個階段⁵⁶，只要有一個環節出錯，證言的正確性就會發生問題，更確切的說：人類的「知覺」本就受到生理的限制⁵⁷，且感覺器官無法準確感受多個不同知覺的刺激⁵⁸；人類的「記憶」能力會在高度壓力下減弱⁵⁹，也會隨著時間經過而遺忘⁶⁰，更可能透

委員會，2006 年家庭暴力及性侵害防治網絡願景營專案報告，民國 94 年 12 月 7 日，頁 8。

<http://dspc.moi.gov.tw/public/Attachment/7115164054>（瀏覽日期：2010 年 11 月 8 日）。

⁵³ 雲惠鈴，論刑事訴訟程序中證人地位之建構，中正大學法律研究所碩士論文，民國 98 年，頁 79；Jost, Kind-und jugendliche Opfer sexuellen Missbrauchs als Zeugen im Strafverfahren Überlegungen zur Rechtsstellung junger Opferzeugen im Strafprozess, 2006, S.50-53.

⁵⁴ Jost, Kind-und jugendliche Opfer sexuellen Missbrauchs als Zeugen im Strafverfahren Überlegungen zur Rechtsstellung junger Opferzeugen im Strafprozess, 2006, S.50-53.

⁵⁵ 依據民國 98 年的司法統計年報，以各地方法院為例，終結一件刑事案件所需日數，快則約一個月（32.90 天），慢則需三個多月（109.46 天）；如果是重大案件，長則超過一年（395.48 天），最快也要三個多月（102.64 天）。98 年司法統計年報，<http://www.judicial.gov.tw/juds/index1.htm>（瀏覽日期：2011 年 4 月 24 日）

⁵⁶ 蔡墩銘，審判心理學，水牛圖書出版公司，民國 75 年 7 月 30 日，頁 278-279。

⁵⁷ Zacharias, Der gefährdete Zeuge im Strafverfahren, 1997, S. 48.

⁵⁸ Kühne, Der Beweiswert von Zeugenaussagen, NSTZ 1985, S. 253；Schmitt, Die richterliche Beweiswürdigung im Strafprozeß, 1992, S. 318. 轉引自 Zacharias, Der gefährdete Zeuge im Strafverfahren, 1997, S. 48.

⁵⁹ 伊莉莎白·羅芙托斯、凱薩琳·柯茜著，林淑貞譯，辯方證人，商周出版社，2005 年 12 月 26 日二版，頁 276。

⁶⁰ 有研究顯示在經過一個星期之後，只剩下百分之十的知覺能被復述。Schmitt, Die richterliche Beweiswürdigung im Strafprozeß, 1992, S. 321. 轉引自 Zacharias, Der gefährdete Zeuge im Strafverfahren, Duncker und Humblot, 1997, S.49.

過「記憶填充 (Ausfüllen)」的方式使原始記憶產生變形⁶¹；而當前述的環結發生問題時，其所「陳述」出來的內容也就會不正確，而反覆的「陳述」更會加深證人「相信其所陳述者為真實」的確信⁶²，也不排除陳述可能受到誘導而失真的可能⁶³。因此，檢驗證言的正確性特別有其必要。

第三項 與其它的證據相比而言

證人相對於其他的證據方法，可以提供更豐富多元的資訊：不只是表面的物理狀態（相對於「物證」），而是一段經驗；人證與「書證」相較實更易取得也更具直接性⁶⁴。尤其是在偵查階段，由於案件發生時，偵查機關對於案件事實多未親自耳聞目睹，證人將其所了解的案件發生時間、地點、原因、造成的結果、行為人的動機、目的等，向偵查機關陳述，有利於偵查機關查明案情，奠定正確處理案件的基礎；並有助於偵查人員深入了解物證、書證等證據的特徵和含義，以確認其真偽；也可以就偵查人員尚不了解的證據線索加以提供，有利於進一步的證據蒐集；並透過證言印證被告（犯罪嫌疑人）的陳述是否真實可採⁶⁵。

第四項 小結

承上可知，證人在偵查或是審判階段，都具有被動及不穩定的特性，而程序中可能遭受到的「國家義務課與」及「被告恐嚇威脅」更加深了證人對於進入刑事程序的恐慌；但是，由於證言所能提供的資訊**豐富度**以及**直接性**都優於其他類型的證據（如物證和書證），如果無法使用，恐對於刑事追訴所欲達成的目的造成阻礙，因此提供證人適當的保護確實有其必要—「作證義務」不應當然成為國家壓榨證人的藉口；無視「證人保護的需要」並無益於真實的發現。但是，由於證言的形成必須經過「知覺」、「記憶」及「表達」

⁶¹ Zacharias, Der gefährdete Zeuge im Strafverfahren, 1997, S. 50.

⁶² 伊莉莎白·羅芙托斯、凱薩琳·柯茜著，林淑貞譯，辯方證人，商周出版社，2005年12月26日二版，頁294。

⁶³ 劉至剛，從證人記憶探討刑事訴訟法第159條，法令月刊第60卷第5期，2009年5月，頁70-71。

⁶⁴ 即德國刑事訴訟法上所謂的「人證優先於書面證據原則」。詳參 楊雲驊，德國刑事訴訟法對傳聞證據的處理，台灣本土法學雜誌第43期，2003年2月，頁107-108。

⁶⁵ 汪建成 劉廣三，刑事證據學，群眾出版社，2000年1月1版，頁105。

的過程，這些環節都可能受外在環境、人類生理限制或是當時突發情形而有所影響，證言內容還是必須要有被檢驗、確認的機會，甚至是盡早為證據保全，以避免真實性受到影響。

第三節 證人在刑事程序中地位之演變

證人身為刑事程序中的一環，其地位與刑事訴訟所採取的制度有關，尤其是在刑事訴追由當事人間自行開啓、進行的「私人追訴」，轉為國家公權力介入的「國家追訴」後⁶⁶，證人的權利和義務受到了統一性、強制性的規範。「國家追訴」有兩種可能的形成模式：「糾問制度」和「控訴制度」，以下將以這兩種曾在法制史上出現的制度為背景，說明證人在刑事程序中地位的演變。

第一項 糾問制度時期

在糾問制度中，法官本身參與了拘捕、審問、調查和判決。在此制度中，不存在所謂的「原告」和「被告」，只有「法官（糾問者）」和「行為客體（被糾問者）」⁶⁷。在法制史上，職權主義的承認首先催生了此項訴訟模式。對此制度最大的批評在於，在糾問程序中，法官並非是不偏不倚的，而是將自己做為犯罪偵查的機關，其他「被糾問者」幾乎是無抵抗能力的，也不可能有足夠的辯護⁶⁷。此處的「被糾問者」，除了被告外，也包括其他訴訟關係人（如證人），為了達到追訴目的，未賦予被告和其他訴訟關係人合理的程序保障，且皆可能對其刑求取供，被告和其他訴訟關係人為純然的「訴訟客體」⁶⁸。

第一款 以中國舊律時代為例

所謂的「舊律時代」，係指歷朝歷代到晚清的相關改革之前⁶⁹。在相關改革之前，中國古代的刑事程序，係採取所謂的「公堂模式」：由司法機關集

⁶⁶ Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., 1998, S. 82.

⁶⁷ Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., 1998, S. 82.

⁶⁸ 雲惠鈴，論刑事訴訟程序中證人地位之建構，中正大學法律研究所碩士論文，民國 98 年，頁 29。

⁶⁹ 張德美，從公堂走向法庭 清末民初訴訟制度改革研究，中國政法大學出版社，2009 年 7 月 1 版，頁 151-166。

偵查、起訴、審判職能於一身，進行現場勘驗、錄取被害人家屬的證詞都是分內的事情⁷⁰。古代法律中，對於證人，雖然不是毫無「權利性」的規定⁷¹，但最主要的還是「義務性」的規定，體現在整體程序的進行中，更顯示出證人地位的低下，如：「和被告一齊拘押，跪著聽審」、「可對證人逮捕和拷訊」以及「嚴厲的偽證罪處罰」⁷²。可見在中國古代，並未因為「證人不是被告」而對其較為寬容，反而因為將證言視為是「判案的重要依據」，不惜以威逼方式取得其想要的證詞，卻往往造成許多冤案⁷³。

第二款 以歐陸法制史為例

不同於「私人追訴」時期，證人地位是「純然自願性」的「友善付出」⁷⁴；到了君權集中時期，如羅馬的凱薩時代，市民自由和國家權力間的關係，總是會被推向有利於國家的觀點考量，法官可以傳訊證人以及無限制的訊問⁷⁵，這完全取決於法官恣意的判斷，證人以接近「不受法律保護」的型態被讓渡，證人在所有的法院程序中都有配合的義務，甚至允許刑求不服從的證人⁷⁶；而到了採取義大利糾問程序的德國卡羅琳那法典（*Die Constitutio Criminalis Carolina*，簡稱 CCC）時期（1532-1806），法典中雖未明文規定證人義務，然原因乃是將其視為理所當然的前提要件⁷⁷；而在之後的普通法發

⁷⁰ 張德美，從公堂走向法庭 清末民初訴訟制度改革研究，中國政法大學出版社，2009年7月1版，頁135。

⁷¹ 例如：「親屬間免於作證（親親相隱制度）」及「獎勵證人作證」。李晞，論中國古代證人制度及現代借鑒，法制與社會，2007年5月，頁347。

⁷² 鄭牧民、易海輝，論中國古代證據制度的基本特點，湖南科技大學學報（社會科學版）第10卷第2期，2007年3月，頁84。

⁷³ 呂伯濤、孟向榮，中國古代告狀與判案，台灣商務印書館發行，1999年2月，頁69-70。

⁷⁴ Zacharias, *Der gefährdete Zeuge im Strafverfahren*, 1997, S. 57.

⁷⁵ Westhoff, *Über die Grundlagen des Strafprozesses mit besonderer Berücksichtigung des Beweisrechts*, 1955, S.74. 轉引自 Zacharias, *Der gefährdete Zeuge im Strafverfahren*, 1997, S. 61.

⁷⁶ Goldammer, *Über die Zwangsmittel zum gerichtlichen Zeugnisse*, GA 10(1862), S.821.轉引自 Zacharias, *Der gefährdete Zeuge im Strafverfahren*, 1997, S. 61.

⁷⁷ Zacharias, *Der gefährdete Zeuge im Strafverfahren*, 1997, S. 75,77.

展，基於「國家專斷主義」及「警察國家」的思考⁷⁸，為了更有效率的刑事訴究，證人如同被告一般，只是達成上開目標的方法⁷⁹，證人出席、陳述及宣誓義務都被認為是理所當然的國民義務，證人成為完全無權利的「調查客體」，刑求證人是允許的，但只有在「事實無法透過其他方式查明且有明確依據證明證人的確對犯罪的主要情形有認知時」被使用⁸⁰。

第二項 控訴制度時期

在十七、十八世紀啓蒙時期之後，人民不再被視為法律的客體，而成為法律的主體地位，故以人民為處置客體的「糾問制度」成為歷史名詞，消失在啓蒙時期以後的刑事訴訟體制中⁸¹。從此之後，刑事訴訟的進行模式進入了另一個新紀元，在人權保障、權力分立和法律主體的思想下，進入了「控訴制度」的時代⁸²：法官和控訴者不再是同一人，為了綜合「國家追訴」和「控訴程序」的優點，國家需同時接收「控訴者」和「法官」的任務，並把這兩種任務分配給不同的國家機關－控訴機關（檢察機關）和法院－才可能實現所欲達到的目的⁸³。

在「控訴制度」的模式下，證人雖然從「訴訟客體」進化到「證據方法」，也不再允許刑求證詞的情形出現，但其所受之義務，並未當然低於糾問制度時期的證人，如無正當理由拒絕履行到場、陳述及宣誓義務者，國家還是可以強制處分逼迫證人就範，證人在現行程序中之地位，仍與糾問時代相去不

⁷⁸ Henkel, Strafverfahrensrecht, 2.Auflage, 1968, S. 45. 轉引自 Zacharias, Der gefährdete Zeuge im Strafverfahren, 1997, S. 78.

⁷⁹ Zacharias, Der gefährdete Zeuge im Strafverfahren, 1997, S. 78.

⁸⁰ Zacharias, Der gefährdete Zeuge im Strafverfahren, 1997, S. 80.

⁸¹ 柯耀程，職權進行與當事人進行模式之省思，《刑事程序理念與重建》，元照出版，2009年9月初版1刷，頁46-47。

⁸² 柯耀程，職權進行與當事人進行模式之省思，《刑事程序理念與重建》，元照出版，2009年9月初版1刷，頁49。

⁸³ Roxin, Strafverfahrensrecht, 25.Aufl., 1998, S. 82.

遠⁸⁴。以我國法制為例，刑事訴訟法相關的修法，幾乎都是針對被告的權利進行改良，並透過大法官解釋，將被告訴訟上的權利（如對質詰問權），往上提升到憲法層級的保護，以此闡述正當法律程序之價值，立意雖為良善，但卻往往忽略「非當事人」的「證人」一樣受「正當程序原則」的保護，未能顧及證人在刑事程序中的主體地位，對其在刑事程序地位之發展實有不利⁸⁵。而在 2003 年修法後，我國由「職權進行主義」轉型為「改良式當事人主義」，強調當事人的程序參與權，卻使得證人負擔更大的義務，如刑事訴訟法第 176 條之 1 和同條之 2 的「作證及到場義務規定」、同法第 180 條第 1 項第 1 款、第 182 條的修定及第 181 條之 1 的增定，限縮了證人得拒絕證言權的範圍等，更是完全以保障被告基本權為修法主軸，卻並未相對提高和保障證人權利⁸⁶。甚至在釋字第 582 號之後，若干最高法院的判決在適用傳聞法則之例外時，更加入了「曾受對質詰問」的限制要件⁸⁷，增加了證人受對質詰問的機會（除非有例外情形，否則皆有受對質詰問的的「義務」）。

雖然早在民國 85 年 11 月 22 日，立法院即通過「組織犯罪防制條例」，之後又陸續有「檢肅流氓條例⁸⁸第 12 條的修正公布（民國 85 年 12 月 30 日）」、「性侵害犯罪防治法（民國 86 年 1 月 22 日公布）」及「家庭暴力防治法（民國 87 年 6 月 24 日公布）」、「證人保護法（民國 89 年 2 月 9 日公布施行）」等法律的制定，針對證人在偵查中及審判中的保護措施及相關權利加以規定（包括在偵查中和審判中減少和被告接觸的機會、就證人身分資料加以保密、拒絕被告對質詰問等）；而刑事訴訟法也在民國 89 年 2 月 9 日修正公布第 116 條之 2 第 2 款，當被告有恐嚇證人的情形，得再命執行羈押⁸⁹。

⁸⁴ 雲惠鈴，論刑事訴訟程序中證人地位之建構，中正大學法律研究所碩士論文，民國 98 年，頁 31-32。

⁸⁵ 紀文勝，刑事訴訟程序中證人保護之研究，中正大學犯罪防治研究所碩士論文，民國 93 年，頁 33-35。

⁸⁶ 紀文勝，刑事訴訟程序中證人保護之研究，中正大學犯罪防治研究所碩士論文，民國 93 年，頁 44-45。

⁸⁷ 林鈺雄，刑事訴訟法（上），自版，2010 年 9 月 6 版，頁 514。

⁸⁸ 該條例曾三度（釋字第 384 號、第 523 號、第 636 號）被宣告部分條文違憲，故已於民國 98 年 2 月 1 日正式失效。

⁸⁹ 紀文勝，刑事訴訟程序中證人保護之研究，中正大學犯罪防治研究所碩士論文，民國 93 年，

凡此總總，皆顯示出立法者對於證人並非完全漠不關心，且試圖就證人在刑事程序中所承受的負擔和危害加以保障，然在適用上開法律時，其所能發揮的保護證人功效，還是會受刑事程序制度基本的設計或走向的影響：在面對有著「憲法位階」保障的被告權利（如對質詰問權），以及「法定證據方法」及「法定調查程序」的嚴格要求下，若干保護證人的制度將受到挑戰，證人地位的提升與否將受制於外在的制度框架。

第四節 本章結論

證人將其所親身經驗的事實陳述出來以有助於刑事訴究，從「社會契約論」的角度觀之，係國家成為「追訴犯罪」主體所必須課與人民的作證義務，為求達到共同的司法利益，當然有其正當性和必要性，然並不代表證人「必須當然忍受」國家的一切作為。惟證人雖然有受保護的需要，但同時其陳述亦有受檢驗的必要，「證人保護」也不必然高過「被告權利」或「真實發現的需要」；如何在「證人保護」、「被告權利」及「發現真實」間權衡，以求程序的實質正當，將是目前立法者和司法者的難題。

第三章 刑事程序偵訊中對證人的錄音錄影及其使用

本章將從以下幾個面向對刑事程序中「偵訊中對證人的錄音錄影」作觀察：首先說明錄製及其後續使用的特性，以及對於證人及其他參與者的影響，還有與法院審理原則間的關係；並以此作為在規範設計上的討論基礎。

第一節 影響層面

以下，將分別說明「偵訊中對證人的錄音錄影」不同階段，包括「錄製」、「保存」及「使用」的特性，以及其可能造成的影響。

第一項 錄製

這裡的「錄製」指的是在偵訊時就證人陳述的聲音、影像，透過「錄音機」、「錄影機」等錄置設備將其轉成「電子訊號」，再透過機器內部的「電磁裝置」將訊號保存，之後再透過相反的過程將聲音、影像還原⁹⁰。而隨著時代演進，聲音、影像的載具也從傳統的「錄音帶」、「錄影帶」，轉變為「光碟」或其他「數位儲存設備」⁹¹。

第一款 與傳統文字性筆錄的差異

依據刑事訴訟法第 41 條第 1 項，要求在訊問證人的過程中應當場制作筆錄，但並不要求逐字逐句記載，主要是依據偵訊者所理解的「要旨」去記載⁹²。故雖然條文要求以「問答方式」記錄訊問，但還是可能出現「雙方理解不一」或「自說自話」的情形，而實務上也曾出現有證人表示當時的陳述係遭扭曲原意或

⁹⁰ 王德麟，從證據法則論相片、錄影帶之證據能力—以刑事訴訟為中心，中興大學法律系研究所碩士論文，民國 74 年，頁 75；伍牧，錄音機十講 第二講 錄音的原理，音樂與音響第 46 期，民國 66 年 3 月 20 日，頁 111-112；張麗卿，論相片與錄影帶之證據能力，軍法專刊第 33 卷第 12 期，民國 76 年 12 月，頁 16。

⁹¹ 盧國勳，刑事證據法中影音證據之研究，輔仁大學法律系碩士論文，民國 96 年 1 月，頁 16,22。

⁹² 尤伯祥，公開播放證人、共同正犯偵訊光碟學術研討會與談記錄，台灣本土法學雜誌第 151 期，2010 年 5 月 1 日，頁 64。

是被誤導的爭議⁹³；而即使就證人陳述的「非語言動作」加以附註，此種以第三人呈現的方式也不見得精準，且有時會漏記證人的部分陳述⁹⁴，造成訊問者（即製作筆錄者）得以恣意選取其需要的部分，或甚至假造被害者的證言⁹⁵。而依同條第 2 項，證人有權確認筆錄記載內容之真實性，但除了被告以外，其他以非涉案者身分受訊問者通常不會要求閱讀完整份筆錄即行簽名，造成筆錄記載是否有問題無法第一時間被發現⁹⁶；雖然同法第 43 條亦規定筆錄制作人員原則上應由在場書記官制作，但即使是在訊問者和記錄者不同人的情形，由於訊問者對於筆錄內容實際上有絕對的決定權，訊問者要求書記官依據其對於受訊問者陳述的認知制作及修改筆錄，在實務上並非不常見⁹⁷，而書記官也多加以配合，並未堅持於筆錄呈現出其本身對受訊問者陳述之認知⁹⁸。故傳統的文字型筆錄係以第三人的角度記錄、理解證人陳述的內容，此種「單方面記錄」的特性將使得其正確性並非絕對。

而以「錄音、錄影」方式記錄證人陳述，除了可以將其陳述內容原音、原影的客觀保存下來外，還能將證人陳述時的客觀外在環境一併記錄下來：包括了陳

⁹³ 台北地方法院 96 年度矚重訴字第 1 號判決、《斷章取義 豈能輕輕放下》，聯合報冷眼集，2007 年 7 月 24 日，http://www.cdnews.com.tw/cdnews_site/docDetail.jsp?coluid=141&docid=100122290（最後瀏覽日期：2011 年 5 月 26 日）

⁹⁴ Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen, Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007, S. 108.

⁹⁵ Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen, Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007, S. 109.

⁹⁶ 《果若造假，必須查辦侯寬仁》，聯合報 A2 版社論，2007 年 7 月 20 日，來源：聯合知識庫 (<http://udndata.com/library/>)；賴素如，「筆錄確實可被操控 人權難保」，<http://search.cdns.com.tw/loadfile.asp?sid=0&iid=0&did=45021&checksum=56647&query2=賴素如>，轉引自 張明偉，談刑事程序筆錄制作之實然與應然，《改良式的證據法則與刑事訴訟》，五南圖書出版有限公司，2008 年 5 月初版 1 刷，頁 393 註 13。

⁹⁷ 《斷章取義 豈能輕輕放下》，聯合報冷眼集，2007 年 7 月 24 日，http://www.cdnews.com.tw/cdnews_site/docDetail.jsp?coluid=141&docid=100122290（最後瀏覽日期：2011 年 5 月 26 日）

⁹⁸ 林峰正，馬英九與蘇建和，2007 年 7 月 20 日，http://www.jrf.org.tw/newjrf/RTE/myform_detail.asp?offset=80&id=2157（最後瀏覽日期：2011 年 5 月 26 日）

述者的聲調、表情、姿態以及訊問者的態度等，其保存下來的不僅是單純的「陳述內容」，還包括了「證人的聲音、影像」；與此相較，文字筆錄的記錄則較「主觀性」及「片面性」。

第二款 對證人的基本權干預

第一目 自我表達及資訊自決權

德國基本法第二條第一項保障人格的發展自由，其認為「一般人格權」的保護範圍並不僅限於「特定的生活範圍」，而是所有的生活範圍都可能有所涉及，透過聯邦憲法法院向來之判決所形成的具體類型，以「主體不同的行使方法」作為不同人格權形式的區分，其中包括了個人「自我表達的權利（**Recht der Selbstdarstellung**）」：可以抵禦「貶抑的、竄改的、走樣的以及不請自來的公開表達」，以及「不請自來的個人祕密探訪」。「個人對其肖像及談話的權利（**das Recht am eigenen Bild und Wort**）」亦為其一具體承認的類型⁹⁹：「個人對其談話的權利（**das Recht am gesprochenen Wort**）」係指，個人可以自行決定其談話的對象、談話的特定範圍及是否可公開¹⁰⁰，並不以特定的內容和地點為限，也不取決於內容是可公開的資訊或是完全個人性質的資訊，也不考慮對於談話中特別機密的協議¹⁰¹；原則上任何人都可以自己決定「誰」可以記錄（錄音或錄影）其談話及「是否」或「由誰」將上開談話記錄再播放出來¹⁰²。「個人對其肖像的權利（**das Recht am eigenen Bild**）」指的是，原則上只有個人可以決定是否及以何種方式使其肖像（照片或影像）公之於眾¹⁰³，就個人隱私或日常生活關連的影像或照片，其公布的權利必須依照肖像權及隱私範圍的保障，即一般人格權具體化的標準加以決定¹⁰⁴；而

⁹⁹ Pieroth/Schlink, Grundrecht, Staatsrecht II, 19. Aufl., 2003, § 8 Rn. 377.

¹⁰⁰ BGHZ, NJW 1958, 1344.

¹⁰¹ BVerfGE 106, 28, 41.

¹⁰² BVerfGE 34, 238, 246.

¹⁰³ BVerfGE 101, 361, 366.

¹⁰⁴ BVerfGE 101, 361, 380.

即使是爲了司法和公共安全，允許當局不用經過被拍攝者的同意而可複印、傳播或公開展示¹⁰⁵，然並非因爲是「澄清犯罪的國家義務」或基於「其他的利益」即可馬上正當化此規定，還是要透過個案中的利益衡量，是否此公開追訴的利益具有一般性的優勢，以及此種對隱私範圍侵害的方式和程度可否達到所要求的利益等¹⁰⁶。

亦有將「個人對其肖像及談話的權利（**das Recht am eigenen Bild und Wort**）」置於「資訊自決權（**Recht auf informationelle Selbstbestimmung**）」下討論¹⁰⁷。「資訊自決權」亦基於德國基本法第二條第一項的人格權保障，賦予個人就其私人資訊的放棄及使用有自我決定權¹⁰⁸，並且不限於只有資訊自動化處理的範圍¹⁰⁹。原則上，個人可以自我決定在何時及何種範圍內的私人生活事實被公開，儘管這些資訊並非涉及隱私或完全是私領域的範圍¹¹⁰。承上可以得出「個人對其肖像的權利」：特別是在私領域內的影像公開傳播¹¹¹；同樣也可以得出「個人對其談話的權利」¹¹²。因此，每個人都可以決定是否被拍照（攝影）或被錄音及被播放¹¹³。

承上可知，個人既可對其「聲音及影像」享有一定的控制權，則國家機關如於偵查中，「未經受訊問者同意即強行錄音（影）」或「未徵得其同意而秘密錄音（影）」，某程度上已經干預了受訊問人決定其談話「由誰」或「可

¹⁰⁵ 依據爲德國造型藝術及攝影作品著作權法（**Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie**）第 24 條：Für Zwecke der Rechtspflege und der öffentlichen Sicherheit dürfen von den Behörden Bildnisse ohne Einwilligung des Berechtigten sowie des Abgebildeten oder seiner Angehörigen vervielfältigt, verbreitet und öffentlich zur Schau gestellt werden.

¹⁰⁶ BVerfGE 35,202,221.

¹⁰⁷ Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland : Kommentar, 7.Aufl., 2004, Art. 2, Rn.32.

¹⁰⁸ BVerfGE 65,1,43.

¹⁰⁹ BVerfGE 78,77,84

¹¹⁰ BVerfGE 65,1,41f,45.

¹¹¹ BVerfGE 35,202,224.

¹¹² BVerfGE 34,238,256.

¹¹³ BVerfGE 106,28,39f.

否」錄音（影）的權利，也影響個人決定是否被拍照或錄音的權利。

第二目 隱私權

一、肖像權與聲音權

「肖像權」係指個人有不被以攝影、繪畫等方式任意拍攝或繪製自己的肖像或將其公開發表的權利，此一權利過去一直被當作私法上的人格權加以保護¹¹⁴，即對自己的肖像有使用上的獨佔權，對於任意使用自己肖像之人，得請求損害賠償及制止繼續侵害；然晚近已有從保護私生活的觀點出發，認為其係隱私權的一種¹¹⁵。其主要內含包括：不被濫予攝影的權利；所攝肖像不被濫予公開、發表之權利；本人享有肖像上的財產利益¹¹⁶。至於「聲音權」雖不像「肖像權」被我國文獻及判決明文承認，惟人之聲音皆有其獨特之聲紋，不僅可以彰顯自我的特質，還可作為辨別人我的特徵，其作用與肖像類似¹¹⁷，亦應可透過憲法第 22 條的概括條款，將其解釋為人格權之一環，其內涵亦與「肖像權」相同，及個人對於其聲音的存取和使用，也應有一定的「掌控權」。「聲音」及「肖像」皆為「個人資料」，依釋字第 603 號意旨，個人應有決定其談話以及肖像如何使用的權利，此亦可與上開「自我表達權」或「資訊決定權」下的「個人對其肖像及談話的權利」討論相呼應，惟就釋字第 603 號解釋文的論述脈絡¹¹⁸來看，其係將此種對於「個人資料的控制」置於隱私權的討論之下。

¹¹⁴ 最高法院 98 年度台抗字第 1005 號判決、最高法院 97 年度台上字第 1396 號判決、最高法院 92 年度台上字第 706 號判決參照。

¹¹⁵ 李錫棟，警察資料蒐集權之界限－以集會遊行現場活動之資料蒐集為例，警學叢刊第 38 卷第 5 期，2007 年 11 月，頁 122；最高法院 98 年度台上字第 5053 號判決、士林地方法院 96 年度自字第 31 號判決參照。

¹¹⁶ 廣畑史朗，「マスコミの寫真撮影とこれに對する反撃行為の試論」，警察公論第 42 卷 3 号，第 21 頁。轉引自 李錫棟，前揭註。

¹¹⁷ 林學銘，新修正法庭錄音相關法規合憲性之探討，法令月刊第 54 卷第 11 期，2003 年 11 月，頁 38-39。

¹¹⁸ 「隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第二十二條所保障。」對此種論述方式之評論，參見 馬興平，論資訊隱私權的保障－從釋字第 603 號解釋出發，中正大學法律研究所碩士論文，民國 96 年，頁 68 註 31。

就此而言，證人在偵訊室中作證的影像及聲音，是否會因為履行公法義務就失去隱私性？有認為，偵訊既為國家公權力之行爲，而證人作證亦係履行公法上義務，故該場域為「公領域」，並無隱私權或肖像權可主張¹¹⁹；惟亦有持相反意見者¹²⁰，認為**作證義務**不代表當然拋棄一切憲法上所保障的「人格權」，也無法導出有**作證義務**就「當然可以公開」的結論¹²¹，退步言之，即使是在「公領域」也不代表就完全不存在隱私權或其他人格權的主張可能，隱私並非全有或全無的概念，而是可以隨著保護目的或權利型態做漸層性的調整，就如同就家事審判、少年法庭及性侵害審判內容的公開限制一樣¹²²。因此如果未經證人同意或在其不知情下對其聲音或影像加以留存，還是影響了個人對其聲音是否被錄音、肖像是否被攝影的決定權，造成人格權的干預¹²³。

二、秘密通訊自由

依據憲法第十二條，人民有秘密通訊的自由，人民就通訊之有無、對象、時間、方式及內容等事項，有不受國家及他人任意侵擾之權利。此項秘密通訊自由乃憲法保障隱私權之具體態樣之一¹²⁴。因此，證人於偵訊室內之陳述，如被強制（或在不知情下）錄音錄影，是否對其隱私權受到侵害？實有爭議。

在這裡必須要探討的問題，除了如同前述就「肖像權及聲音權」的討論，即在於「偵訊室」中所說的話，是否為「隱私權保護範圍所及」外；另一個

¹¹⁹ 尤伯祥，公開播放證人、共同正犯偵訊光碟學術研討會與談記錄，台灣本土法學雜誌第 151 期，2010 年 5 月 1 日，頁 62-63。

¹²⁰ 邱忠義，公開播放證人、共同正犯偵訊光碟學術研討會與談記錄，台灣本土法學雜誌第 151 期，2010 年 5 月 1 日，頁 68-69；吳巡龍，辯護人是否有權複製光碟，台灣本土法學第 119 期，2009 年 1 月 1 日，頁 166。

¹²¹ 邱忠義，公開播放證人、共同正犯偵訊光碟學術研討會與談記錄，台灣本土法學雜誌第 151 期，2010 年 5 月 1 日，頁 68-69。

¹²² 李榮耕，公開播放證人、共同正犯偵訊光碟學術研討會與談記錄，台灣本土法學雜誌第 151 期，2010 年 5 月 1 日，頁 73。

¹²³ 邱忠義，偵查中錄音錄影與偵查筆錄可信性之關係—兼論訴訟目的外使用證據之影響，檢察新論第 7 期，2010 年 1 月，頁 29。

¹²⁴ 釋字第 631 號解釋參照。

可以思考的點在於，當證人在偵查機關面前為陳述時，偵查機關為「通訊之一方」，對其談話加以錄音，其行為如依我國通訊保障及監察法第 29 條第 3 款之規定，並不處罰，此是否代表此舉未侵犯秘密通訊自由？有認為，偵查機關對證人錄音錄影的性質，實與通訊監察大同小異，是對人民隱私權的嚴重干預¹²⁵，該法第 29 條第 3 款之所以不罰，理由乃基於「有正當理由而阻卻違法」，並不影響其干預基本權的行為本質¹²⁶，亦不應被視為常態而規避通訊監察的「法官原則」及「要式性要求」¹²⁷；惟亦有認為，依我國通訊保障及監察法第 29 條第 3 款為立論基礎，秘密通訊必須由雙方共同構築，如一方自願放棄或無此種隱私期待，則此通訊並不存在秘密性，而通訊之一方皆無法要求另一方就此通訊加以保密，故如在「通訊時」錄音，或在「通訊後」將內容轉告他人，皆無破壞秘密通訊之可能¹²⁸，以此似可導出對證人於偵訊時的錄音，並不會侵害到秘密通訊自由。拙見以為，即使採取後者的見解，也未必能當然套用於此處之討論。因為從通訊保障及監察法的立法意旨出發，探求該規定的目的，應係出於「偵查隱密性犯罪」的蒐證必要，然今所錄音之對象並非「犯罪嫌疑人」，僅是「非當事人」之「證人」，錄音的目的也「不是用來偵查隱密性犯罪」，只是用來「保存證言」或「避免翻供」或「作為日後法庭上證據」，並不具有與偵查犯罪同等的急迫、重大利益；再者，此時的談話並非基於純粹自發性的選擇或決定，而係基於「作證義務」，「必須」就其所知向訊問者為陳述，此等對話本身即具有「目的性」¹²⁹，此與在討論隱密偵查時，犯罪嫌疑人在不知情的情況下所為之自發性陳述並不相同。

¹²⁵ 邱忠義，偵查中錄音錄影與偵查筆錄可信性之關係－兼論訴訟目的外使用證據之影響，檢察新論第 7 期，2010 年 1 月，頁 29。

¹²⁶ 陳運財，監聽之性質及其法律規範，東海法學研究第 13 期，1998 年 12 月，頁 159。

¹²⁷ 最高法院 93 年度台上字第 2949 號判決參照。

¹²⁸ 楊雲驊，證據使用禁止在個案上的判斷過程－以電話分機聆聽案為例，東吳大學法律學報第 13 卷第 2 期，民國 91 年 2 月，頁 17-18。

¹²⁹ 李榮耕，公開播放證人、共同正犯偵訊光碟學術研討會與談記錄，台灣本土法學雜誌第 151 期，2010 年 5 月 1 日，頁 77。

第二項 保存

就字面意義而言，「保存」指的是「保管收存，使某事物的原有性質狀態得以延續而不改變」¹³⁰的行為；而從資料處理的意義上來說，是指**接受**將呈現之信號加以記錄所形成之「媒介體」，並**保留**以供自己使用的行為¹³¹。另一個相對的概念即為「銷毀（或刪除）」，指的是移除或消去特定儲存器中的資料，使已儲存之檔案消失而不復存在¹³²。

第一款 影音記錄的保存特性

資訊（料）可以透過不同的「媒介」加以儲存，而不同的「媒介」因其不同的「材質」而有不同的保存特性。以傳統的「**書面（紙張）**」為例，雖然透過特定的條件和環境要求亦可長期保存¹³³，不過其所要求的保存條件（如：防火、防潮、防蟲菌等）頗多，也需要一定的空間加以放置¹³⁴，管理上也比較耗費人力和時間；另外因為紙張的特性，會因為閱讀、翻閱而磨損¹³⁵，但同時卻也具有不易修改、變造¹³⁶以及不需依賴特定工具才能顯示的特性¹³⁷。相對於此，影音記錄係以「**電子或數位**」方式加以儲存，隨著科技一

¹³⁰ 林宛怡，以犯罪偵查為目的之 DNA 資料保存—以歐洲人權公約第八條為中心，政治大學法律學研究所碩士論文，民國 98 年，頁 46。

¹³¹ 許文義，個人資料保護法論，三民書局出版，民國 90 年初版一刷，頁 210-211。

¹³² 許文義，個人資料保護法論，三民書局出版，民國 90 年初版一刷，頁 219-220。

¹³³ Marshall Breeding, "Preserving Digital Information," Information Today 19:5 (May 2002), p.48-50. 轉引自 陳雪華、洪維屏，數位資訊資源長久保存之探討，頁 2。

http://tech2.npm.gov.tw/faimp/speakers/may4-e1_ch.pdf（最後瀏覽日期：2011 年 6 月 10 日）

¹³⁴ 張濤，淺論法院檔案電子化，新鄉學院學報(社會科學版)第 23 卷第 1 期，2009 年 2 月，頁 78。

¹³⁵ 檔案入庫保管及設施建置，頁 9。http://e-archivist.archives.gov.tw/ch/images/100_8.doc（最後瀏覽日期：2011 年 6 月 10 日）

¹³⁶ 劉秋伶，數位證據之刑事證據調查程序，政治大學法律學研究所碩士論文，民國 99 年，頁 23。

¹³⁷ 陳雪華、洪維屏，數位資訊資源長久保存之探討，頁 3。

http://tech2.npm.gov.tw/faimp/speakers/may4-e1_ch.pdf（最後瀏覽日期：2011 年 6 月 10 日）；劉秋伶，數位證據之刑事證據調查程序，政治大學法律學研究所碩士論文，民國 99 年，頁 25。

日千里，儲存的「載體」材質愈發穩定，所占的體積空間越來越小，但其所能儲存的容量卻越來越大¹³⁸，所需要的保存條件相對於「書面（紙張）」而言是比較少的¹³⁹，在管理上也比較方便；不過也因為其「電子或數位」的特性，必須依賴特定的工具播放，被變造的可能性也較大，複製的難度也較低¹⁴⁰，這些都是在保存上要特別注意的。

第二款 對證人的基本權干預

只是單純的「保存」證人的「聲音或影像」，是否也會有侵害基本權的疑慮？參考歐洲人權公約第 8 條第 1 項，「人人都有要求其私人和家庭生活、家庭和通信受到尊重的權利」。依據歐洲人權法院的看法，「私人生活」是一個「廣泛且無法詳盡定義的概念」¹⁴¹，但從歐洲人權法院判決及歐洲人權委員會的決定中，可以歸納出幾個相關面向¹⁴²，其中有一種面向即為「個人資料」：就其範圍而言，依法院見解，應依照歐洲理事會於 1981 年所提出的「自動化處理個人資料保護公約（Convention For thr Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data）」的界定標準¹⁴³，依據該公約

¹³⁸ 檔案入庫保管及設施建置，頁 7-8。http:// e-archivist.archives.gov.tw/ch/images/100_8.doc（最後瀏覽日期：2011 年 6 月 10 日）

¹³⁹ 張濤，淺論法院檔案電子化，新鄉學院學報(社會科學版)第 23 卷第 1 期，2009 年 2 月，頁 78。

¹⁴⁰ 劉秋伶，數位證據之刑事證據調查程序，政治大學法律學研究所碩士論文，民國 99 年，頁 23,25。

¹⁴¹ 相關歐洲人權法院判決，請參考：Bensaid v. the United Kingdom, Judgement of 6 February 2001(Application no. 44599/98), §47; P.G. and J.H. v. the United Kingdom, Judgement of 25 September 2001(Application no. 44787/98), §56; Peck v. the United Kingdom, Judgement of 28 January 2003(Application no. 44647/98), §57; Perry v. the United Kingdom, Judgement of 17 July 2003(Application no. 63737/00), §36.

¹⁴² 林宛怡，以犯罪偵查為目的之 DNA 資料保存—以歐洲人權公約第八條為中心，政治大學法律學研究所碩士論文，民國 98 年，頁 23。

¹⁴³ 相關歐洲人權法院判決，請參考：Amann v. Switzerland, Judgement of 16 February 2000(Application no. 27798/95), §65; Cemalettin Canli v. Turkey, Judgement of 18 November 2008(Application no. 22427/04), §34; Rotaru v. Romania, Judgement of 4 May 2000(Application no. 28341/95), §43。

的立法目的，其係針對「**個人資料的自動化處理**」所為之規定，依照公約第 2 條第 a 項，凡「任何關於特定個人，或足以辨識其個人資訊」；再依照同條第 c 項，就資料的儲存，對資料為邏輯上或算術上的處理，變更、消除、檢索或散布，以全部或一部的自動化方式進行，皆受本公約保護，以求在「資訊自由流通」和「個人資料保護」間取得平衡¹⁴⁴。當然，也不是在任何情況下國家都無法就此為限制，依據歐洲人權公約第 8 條第 2 項，基於「國家安全、公共安全或經濟福利或為預防犯罪或混亂、保護健康或道德，為了保護他人之權利或自由，而為民主社會所必要者」，可以以法律為干預基礎。因此，法院必須檢驗國家干預是否有明確、可預見的法律¹⁴⁵依據？其限制是否正當？且必須是為民主社會所必要者。通過上述三關檢驗流程才符合公約第 8 條第 2 項的要求¹⁴⁶。

就「保存」個人資料的行為而言，「**保存行為**」所針對的客體係「個人以外之事物」，對於個人本身似乎無「顯著」影響。但是保存不是一個「動態」的存放行為，其本質上也是一種「狀態的繼續」，如果「沒有時間的限制」而**保存**對「個人有一定重要性」的客體時，「保存」個人資料對於個人權利是否真的不造成任何影響？確有討論餘地¹⁴⁷。依據法院的案例論述，「國家僅是保存個人資料的行為是否具有干預性」的重點在於，「該個人資料」是否和個人**私人生活**有關¹⁴⁸，而判斷的標準包括：資料被記錄的特性（如在錄音錄影的情形，該記錄具有永久保存性）、該記錄被使用及處理的方式（如已涉及個人資料的處理，且具有個人辨識性）及對個人所可能造成

¹⁴⁴ 林宛怡，以犯罪偵查為目的之 DNA 資料保存－以歐洲人權公約第八條為中心，政治大學法律法律學研究所碩士論文，民國 98 年，頁 31。

¹⁴⁵ 指的是內國法規，且不以成文法為限。Clare Over & Robin C.A. White Jacobs and White: The European Convention on Human Right 241(2006), at 222.轉引自林宛怡，以犯罪偵查為目的之 DNA 資料保存－以歐洲人權公約第八條為中心，政治大學法律法律學研究所碩士論文，民國 98 年，頁 37。

¹⁴⁶ 林宛怡，以犯罪偵查為目的之 DNA 資料保存－以歐洲人權公約第八條為中心，政治大學法律法律學研究所碩士論文，民國 98 年，頁 36-37。

¹⁴⁷ 林宛怡，以犯罪偵查為目的之 DNA 資料保存－以歐洲人權公約第八條為中心，政治大學法律法律學研究所碩士論文，民國 98 年，頁 45-46。

¹⁴⁸ 林宛怡，以犯罪偵查為目的之 DNA 資料保存－以歐洲人權公約第八條為中心，政治大學法律法律學研究所碩士論文，民國 98 年，頁 47。

的影響¹⁴⁹。以判決為例，在涉及**聲音保存**時，如果有永久性的保存，且該記錄被用於進行之分析，已涉及個人資料之處理並與個人辨識性有關連性，則此時應肯認「錄音」已構成私人生活干預¹⁵⁰—即使是來自公共領域（公開場合）的資料¹⁵¹；在**影像保存**的部分，一旦以「有系統」與「永久固定性」的錄下影像，如該記錄日後涉及個人資料之處理，而與個人辨識性有關連性，亦應肯認「錄影」對私人生活已造成干預—即使是來自公共領域（公開場合）的資料¹⁵²。上開判決的聲請人皆為犯罪嫌疑人，尚且有公約第 8 條第 1 項的適用可能，如果對「非被告」的「證人」，「無限制的保存」其「偵訊的錄音錄影資料」，對被動進入程序的證人干預應該更大。

在確認有對個人造成干預後，接下來要檢驗的是干預是否合法。依上開上述的檢驗流程，如果不存在公約中所列舉的正當限制理由，且未有相應的急迫社會需求¹⁵³，此等干預的合法性不無疑慮。

第三款 法院程序作業考量

所有偵查機關在偵查時所蒐集到的資料，包括偵訊中對證人的錄音錄影記錄，在案件進入法院後都必須將連同卷證移送該管法院，並由法院負責保存、管理¹⁵⁴。由於案件審理（包括通常程序及特殊程序）的需要，相關卷證

¹⁴⁹ 相關歐洲人權法院判決，請參考：Peck v. the United Kingdom, Judgement of 28 January 2003 (Application no. 44647/98), §59；S. and Marper v. the United Kingdom, Judgement of 4 December 2008 (Application nos. 30562/04 and 30566/04), §67.

¹⁵⁰ P.G. and J.H. v. the United Kingdom, Judgement of 25 September 2001 (Application no. 44787/98), § 57.

¹⁵¹ P.G. and J.H. v. the United Kingdom, Judgement of 25 September 2001 (Application no. 44787/98), § 56.

¹⁵² Peck v. the United Kingdom judgement of 28 January 2003 (Application no. 44647/98), §59；林宛怡，以犯罪偵查為目的之 DNA 資料保存—以歐洲人權公約第八條為中心，政治大學法律法律學研究所碩士論文，民國 98 年，頁 52-53。

¹⁵³ 也就是比例性的檢驗，法院必須平衡「限制對個人權利的嚴重性」及「公共利益的重要性」。Clare Over & Robin C.A. White Jacobs and White: The European Convention on Human Right 241 (2006), at 232. 轉引自 林宛怡，以犯罪偵查為目的之 DNA 資料保存—以歐洲人權公約第八條為中心，政治大學法律法律學研究所碩士論文，民國 98 年，頁 40-41。

¹⁵⁴ 可參照「檢察及司法警察機關使用錄音錄影及錄製之資料保管注意要點」第十點、「臺灣高等法院及所屬法院檔案管理要點」第二點。

必須要等到案件確定執行完畢後才可以規檔保存¹⁵⁵，而依據不同案件的重要性（例如刑度）也會有不同保存期限的限制¹⁵⁶，期限經過之後就必須被銷毀¹⁵⁷，但就對國家、機關、社會大眾或個人權益之維護具重大影響者應列為永久保存，如重大案件、複雜的跨國訴訟案件及重要人員牽涉其中的案件等¹⁵⁸；不過並沒有針對「資料的不同對象」，如被告或非被告（證人），作出保存（包括銷毀）上的區別。

第三項 使用

這裡的「使用」指的是將「偵訊中對證人的錄音錄影」用於審判階段，除了傳統的用於「法庭上」的證據爭執外，還包括另一種用於「法庭外」的訴訟上使用。以下將說明這兩種使用行為的型態、目的及其所產生的影響。

第一款 傳統的訴訟上使用

第一目 使用目的

一、擔保性

雖然依據刑事訴訟法第 41 條要求在訊問證人時必須制作筆錄，並依同條第 2 項證人有權確認筆錄的正確性，而依第 43 條的規定亦要求原則上由在場的書記官記錄，以「問錄」分開的方式以確保證詞記錄的正確性。然承前所述，在實務的操作情形下，並無法完全保證筆錄記載的客觀性和正確性。另外，偵查中的證人在受訊問時通常沒有辯護人在旁協助，又有作證義

¹⁵⁵ 「臺灣高等法院及所屬法院檔案管理要點」第二點。

¹⁵⁶ 「檢察及司法警察機關使用錄音錄影及錄製之資料保管注意要點」第十一點；「臺灣高等法院及所屬法院檔案管理要點」第十六點規定，檔案保存期限依照「臺灣高等法院及所屬法院檔案分類及保存年限區分表」。由於無法查詢到該區分表，參考「臺灣高等法院及所屬法院檔案管理要點」的前身「司法院暨所屬法院文卷保存期限實施要點」第七點（現已廢止），最長可以永久保存（死刑、無期徒刑案件），而無罪、免訴、不受理或不起訴案件，則要保存十年。

¹⁵⁷ 「臺灣高等法院及所屬法院檔案管理要點」第十七點、第十八點。

¹⁵⁸ 各類檔案保存年限基準表—08 法院類。

http://www.archives.gov.tw/Chinese_archival/Publish.aspx?cnid=720（最後瀏覽日期：2011 年 6 月 10 日）

務的要求，加上偽證罪的威嚇，獨自一人面對陌生的訊問人員及不透明的偵訊環境¹⁵⁹，相形之下顯得更為弱勢；另外，偵查中的身分不穩定，可能動輒從「證人」轉成「被告」，甚至是故意規避「被告」權利保護而以「證人」身分訊問的情形亦所在多有¹⁶⁰。因此更有必要加強對其正當程序的保護以及建立事後監督的依據¹⁶¹，而偵訊中對其的錄音錄影正好可以作為陳述任意性的擔保，確認沒有違反真意及刑求取供¹⁶²，也可以作為之後對筆錄記載有爭議時可供佐證的依據。

此外，如果日後證人無法出庭，則其審前在檢察官或警察前的陳述，必須要合乎「傳聞例外」才能引進審判庭，依我國刑事訴訟法第 159 條之 1 第 2 項、同法第 159 條之 2 及同法第 159 條之 3，條文中的共同點是要求「可信性」，即透過觀察「陳述時外部附隨環境及條件」，判斷其陳述是否具有「特別可信性」。而影音記錄正好可以呈現當時訊問時的「客觀外在環境」，從陳述者的聲調、表情、姿態以及訊問者的態度等，法院可以判斷「當時」的陳述環境是否真具有「可信性」，比起文字記載的筆錄或是陳述者、訊問者的陳述都客觀、完整，因此，法院實務不乏以此作為判斷可信性有無的依據之一¹⁶³，也可作為被告抗辯庭外陳述「不具特別可信性」的舉證依據¹⁶⁴。

二、輔助性

偵訊中對證人錄音錄影除了可以作為偵訊時記錄的輔助工具外，為了避免證人之後因為被告恐嚇或與被告共同串證而翻供，在訊問時亦應盡可能的

¹⁵⁹ 尤伯祥，公開播放證人、共同正犯偵訊光碟學術研討會與談記錄，台灣本土法學雜誌第 151 期，2010 年 5 月 1 日，頁 63-64。

¹⁶⁰ 林鈺雄，刑事訴訟法（上），自版，2010 年 9 月 6 版，頁 157；尤伯祥，前揭註。

¹⁶¹ 尤伯祥，為了逃離侏儸紀，所以公開播放偵訊光碟，財團法人民間司法改革基金會，http://www.jrf.org.tw/newjrf/RTE/myform_detail2.asp?id=2355（瀏覽日期：2011 年 5 月 26 日）；

Maike Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, Göttinger Studien zu den Kriminalwissenschaften Band 2, 2007, S.110.

¹⁶² 參考刑事訴訟法第 100 條之 1 修正理由。

¹⁶³ 最高法院 99 年度台上字第 4152 號判決、最高法院 99 年度台上字第 4905 號判決參照。

¹⁶⁴ 參照最高法院 99 年度台上字第 2208 號判決、最高法院 99 年度台上字第 1135 號判決、最高法院 98 年度台上字第 4711 號判決，對於庭外陳述的「欠缺外部可信性保障情形」，係由被告方負舉證責任。

於制作筆錄時全程錄音或錄影，錄音（影）的內容包括「漫談時所陳述案情經過」及「製作筆錄時之全程問答內容」¹⁶⁵；此外，偵查或審判的時點，都與犯罪發生時有一定的時間差距，證人的記憶也可能由清楚變得模糊，尤其是在某些細節上，很可能隨著時間而遺忘，因此，在偵查中預先對證人的陳述錄音或錄影，可以彌補因案發時間久遠造成證人記憶不全或喪失的難題¹⁶⁶，也可以透過先前訊問證人時的錄音錄影資料，喚起證人的記憶¹⁶⁷。

三、證人陳述替代性

由於透過錄音錄影技術，可以忠實的呈現證人先前的陳述，有助於真實發現，同時也可免除審判程序中不必要的證據調查，以達到「程序加速」的要求¹⁶⁸，故亦有直接使用偵查中對於證人訊問的錄音（或錄影）記錄，以代替審判中的證人訊問，不僅可以避免證人在審判庭受訊問的困擾，減輕其精神負擔，並減少不必要的傳喚和訊問所造的不便和困擾¹⁶⁹，尤其是在「被害者證人」的情形，要求被害人一再且面對面的看到被告，且必須一再陳述被害經驗，對於多數的被害人（尤其是性侵害犯罪的被害人）而言，無疑是一種煎熬及困擾¹⁷⁰，此種「二次傷害」的發生可以透過播放錄音（影）帶來避免。然此種作法可能會侵害到被告的「對質詰問權」，因此在適用時必須加入若干「限制要件」或特殊設計，如陳述特別可信或原始陳述者已無法出庭

¹⁶⁵ 何明洲，犯罪偵查原理與實務，中央警察大學出版，民國 98 年 4 月，頁 223。

¹⁶⁶ 姚淑文、張錦麗，「性侵害案件減少被害人重複陳述方案」推動後的結果與未來發展方向，律師雜誌第 301 期，民國 93 年 10 月，頁 44,46。

¹⁶⁷ 王德麟，從證據法則論相片、錄影帶之證據能力—以刑事訴訟為中心，中興大學法律系研究所碩士論文，民國 74 年，頁 76；張麗卿，論相片與錄影帶之證據能力，軍法專刊第 33 卷第 12 期，民國 76 年 12 月，頁 17。

¹⁶⁸ Swoboda, Videotechnik im Strafverfahren, 2002, S. 88.

¹⁶⁹ 謝協昌，論犯罪被害人在刑事訴訟程序之權利保護—以性犯罪被害人之權利保護為中心，台大法律研究所博士論文，民國 94 年，頁 340-341。

¹⁷⁰ 王燦槐，性侵害防治中心在司法流程中的角色---減少被害人重複陳述作業之評析，亞洲家庭暴力與性侵害期刊第 1 卷第 1 期，2005 年 12 月，頁 114；吳維雅，「你相不相信孩子」？—論兒童性侵害案件中之兒童證人及專家證人兼評台灣高等法院 92 年少連上訴字第 218 號刑事判決，檢察新論第 1 期，2007 年 1 月，頁 140。

¹⁷¹（傳聞例外），或對質詰問權已經在之前行使過¹⁷²，或至少被告律師曾在證人訊問時在場¹⁷³的情形下，才能做為原始證據的替代品¹⁷⁴。

此外，透過保存越完整的訊問記錄，也可以使得兒童證人在偵查中不用受多次訊問。因為對於兒童證人來說，盡可能越少的訊問，即意味著沒有經常性追根究柢式的問題及因此而生的恐懼¹⁷⁵，所有因陳述所造成的負面反應（害怕、被指責、不信任等），會透過警察、檢察官以及相關單位的多次訊問而被放大，接受每次不一樣的陌生人訊問及不同的訊問型態，都會使兒童感到困惑¹⁷⁶；透過錄音錄影也可使訊問者集中精神在陳述上，不像傳統筆錄製作時可能會打斷兒童證人的陳述¹⁷⁷，造成必須就同樣的內容陳述多次。

第二目 對程序中其他參與者的影響

承前所述可知，「偵訊中對證人的錄音錄影」在審判中最強烈的效果，即以此代替證人的到庭陳述，或是因此增加了審判外陳述進入法庭的機會，故以下將著重在此所造成的影響。

一、與被告的權利衝突

被告雖然因為涉有犯罪嫌疑而遭國家偵查及審判，但不代表即可由國家任意的處置，被告在刑事程序中還是擁有一定的權利。依據憲法第十六條的訴訟權規定，被告在訴訟上應享有充分之防禦權，其中即包括「詰問證人之

¹⁷¹ Swoboda, Videotechnik im Strafverfahren, 2002, S. 93.；性侵害犯罪防治法第 17 條、法院辦理性侵害犯罪案件應行注意事項第 10 點參照。

¹⁷² Swoboda, Videotechnik im Strafverfahren, 2002, S. 94.

¹⁷³ Swoboda, Videotechnik im Strafverfahren, 2002, S. 89,94.

¹⁷⁴ Swoboda, Videotechnik im Strafverfahren, 2002, S. 88.

¹⁷⁵ Busse /Volbert /Steller, Belastungserleben von Kindern in Hauptverhandlungen, 1996, S. 206f. 轉引自 Schmoll, Videovernehmung kindlicher Opfer im Strafprozeß : Verfahrens- und verfassungsrechtliche Lösungen auf der Grundlage des Zeugenschutzgesetzes, 1999, S.71.

¹⁷⁶ Schmoll, Videovernehmung kindlicher Opfer im Strafprozeß : Verfahrens- und verfassungsrechtliche Lösungen auf der Grundlage des Zeugenschutzgesetzes, 1999, S. 55.

¹⁷⁷ Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen, Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007, S. 110.

權利」，此亦表徵憲法第八條第一項的「正當法律程序」保障¹⁷⁸，也才合乎「公平審判原則」¹⁷⁹；此項權利亦已具有普世人權之地位，如美國憲法第六修正案（The Sixth Amendment），認為被告有權和證人對質¹⁸⁰；歐洲人權及基本自由保障公約

（European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms）在第六條第三項第四款¹⁸¹中，亦將「被告對其不利證人詰問的權利」列為被告在刑事程序中最基本的保障，可見此項權利的正當性及必要性已受到廣泛的承認。

「對質詰問權」的具體內涵，參考美國最高法院判決及歐洲人權法院的要求，原則上，被告或其辯護人對於證人要能面對面的質問，即以此觀察證人陳述時的表情及判斷證詞的可信度¹⁸²。以上述標準觀察，如果以「偵訊中證人陳述的錄音錄影資料」完全代替「證人於審判中的陳述」，或是因為有錄音錄影而使得「審判外陳述」被引進法庭的機率增加，則明顯的違反了被告對質詰問權的要求；被告或辯護人雖然於審判時可以**看到**證人於偵訊時陳述的**畫面**或**聽到其聲音**，但這並非「面對面」，證人也無法就被告或辯護人所質疑的部分及時作出回應，還是會造成各說各話的狀態，此種雙方非同時、同部的「對話」並無法達到發現真實的要求；雖然錄影（音）可以讓被告或辯護人觀察證人於偵訊中的作證表情、聲音或動作，但與「現場直接觀察」相較，應還是有程度上的差異。當然，「對質詰問權」並非沒有例外，「保護證人」並非當然構成理由，必須要考量對被告防禦權行使的侵害程度，尤

¹⁷⁸ 釋字第 582 號解釋參照。

¹⁷⁹ 釋字第 582 號理由書參照。

¹⁸⁰ 原文：In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right... to be confronted with the witnesses against him.

¹⁸¹ 英文版條文：3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights: (d) to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him.

¹⁸² 美國最高法院判決如：Maryland v. Craig, 110 S.Ct. 3157, 3163(1990); California v. Green, 399 U.S. 149, 157(1970); Douglas v. Alabama, 380 U.S. 415, 418(1965); Pennsylvania v. Ritchie, 480 U.S. 39, 51(1987). 歐洲人權法院判決（ECHR）如：Windisch v. Austria, Judgement of 27 September 1990(Application no. 12489/86), §§11, 27；Saidi v. France, Judgement of 20 September 1993(Application no. 14647/89), §§9, 19-21, 41-44.

其是當此為有罪判決中唯一或關鍵的基礎¹⁸³或是在整個程序中都沒有行使質問權的情形¹⁸⁴下，例外類型必須要從嚴審查，即使是性侵害的被害證人亦不例外¹⁸⁵。

二、與辯護人的權利衝突

依據釋字第 654 號，憲法第十六條的訴訟權，包括「被告選任信賴的辯護人」，透過辯護人的協助獲得確實有效之保護，以發揮「防禦被告權利」之功能。也就是說，辯護制度是彌補被告與國家實力落差，並實現公平審判原則的必要配備¹⁸⁶，而為了能有效的行使辯護權，辯護人必須擁有一定的權利：閱卷權、交通權及在場權，以取得一定的資訊為被告辯護，故如果上開權利遭受限制，不僅將使得辯護功能減損，影響到辯護人的「工作權」行使¹⁸⁷，同時也將間接影響到被告的權利保障。

因此，如果以「證人偵訊中的錄音錄影資料」完全代替「審判中對證人的訊問」，或是因為有錄音錄影而增加使用「審判外陳述」的機會，將使得辯護人的辯護權受到限制：辯護人僅能於審判時就該「錄音錄影」加以檢視，雖然比起傳統筆錄而言，「錄音錄影」更能呈現證人作證時的整體情形，但此還是只有當事人之一造—檢察官單方面的訊問，呈現出的僅是偵查機關訊問的角度；如果辯護人自始至終都無法參與詢問證人，而只能就以偵查機關角度所作的訊問為事後檢視，在證人不到場的情形下，即使提出質疑也無法

¹⁸³ 林鈺雄，證人概念與對質詰問權—以歐洲人權法院相關裁判為中心—，《刑事程序與國際人權》，元照出版，2007年12月初版1刷，頁224。相關歐洲人權法院判決，可參照 *Saidi v. France*, Judgement of 20 September 1993(Application no. 14647/89), §41；*Unterpertinger v. Austria*, Judgement of 24 November 1986(Application no. 9120/80), §§30-33；*A.M. v. Italy*, Judgement of 14 December 1999(Application no. 37019/97), §25。

¹⁸⁴ 林鈺雄，證人概念與對質詰問權—以歐洲人權法院相關裁判為中心—，《刑事程序與國際人權》，元照出版，2007年12月初版1刷，頁222。相關歐洲人權法院判決，可參照 *Isgrò v. Italy*, Judgement of 19 February 1991(Application no. 11339/85), §§9-21, 32-37。

¹⁸⁵ 林鈺雄，證人概念與對質詰問權—以歐洲人權法院相關裁判為中心—，《刑事程序與國際人權》，元照出版，2007年12月初版1刷，頁225。相關歐洲人權法院判決，可參照 *P.S. v. Germany*, Judgment of 20 Dec. 2001(no. 33900/96)。

¹⁸⁶ 林鈺雄，刑事訴訟法（上），自版，2010年9月六版一刷，頁203。

¹⁸⁷ 工作權的保障包括了選擇和執行職業的自由，所以對於從事工作之方法、時間、地點等為限制也是一種干預。相關釋字：第584號、第649號、第682號等。

有立即的回應，也就是說，辯護人只能做消極的防守，而無法為積極的爭執，其辯護權的行使明顯遭受限制。

第三目 與法院審理原則之衝突

所有的「證據」在進入審判程序之後，都必須受審判原則的支配。以下，同樣就「偵查中證人的錄音錄影」完全代替「證人在審判中的陳述」而直接作為證據的情形，說明其是否合乎若干審判原則的要求。

一、直接審理原則與傳聞法則

「直接審理原則」又稱為「要求出於審判庭之原則」，其內涵可以「形式的直接性」和「實質的直接性」加以說明：前者要求法院（審理案件的全體法官）必須以「親自感知」的方式踐行「審理（尤其是證據調查）程序」，以獲得對待證事實的直接印象；後者則要求法院要盡其可能的運用「最為接近事實的證據方法」，反面言之，就是不論是「供述」或「非供述」證據，都要盡量少使用「證據替代品」¹⁸⁸。而在我國刑事訴訟制度的設計下，因為同時採取了「直接審理原則」和「傳聞法則」¹⁸⁹，因此當涉及「證人在審判外陳述」的議題時，也必須就「傳聞」加以討論：被告以外之人（如證人）於審判外，就「曾經直接知覺體驗為基礎之事實」為陳述，並以此證明待證事實為真¹⁹⁰。「傳聞法則」因顧慮此等陳述之可信性、缺乏程序保障的疑慮（如反詰問或對質）以及避免陪審團被干擾¹⁹¹，故原則排除上述之傳聞。惟上開原則並非絕對不允許例外，然必須注意「所犧牲者」與「所欲達成的目標」間的比例關係，避免造成原則的例外化。

因此，如果以「證人於偵查中陳述的錄音錄影帶（光碟）」完全取代「審判程序中對證人的訊（詢）問」，將明顯違反「直接審理原則」：就形式上而

¹⁸⁸ 林鈺雄，刑事訴訟法（下），自版，2010年9月六版一刷，頁187-188。

¹⁸⁹ 林鈺雄，刑事訴訟法（上），自版，2010年9月六版一刷，頁520。

¹⁹⁰ 我國刑事訴訟法第159條第1項僅規定：「被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述」，然此傳聞定義似過於簡略。此處之解釋，參考前揭註，頁503。

¹⁹¹ Arthur Best 著，蔡秋明·蔡兆誠·郭乃嘉譯，證據法入門 美國證據法評釋及實例解說，元照出版，2003年4月初版2刷，頁86-89。

言，證人沒有親自出現在承審法官面前，法官不能只有聽到陳述的聲音，而必須同時看到陳述者陳述，並持續目睹陳述者陳述的方式¹⁹²；就**實質**上而言，「偵查中訊問的記錄」相對於「證人於審判程序中的個人陳述」，為一「證據替代品」¹⁹³。但是如果有其他「特別需要保護」的理由，例如考慮到「保護兒童證人」，尤其是在證人因為時間而記憶遺忘或囿於審判中法庭陳述的巨大壓力時，「直接審理原則」並非不能打破¹⁹⁴，且此種方式比起「傳統偵訊筆錄」還有「傳聞證人」而言，更接近事實，且可完整記錄證人的「非語言」及「語言」行為，此種優點可以視為另一種形式的「直接性擔保」¹⁹⁵。

至於若以不同的方式儲存，如以與傳統「文書」相異的「影音載具（例如錄音帶、錄影帶）」加以表現，是否會影響其陳述的傳聞本質？雖然我國法就此未有明文規定，然答案應為否定：因為傳聞的前提之一在於以「人類陳述」為內容的「言詞或書面陳述」，所以判斷標準還是應該以此出發，如果該「影音載具」所記錄的內容是人類陳述，則仍有傳聞法則之適用¹⁹⁶；而當錄音錄影的內容是證人於庭外受偵訊時的陳述時，其性質與供述筆錄或供述書相同，如欲以其陳述內容為待證事實之證據，則為供述證據之一種，亦可適用傳聞法則¹⁹⁷。惟我國若干實務判決有以「錄音錄影係依機械及科學原理運作，故其記錄及重播能力之正確性不容懷疑，此若提出於法院，可使他人聽到其收錄之聲音，此與人以言詞或書面陳述本質上不同而無傳聞法則之適用」¹⁹⁸為論述，實有誤會：所謂的「僅憑機械力拍錄，未為人為操控」，

¹⁹² Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen, Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007, S. 63-64.

¹⁹³ Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen, Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007, S. 64.

¹⁹⁴ Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen, Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007, S.64-65.

¹⁹⁵ Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen, Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007, S. 64.

¹⁹⁶ 劉秋伶，數位證據之刑事證據調查程序，政治大學法律學研究所碩士論文，民國 99 年，頁 76。

¹⁹⁷ 劉秋伶，數位證據之刑事證據調查程序，政治大學法律學研究所碩士論文，民國 99 年，頁 85-86。

¹⁹⁸ 最高法院 91 年度台上字第 2363 號判決、最高法院 92 年度台上字第 3920 號判決參照。

至多只能表示「可信度高」而非表示當然有「證據能力」¹⁹⁹；且觀察上開判決，其係將該錄音資料用於證明「證人曾自承其證言不實」²⁰⁰或「證人先前所為之不同於審判中之陳述」²⁰¹，這一種所謂的「彈劾證據」在英美判例法上並不認為其為傳聞證據的緣故，是因為其**功用**與傳聞法則的內涵不同²⁰²，而非其所使用的**載具**不同。

二、言詞審理原則

「言詞審理原則」又稱為「口頭原則（Mündlichkeitsprinzip）」²⁰³，該原則係針對程序參與者在程序中與承審法官的溝通模式，要求得以進入審判且被援引的訴訟材料，必須要以言論的方式在審判程序中呈現，此有助於刑事審判的透明化，同時也是公開審判程序的前提²⁰⁴。從「認知心理學」的角度觀之，言詞審理原則有助於進一步的真實發現；從「辯證法」的角度而言，言詞審理原則正好以「言談和爭辯」的「面對面對話」方式為前提²⁰⁵。

承上述觀點，在以錄音錄影播放的情形下，還是可以使所有的程序參與者在法庭內以聽覺加以感知，這種「透明性」合乎言詞審理原則的要求，且對於程序參與者而言，效果相似於朗讀筆錄或聽取審問者的審訊。惟其無法有「面對面對質」的情形，但相對於傳統的證據替代品而言，它提供了「特別的利益」，且在言詞審理原則範圍內「較好的」證據方法，言詞審理原則的限制可以在此被正當化—透過**影音媒介**的方式而非**單純的筆錄朗讀**來感

¹⁹⁹ 此與由機器直接產生，只有「機械性反應」而不含任何「人為意志」的情形不同。後者是其內容直接由機器製造，本身根本不具供述性質（要有知覺、記憶、表達等過程），前者是內容仍為一陳述，只是透過機器加以記錄。最高法院在此之論述，似有將兩者混淆之嫌。

²⁰⁰ 此為最高法院 91 年度台上字第 2363 號判決之情形。

²⁰¹ 此為最高法院 92 年度台上字第 3920 號判決之情形。

²⁰² 王兆鵬、陳運財等著，傳聞法則理論與實踐，元照出版，2004 年 9 月 2 版 1 刷，頁 51。

²⁰³ 林鈺雄，刑事訴訟法（下），自版，2010 年 9 月六版一刷，頁 190；林山田，刑事程序法，五南出版，2004 年 9 月 5 版 1 刷，頁 75。

²⁰⁴ Geppert, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafverfahren, 1979, S. 139f. 轉引自 Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen, Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007, S. 69.

²⁰⁵ Geppert, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafverfahren, 1979, S. 141. 轉引自 Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen, Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007, S. 69.

知證人的訊問²⁰⁶。也就是說，言詞審理原則並非完全不容許例外，尤其是當遇到有證人無法、不敢、不願當眾陳述，或陳述會對陳述者造成個人危險時，要求確實踐行此原則實強人所難²⁰⁷，而影音呈現的方式，相較於傳統的書面，的確可以提供更完整、更全面的資訊。

三、調查原則

從德國刑事訴訟法第 244 條第 2 項²⁰⁸可以導出所謂的「最佳證據要求」，該條項亦被稱為「調查原則」，或更確切的說是「法定調查原則」，亦即「法院澄清義務」的展現，此原則適用於判斷某證據是否應調查，同時也包括調查的範圍²⁰⁹，進一步而言，法院有義務要盡力謀取「最具調查可能」的證據²¹⁰。偵查中訊問的影音記錄屬於證據替代品，但是如果考慮到針對「記憶遺忘」的證人所做的「立即性證據保全」，上開證人可能年紀還很小或是無法在審判程序出庭，相較於只有書面的訊問替代品（筆錄）可供使用，則「偵查中訊問的影音記錄」就是最佳的證據方法，但前提是該影音記錄必須要完整記錄包括預談及中斷的部分²¹¹。

相應於德國，我國刑事訴訟中關於「法院的調查原則」，係規定於刑事訴訟法第 163 條第 2 項²¹²，本條係就法院澄清起訴犯罪事實真相之「權限」與「義務」加以規定，依照民國 91 年的修法理由，雖然在採取「改良式當事人主義」後，「法院的澄清義務」將退居「當事人聲請」之後，然在「於公平正義之維護或對於被告之利益有重大關係事項」的特殊情形，仍無法完

²⁰⁶ Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen, Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007, S. 69.

²⁰⁷ 林山田，刑事程序法，五南出版，2004 年 9 月 5 版 1 刷，頁 77-78。

²⁰⁸ 原文：Das Gericht hat zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind.（法院為調查事實，必須依職權調查所有對判決有重要性的事實及證據方法。）

²⁰⁹ 甯若蓁，被告於審判上證據調查聲請之探討-以德國刑事訴訟法為中心-，政治大學法律學研究所碩士論文，民國 98 年，頁 36。

²¹⁰ BGH, StV 9/2003, 485.

²¹¹ Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen, Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007, S. 72.

²¹² 「法院為發現真實，得依職權調查證據。但於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查之。」

全豁免職權調查的義務²¹³；而職權調查的「範圍」，雖然法條上已經有所規定，但有學說認為其標準太過抽象，因此建議還是採取「重要關連性、調查必要性及調查可能性」為判斷標準²¹⁴，而修法後的最高法院判決²¹⁵在論述時，也多有採取以「重要關連性、調查必要性及調查可能性」加以說明職權調查之範圍，決議²¹⁶雖也有提及法條上「於公平正義之維護或對於被告之利益有重大關係事項」的文字為應調查證據之範圍，但也不否認「重要關連性、調查必要性及調查可能性」的適用。承上可知，雖然從我國的條文中可能無法直接導出「最佳證據要求」的原則，但是從上開的操作標準來看，如果在難以取得其他證據的情形，不論是採取哪一種判斷標準，都會同意採取「偵查中訊問的影音記錄」；就案情有**重要性**且也具有**必要性**的證人，以「偵訊中的影音記錄」可使其無法到庭受審問之證人的「證言」有被調查及被檢驗的可能；在難以取得其他證據的情形下，為了避免僅以單一證言就論被告成罪或因無法調查該證言而作出有違公平正義的判決結果。

第二款 訴訟外使用—律師的法庭外陳述

第一目 使用目的

原則上，在進入審判之後，檢辯雙方多在**法庭內**進行攻防，就「證據的取捨與否」以及「所能證明的事實」進行法庭內部活動。但是，從不少的實證研究中可以發現—即使是在未採取平民參（陪）審的我國，審判仍無法完全置外於「法庭外聲音」的影響²¹⁷。因此，有些辯護人可能是出於辯護策略

²¹³ 最高法院 91 年度第 4 次刑事庭會議參照。

²¹⁴ 林鈺雄，刑事訴訟法（上），自版，2010 年 9 月六版一刷，頁 71。

²¹⁵ 最高法院 92 年度台上字第 5970 號判決、最高法院 93 年度台上字第 4846 號判決、最高法院 93 年度台上字第 4978 號判決、最高法院 98 年度台上字第 5178 號判決等參照。

²¹⁶ 最高法院 91 年度第 4 次刑事庭會議參照。

²¹⁷ 有實證（受訪者為隨機（發放問卷）取得，法官為刑庭法官，主要為北部地區，不含最高法院；檢察官部分亦同）表示，雖然法官、檢察官會受影響，造成情緒干擾（約有六、七成），但認為會影響審判公正性的比例不高（三成左右）。林承與，新聞自由與公平審判關聯性之實證研究，民意研究季刊第 214 期，2000 年 10 月，頁 142-143。

有實證（受訪者為隨機（發放問卷）取得，包括各地各級地方法院檢察署，以地院最多）表示，

的考量，爲了確保其當事人的利益，會在法庭外「發表陳述」或是「爲具體的行動」（如先前我國所發生的爭議：辯護人透過現行的閱卷制度，取得證人在偵查時受偵（警）訊的錄音（影）帶，在**法庭外**公布該錄音（影）帶²¹⁸），希望以此造成輿論而對審判法官造成心理壓力²¹⁹，進而達到其所欲達成的效果。以下將以「律師的審判外陳述」概括這種行爲態樣。

第二目 對證人的影響

由於影音記錄的特性—便於複製、擷取，一旦依「各級法院刑事、行政訴訟及少年保護事件律師閱卷要點」第 19 點²²⁰、第 27 點規定，透過閱卷權的行使，被用於律師的法庭外陳述，常見的型態如透過大眾媒體加以播放，將造成個人聲音、影像的外流給第三人，且不需要證人的同意，此也造成證人對於其談話及影像運用範圍權利的限制，一旦該項資訊外流，透過媒體的

雖然法官和檢察官普遍都認爲自己辦案不易受到媒體影響，但卻都認爲同事可能會受到影響，實證調查者認爲這裡可能有「自己低估影響」的現象出現。彭文正、蕭憲文，犯罪新聞報導對於司法官「認知」、「追訴」及「判決」的影響，台大法學論叢第 35 卷第 3 期，民國 95 年 5 月，頁 33-44,45-6170-71。

有實證（法官受訪者爲當時的台北地院庭長吳光釗，高等法院法官李春地、宋祺，最高法院法官林勤純等十人；檢察官受訪者有時任新竹地檢署主任檢察官許永欽，高檢署檢察官陳瑞仁及陳文禮）表示，身爲職業訓練出身的法官、檢察官應不至於受媒體影響，或雖有影響，但在看到卷證後還是會公平審判；但還是有質疑的聲音。王己由，新聞審判之研究，文化大學新聞研究所，民國 95 年，頁 11,75-76,107-112。

²¹⁸ 《播放光碟，不具殺傷力》，聯合報 A4 版要聞，2009 年 2 月 4 日；《特別費/侯寬仁筆錄不實？律師擬提告瀆職》，http://www.tvbs.com.tw/news/news_list.asp?no=blue20070719120354 最後瀏覽日期：2011 年 2 月 20 日）

²¹⁹ 謝志明，當言論自由衝擊公平審判—美國法對於訴訟參與人法庭外陳述之限制，檢察新論第 7 期，2010 年 1 月，頁 279。

²²⁰ 然也有認爲依刑事訴訟法第 33 條第 1 項而言，閱卷行使方式應只限於「檢閱」、「抄錄」、「攝影」三種，不含「拷貝複製」。邱忠義，偵查中錄音錄影與偵查筆錄可信性之關係—兼論訴訟目的外使用證據之影響，檢察新論第 7 期，2010 年 1 月，頁 39-40；吳巡龍，辯護人是否有權複製偵訊光碟，台灣本土法學雜誌第 119 期，2009 年 1 月 1 日，頁 165-166。邱氏更進一步指出，現行的「各級法院刑事、行政訴訟及少年保護事件律師閱卷要點第 19 點」允許拷貝的規範是有問題的，應加以修正。邱忠義，禁止將閱卷所得資料爲訴訟目的外使用及拷貝訴訟影音內容，司法院「辯護與人權公聽會系列三：閱卷權」書面資料，2009 年 3 月 27 日。上開修正建議轉引自 蘇友辰，偵訊光碟公開揭露適法性的探討，全國律師 3 月號，2009 年 3 月，頁 34。惟就此亦有反對意見，參見 張淳淙，偵查中錄音錄影與偵查筆錄可信性之關係—與談意見（一），檢察新論第 7 期，2010 年 1 月，頁 58；陳運財，論偵查不公開之適用範圍及其例外，全國律師 9 月號，2009 年 9 月，頁 35。

傳播，其使用範圍可能無限擴大，再加上重複放映或剪接的效果，證人將對於其影音資料完全失去掌控的能力；因為即便證人知道偵訊中有錄音或錄影，應可預料該影音資料會用於審判用途，但第一次的授權公開並不意謂著之後完全喪失對該資訊的控制能力²²¹，也就是說，證人並不會對於該資訊完全失去控制，而必須容忍含有其肖像或聲音的影音資料外流，透過媒體重複性、廣泛性的播放或是經由複製而流入其他有心人之手另作他用²²²。故此將使得證人的「個人對其肖像及談話的權利」或是「肖像權與聲音權」受到干預。

另外，前述所提及的「秘密通訊自由」在此也有討論空間。證人作證時的陳述內容，從「主觀認知」和「客觀的環境（偵訊目的）」來看，「陳述內容」除了訊問者知悉外，之後進入審判庭時被其他程序參與者知悉應不難想像，至於是否會被公開予社會大眾，雖然審判原則上並無「偵查不公開」的原則適用，「審判公開」雖容許不特定人之旁聽，然必需「主動」前往旁聽方可知悉，我國司法院於民國 87 年起已提供裁判書全文上網供民眾查詢的服務²²³，故證人亦應可預期其所陳述之內容會以此方式為公眾所知，然此也必須「主動」查詢判決書才會知情—但無法與透過大眾媒體播送光碟等影音記錄而「被動」、「普遍」的「原音原影式」知悉相比，故拙見以為，**客觀事實上所預測不到的揭露方式也是一種對隱私權的侵害**²²⁴，不宜僅以「審判公

²²¹ 李震山，來者猶可追，正視個人資料保護問題—司法院大法官釋字第 603 號解釋評析，台灣本土法學雜誌第 76 期，2005 年 11 月，頁 228；林子儀大法官釋字第 603 號解釋協同意見書參照。

²²² 邱忠義，偵查中錄音錄影與偵查筆錄可信性之關係—兼論訴訟目的外使用證據之影響，檢察新論第 7 期，2010 年 1 月，頁 69。

²²³ 郭瑞蘭，裁判書上網公開與個人資料之保護，司法周刊第 1384 期，2008 年 4 月 10 日，第 2 版。

²²⁴ 就此，亦可參考美國在「開放空間隱私權保障」的討論，其中一個原則是「個人明知揭露原則」，該原則在操作時，強調個人必須要有**相當認識並確定**其行為所**可預見與發生的後果**，如果個人無法認識，不能預見，或**認知和事實的差異太大**，都不算是「明知」；也不能以行為人已進入公共空間就推論有默示同意由他人任意取得秘密資訊；且揭露的範圍也以一般正常情形為限，不表示要**毫無止盡**的被揭露；也不包括被迫揭露的情形。蔡達智，開放空間中的隱私權保障，月旦法學雜誌第 145 期，2007 年 6 月，頁 137-138;142-144。

開」為由就否定隱私權的存在²²⁵。

除了上述的討論之外，也有意見認為，證人雖然因為作證義務而必須陳述，但如內容係有關其陳述者或其他人的「私密領域的活動或資訊」，例如：與「性」有關的個人隱私²²⁶；並不以是否存在婚姻關係為前提，還包括自主決定對性的態度²²⁷及變性的決定權²²⁸；與丈夫的約定關係，如離婚後的財產協議²²⁹；與家族親戚間的私人接觸，也包括有利於犯罪者²³⁰及與受信賴之人的書信往來²³¹；家庭中雙親和兒童的互動情形²³²等，仍應只限於訴訟上之使用，此時基於「保障個人生活私密領域免於他人侵擾」以及「個人資料之自主控制」，對於此種具有「私密性」的「個人資料」，不能因為「作證義務」或「審判公開」的理由，就允許其無限制的被存取及使用。因此，如果因為公開偵訊的錄音錄影光碟而造成涉及他人隱私或工商秘密之洩漏²³³，而可能

²²⁵ 參考美國的法院實務，這樣的論述基礎—案件既經「公開審理」，則其判決事實已成為「公開記錄」，不在隱私權保護範圍內，係始於侵權行為法彙編，在隨後訂定聯邦資訊公開法(FOIA)後，影響更為深遠，美國最高法院認為（Cox Broadcasting Corp. v. Cohn, 420 U.S. 469, 496(1975).），任何對於得公開法庭的揭露，都被禁止課以隱私權的侵害；此見解迄今並未變更。李惠宗，裁判書上網公開與個人資訊自決權的衝突，月旦法學雜誌第 154 期，2008 年 3 月，頁 24；陳起行，資訊隱私權法理探討—以美國法為中心，政大法學評論第 64 期，民國 89 年 12 月，頁 304-305。但也不是沒有反對意見，有論者認為，公共記錄中的個人資訊並不必然完全免於侵害個人之隱私，尤其在電腦處理個人資料所引起的比對，建構個人素描的情形，故此爭議未可逕下結論。陳起行，資訊隱私權法理探討—以美國法為中心，政大法學評論第 64 期，民國 89 年 12 月，頁 312-313。

²²⁶ BVerfGE 96,56,61.

²²⁷ BVerfGE 47,46,73.

²²⁸ BVerfGE 49,286.

²²⁹ BVerfGE, NJW 1982, S.2365-2366.

²³⁰ BVerfGE, NJW 1981, S.1943-1946

²³¹ Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland : Kommentar, 7.Aufl., 2004, Art. 2, Rn. 37.

²³² Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland : Kommentar, 7.Aufl., 2004, Art. 2, Rn. 36-37.

²³³ 吳巡龍，辯護人是否有權複製偵訊光碟，台灣本土法學雜誌第 119 期，2009 年 1 月 1 日，頁 166。

會有「妨害秘密罪」的問題²³⁴；然亦有論者認為，前揭資料可能因「審判公開」²³⁵或「證據已經合法閱覽卷證取得」²³⁶而「不再是秘密」因而不成罪。拙見以為，如同先前在「秘密通訊自由」的討論，審判公開指的是對「法庭內」的參與者公開，而非代表對所有人都無秘密可言，**非**「訴訟上當事人或程序參與者」必須要透過「查詢判決書」或「聲請旁聽」的方式才可能得知，故不應遽此否認「秘密」的性質；但另一方面，如果從該條的規範目的來看，該條所欲保護的是「得以取得秘密資訊的職業」所彰顯出的「信賴關係」²³⁷，**被告律師與證人**之間似不存在著這種特殊的信賴，能否適用於此並非當然無疑。

從上面的討論可以看出，律師如以「公布偵訊中證人的錄音錄影」為「法庭外陳述行為」，將對證人的若干權利造成干預。不過，與前述討論不同的是，這裡的行為主體是「私人的律師」而非「國家」，與傳統的「基本權干預行為」定義並不相同。傳統的「基本權干預行為」指涉的是「國家」之於「人民（權利）」，而承上所述，雖然證人將因此行為而受有基本權干預的可能，然由於行為主體並非「國家」，是否能夠納入「基本權干預行為」下討論，將產生疑義。拙見以為，此處或有援引「基本權利第三人效力」理論的空間。該理論係以「**基本權客觀面向**」出發，認為基於基本權的客觀價值秩序，其雖然沒有直接在人民間水平交往的私法關係上起作用，即原則上人民並無法對其它人民主張基本權，但卻是法官在解釋民法概括條款與不確定概

²³⁴ 刑法第 316 條：「醫師、藥師、藥商、助產士、心理師、宗教師、律師、辯護人、公證人、會計師或其業務上佐理人，或曾任此等職務之人，無故洩漏因業務知悉或持有之他人秘密者，處一年以下有期徒刑、拘役或五萬元以下罰金。」

²³⁵ 邱忠義，偵查中錄音錄影與偵查筆錄可信性之關係—兼論訴訟目的外使用證據之影響，檢察新論第 7 期，2010 年 1 月，頁 38。

²³⁶ 邱忠義，公開播放證人、共同正犯偵訊光碟學術研討會與談記錄，台灣本土法學雜誌第 151 期，2010 年 5 月 1 日，頁 84。拙見以為，閱卷制度（或美日兩國所謂的證據開示制度）是將相關證據予辯護人（或是無辯護人的被告）知悉相關資訊，以供自我辯護的一種制度，目的在於平衡兩造資源，以達到武器平等。是不是表示上開資訊對**所有人**（不論與該程序有無關聯）都**一律公開**？或是上開資訊已就在辯護目的以外的使用範圍都公開？並非當然無疑。

²³⁷ 參考刑法第 316 條立法理由。

念時必須依循的精神，此亦有稱為「**基本權放射效力**(*Ausstrahlungswirkung der Grundrechte*)」²³⁸。此外，也有學者認為「基本權利第三人效力」是「**基本權保護義務**」的一個次類型，因為主要涉及法官（院）對於法律作合乎保護義務的解釋²³⁹，即人民可以依據「基本權保護義務」向國家請求保護其基本權所保障的法益，以免受到他人侵害²⁴⁰。

因此，如果採取「基本權第三人效力」的理論，即使行為主體並非國家，還是可能受到基本權的客觀面向影響，而可納入「基本權干預」的體系下討論。不過，由於該理論處理的是私法關係，而上開所提到的「**個人對其肖像及談話的權利**」、「**肖像權與聲音權**」、「**秘密通訊自由(權)**」、「**資訊隱私權**」，應可歸入對人之直接保障，其保障了人的尊嚴與不受侵犯，也保障了個人身體與精神活動的權利的「**人格權**」²⁴¹範圍內，民法第 18 條可以作為規範解釋的依據。而如果採取「**基本權保護義務**」這個比較廣義的概念，保護義務的履行除了對於「民事規定」上有所影響，也會涉及「刑法條文」或「行政法」上標準的制定，所以如果認為所涉及到的權利有用「刑法」或是「行政法規」規定的必要或實益，也可能有其他類型規範適用、解釋的機會。

第三目 對程序中其他參與者的影響

律師將證人偵訊的光碟公布的「**法庭外陳述行為**」，除了對被公布的證人本身有影響外，也會對於其他的程序參與者產生影響。由於該行為的目的是出於辯護策略，希望可以藉此影響法院的判決，然如果該行為被認定為「**干擾審判**」時，有實證顯示反而可能會對委託人（也就是**被告**）有不利的影響²⁴²。而如果限制（甚至禁止）為此類行為，由於「**證人偵訊的錄音錄影資料**」

²³⁸ 張嘉尹，違憲審查中之基本權客觀功能，月旦法學雜誌第 185 期，2010 年 10 月，頁 22。

²³⁹ Christian Starck 著，李建良譯，基本權利之保護義務，《法學、憲法法院審判權與基本權利》，元照出版社，2006 年 7 月初版，頁 433。

²⁴⁰ H.H.Klein, Die grundrechtliche Schutzpflicht, in: DVBl 1994, S. 490. 轉引自張嘉尹，違憲審查中之基本權客觀功能，月旦法學雜誌第 185 期，2010 年 10 月，頁 23。

²⁴¹ 黃立，民法總則，初版，三民總經銷，1994 年，頁 94。

²⁴² 有實證資料顯示，必須要看該行為**是否**「出於被告授意」為之來判斷，如果是辯護人的自發行為，不利的後果不應歸給被告；所以如果沒有明確的證據顯示有授意或合謀，就不應該使被告遭受不利，如被認為犯後態度不佳而從重量刑。李幼妃，律師辯護權之行使對刑事審判結果之影

仍屬卷證之一部²⁴³，在進入審判之後，因不適用偵查不公開，辯護人依刑事訴訟法第 33 條第 1 項有「檢閱抄錄攝影卷證權」²⁴⁴，此時如就其「取得」或「使用」加以限制，將影響到辯護人的閱卷權，也影響實質辯護的實現，進一步也造成被告的權利受損，並造成兩造「武器不平等」的質疑，故此部分之限制必須謹慎考量。另外，也可能對於行審判的法官產生困擾。

第四目 與法院審理原則之衝突

這裡所涉及到的相關法院審理原則為「公平審判原則」及「公開審判原則」：前者的內涵雖較廣泛、模糊，但可以肯認法官的無偏頗性或中立性屬於該原則的「核心」內涵，其必須以中立的第三人角度加以裁判爭端²⁴⁵，這可以從憲法第 80 條以及刑事訴訟法有關迴避的規定²⁴⁶導出其在我國刑事程序中的體現。後者則源於 19 世紀歐陸刑事訴訟的大改革，現已被普遍認知為法治國刑事訴訟的基礎（我國法院組織法第 86 條本文參照），違反將構成判決當然違背法令事由（刑事訴訟法第 379 條第 3 款），但同時也設有例外和限制²⁴⁷；透過公開審理，一來在於鞏固社會大眾對司法的信賴，二來也可提高刑事司法機關的責任，三來也能防止法院被不當因素所左右，但是如果**過度、有害**的公開，則會反其道而行的影響裁判走向²⁴⁸，反而不利於「公平審判」的要求—因為公開的目的係在於以此程序「擔保」訴訟當事人受保

響，台北大學犯罪學研究所碩士論文，民國 98 年，頁 89-91。

²⁴³ 各級法院刑事、行政訴訟及少年保護事件律師閱卷要點第 19 點：「律師閱卷，除閱覽外，得自行或繳納費用請求法院影印、抄錄、攝影之，並得聲請交付法庭電子筆錄光碟或轉拷刑事案件卷附偵訊過程之錄音、錄影。」

²⁴⁴ 張淳淙，偵查中錄音錄影與偵查筆錄可信性之關係—與談意見（一），檢察新論第 7 期，2010 年 1 月，頁 58。

²⁴⁵ 林鈺雄，刑事訴訟法（上），自版，2010 年 9 月 6 版，頁 100。

²⁴⁶ 林鈺雄，刑事訴訟法（上），自版，2010 年 9 月 6 版，頁 100。亦可參考歐洲人權公約第 6 條公平程序原則。

²⁴⁷ 如法院組織法第 86 條但書，也有以特別法加以規定例外事由者。詳見 林鈺雄，刑事訴訟法（下），自版，2010 年 9 月 6 版，頁 192，註 7。

²⁴⁸ 林鈺雄，刑事訴訟法（下），自版，2010 年 9 月 6 版，頁 192-193。

護，尤其是對**刑事訴訟的被告**，以防逃避公共監督的「秘密司法」；另一方面則是基於人民有權出現在法庭之權利²⁴⁹，因此如果因為公開而可能使程序參與者的「行為」受干擾或「權利」受侵害，則此應非該原則的目的。從相關的實證報告也可以看出，即使我國並沒有如同英美兩國的「平民陪審制度」或德國的「平民參審制度」，但在審判前與該案相關的新聞報導，或多或少都會對法官或檢察官造成「影響」或「干擾」，這與憲法第 80 條「依法獨立審判」的獨立、公正期待、刑事訴訟法第 3 條的檢察官客觀義務似有所違背，降低了民眾對司法的信賴²⁵⁰。

第四項 小結

從上述的整理可以得知，「偵訊中對證人錄音錄影」其實在各個階段都會對不同對象造成影響，其使用也與不少法院審理原則相關。因此我們在探討其在刑事程序上的功用及定位時，除了思考如何善用其特性以發揮最大的功能外，也必須考慮到其所造成的多元影響層面。

第二節 規範需求及設計層面

本節將從具體的規範需求以及設計層面出發，承接前述就「偵訊中對證人錄音錄影」所產生的影響，以此說明在規範設計時需考量的因素，再就「偵訊中對證人錄音錄影」所欲達到的不同目的以及操作上所需配合的資源環境，作一立法論的討論。

²⁴⁹ 吳綺雲 譯，「法庭開庭電視錄影案」判決，德國聯邦憲法法院裁判選輯（十一），司法院出版，民國 93 年 10 月 1 日，頁 132-133。

²⁵⁰ 在前述所提及的光碟播放爭議產生後，法務部有提出規範不當法庭外言論的條文增訂。《針對 98 年 12 月 9 日中國時報 A 14 版時論廣場「妨害司法罪何其重」及自由時報 A 15 版自由廣場「律師慘了」二篇投書，法務部說明》，

http://www.lawtw.com/article.php?template=article_content&area=free_browse&parent_path=,1,2169,1481,&job_id=155821&article_category_id=2145&article_id=84275（最後瀏覽日期：2011 年 4 月 24 日）。惟該增定是否適宜？是否能解決想要解決的問題？其所引用的相關外國條文，是否足以支持立法？將於第八章加以說明。

第一項 不同階段的影響層面

承上一節所述，「偵訊中對證人錄音錄影」從錄製、保存及後續的使用都對不同的對象產生不同的影響，且影響的程度也不完全相同。總的來說，以在**使用階段**所造成的影響層面最廣：在傳統的訴訟運用上，「偵訊中對證人錄音錄影」除了輔助性的證明證人陳述的任意及可信外，更可能作為庭外陳述引進的媒介，甚至是直接替代證人到庭陳述，這將與被告權利產生衝突，也限制了辯護權的行使，更與若干法庭審理原則相牴觸；而由於可以透過閱卷權手段使辯護人取得，也增加了資訊外流至法庭外被濫用的風險。而**錄製及保存階段**都將「影音記錄」控制在偵查機關或法院內部，所涉及的主要是行政上的檔案管理，也只對證人的權利產生干預，且影響程度與使用階段相比也較小。

因此，拙見以為，從「權利干預」的角度來看，在對「偵訊中對證人錄音錄影」為相關規定時，應該考慮各階段所可能帶來的影響層面，分別給予不同強度的約束力；另外，在法源層級的選擇上，也可以參考「層級化理論」²⁵¹，就所干預的「基本權類型」及「所干預的程度」分別為規定，例如：由於**使用階段**所造成的權利干預較廣，不僅證人本身還包括其他的程序參與者，至少應該考慮第三層的「**相對法律保留**」較為妥適；當然，如果想要以較高的法源層級以彰顯所欲宣示的理念亦無不可。

第二項 不同目的考量

「偵訊中對證人錄音錄影」可以達到不同的效果，這也是在規範設計時必須考慮的，因為不同的立法目的會造成不一樣的規範依據設計。例如，如果從「**訊問任意性、正當性的擔保**」來看，由於證人在偵查程序中更加孤立無援，為了保障供述的任意性²⁵²，避免國家機關以「證人訊問」方式規避「訊問被告」時應有的程序要求，會將「偵訊中對證人錄音錄影」視為對證人的

²⁵¹ 參考釋字第 443 號理由書。

²⁵² 可以參考刑事訴訟法第 100 條之 1 的立法理由。

保護措施，當然希望可以全面適用。但是如果是以偵查機關的角度出發，欲以「偵訊中對證人錄音錄影」作為**供詞可信性擔保**，以防日後審判時證人無法出庭，或是以此**避免證人之後翻供**，此會被視為訊問時的附帶手段或是作證義務的一部分²⁵³，增加證人真實陳述外的附加負擔，且從偵查技巧的考量點出發，應考慮給予偵查機關較多的權衡空間，就個案情形視需要而為之。而如果要以「偵訊中對證人錄音錄影」**代替證人審判中的陳述**，雖然對證人而言可以免於出庭，對證人而言算是一種保護，但由於涉及到與被告權利的衝突以及發現真實的限制，似乎也不宜全面性的一體適用，而應就「有此保護必要者」加以規定，並提供對造挑戰其證詞的機會。因此，立法者必須思考所欲達到的目的而為相應的設計。

第三項 相關資源

在規範設計時也應考慮到實踐所需要的資源，這關係到規範實踐的可能性及實效性。不論是用來增加「審判外陳述」的「可信性」或是「直接代替審判中訊問」，如越看重該影音記錄，想要賦予其更大的訴訟上效果，就必須嚴格要求錄音錄影的**品質**，包括其「完整性」和「清晰度」；也必須要求操作者具有「專業水準」且能遵守一定的「程序要求」。

就**設備**部分，並不是只要單純的考慮錄音錄影設備的品質問題，更重要的是「訊問的環境」。為了避免在錄音錄影時，有第三者或是外界聲響、景物的干擾，使得受訊問者（證人）分心，或是有第三人的誘導而影響證人；同時也避免訊問者因受到干擾而無法仔細訊問及觀察證人，故最好可以在一個獨立且隱密的空間，如：「偵訊室」中加以進行²⁵⁴。因此對於「偵訊室」的設置及內部規畫，必須有一定的要求，有學者即認為，良好的「偵訊室」必須要合乎下列條件：大小適當、良好照明及隔音措施、附衛廁和空調設備、

²⁵³ 國內文獻有將證人「受錄音錄影訊問」置於證人「到場義務」下「就訊證人」中的一種措施。朱石炎，刑事訴訟法論，三民書局出版，2009年8月修訂2版，頁223。外國文獻中也有類似的說法，即將「錄音錄影訊問」視為證人訊問的特別形式，原則上證人必須接受。Löwe Rosenberg Kommentar, 26. Aufl., 2008, § 58a Rn. 14.

²⁵⁴ 徐國楨，偵訊者 被偵訊者與律師對偵訊室環境知覺之研究，中正大學犯罪防治研究所碩士論文，民國89年，頁19-35。

相關安全措施（例如防撞設備）、觀察室（可以監看偵訊室內情形）設置、錄音錄影設備等²⁵⁵。就我國情形而言，調查局各調查處站皆有獨立的偵訊空間（名為「偵訊室」或「訊問室」²⁵⁶），其內也有一定之偵訊設備（如錄音錄影設備、電腦連線等）及附屬空間（如衛廁、監看室）²⁵⁷；檢察機關亦有所屬之「偵查庭」，參考「臺灣高等法院檢察署暨所屬各級法院檢察署偵查庭管理要點」，偵查庭本身即有「數位」錄音錄影、電腦、遠距視訊系統等配備²⁵⁸；至於各地的警察機關，在縣市警察局部分，相關設備並不統一，許多甚至是由警察自行購買²⁵⁹，且與上述調查局與檢察機關相較，明顯較為不足²⁶⁰，至於基層（轄區內分局及派出所）警察局則甚至連偵訊室都沒有²⁶¹，或是因不常使用而被移作他用²⁶²。雖然根據我國實證顯示，第一線的警察機關有在自己辦公桌前偵訊的習性，但其原因可能是出於沒有偵訊室的設計，

²⁵⁵ 胡勝琳，偵訊理論與實務之研究，中央警官學校警政研究所碩士論文，民國 76 年，頁 71-72。

²⁵⁶ 「偵訊室」和「訊問室」指的都是調查局就一般刑事案件進行偵訊工作之處所，後者係前者之改稱。蔡錦祥，偵訊室空間布局之研究，國立台北科技大學建築與都市設計研究所碩士論文，民國 92 年，頁 1。

²⁵⁷ 詳細的偵訊室內部空間及設備，可參見：徐國楨，偵訊者 被偵訊者與律師對偵訊室環境知覺之研究，中正大學犯罪防治研究所碩士論文，民國 89 年，頁 118-122。

²⁵⁸ 本要點第二點；法檢字第 0930800904 號（民國 93 年 3 月 19 日）參照，法務部公報第 324 期第 14-15 頁。

²⁵⁹ 李維凱，我國刑事警察人員執行偵訊之研究，中央警察大學刑事警察研究所碩士論文，民國 98 年，頁 129、133-134、149。

²⁶⁰ 如無衛廁設備或無觀察室，制作筆錄的電腦、錄音錄影設備沒有一定的標準。徐國楨，偵訊者 被偵訊者與律師對偵訊室環境知覺之研究，中正大學犯罪防治研究所碩士論文，民國 89 年，頁 125，表 4-4-6；李維凱，我國刑事警察人員執行偵訊之研究，中央警察大學刑事警察研究所碩士論文，民國 98 年，頁 129、133-134、149。

²⁶¹ 李維凱，我國刑事警察人員執行偵訊之研究，中央警察大學刑事警察研究所碩士論文，民國 98 年，頁 126、147-149；糾正案文，民國九十一年十月九日，頁 15，

http://www.cy.gov.tw/AP_HOME/Op_Upload/eDoc/糾正案/91/091000110_糾正文.PDF（最後瀏覽日期：2011 年 5 月 30 日）；糾正案文，民國九十二年九月三日，頁 5-6，

[http://www.cy.gov.tw/AP_HOME/Op_Upload/eDoc/糾正案/92/092000118_內 106 曾詠淮糾正案.doc](http://www.cy.gov.tw/AP_HOME/Op_Upload/eDoc/糾正案/92/092000118_內106_曾詠淮糾正案.doc)（最後瀏覽日期：2011 年 5 月 30 日）

²⁶² 李維凱，我國刑事警察人員執行偵訊之研究，中央警察大學刑事警察研究所碩士論文，民國 98 年，頁 148。

或是偵訊室內的設備不好使用或品質不佳等²⁶³，因此，如果要擴大「證人於偵訊中影音記錄」的使用性，必須要以國家之力統一、確保各偵查機關（包括檢、警、調）錄音錄影的品質，在「偵訊（錄音錄影）設備」部分，須力求收音及影像效果清晰，就聲音部分，要注意麥克風的設置位置，尤其是在訊問被害人的情形，因其常回答的聲音通常都很小²⁶⁴；至於在影像的部分，除了要求畫質清晰外，爲了避免被質疑有其他人進入偵訊室影響證人陳述²⁶⁵，要盡可能避免視覺死角及只有固定式的攝影機，以免成爲上訴爭執的理由²⁶⁶。相關設備也必須定期檢查、更新及維護，也要多參考使用者的意見，避免形同虛設²⁶⁷。而除了錄音錄影設備外的「其他設備」，以及偵訊室的「空間設計」上，最好也能有統一的標準²⁶⁸，避免因在不同地方偵訊而可能有不同的效果。

在人員操作部分，首先必須確保偵查機關（包括檢、警、調）的人員有自行操作相關設備的能力及經驗²⁶⁹，並且有專人就該影音記錄加以確認、管理及儲存²⁷⁰。再者，爲了確保影音記錄的正確性及完整性，就整個錄音錄影程序應有一定的要求²⁷¹，且必須使操作人員能確實遵守，避免受到影音記

²⁶³ 李維凱，我國刑事警察人員執行偵訊之研究，中央警察大學刑事警察研究所碩士論文，民國98年，頁128-129。

²⁶⁴ Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen, Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007, S. 139.

²⁶⁵ Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen, Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007, S.140.

²⁶⁶ Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen, Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007, S.140.

²⁶⁷ 李維凱，我國刑事警察人員執行偵訊之研究，中央警察大學刑事警察研究所碩士論文，民國98年，頁128-129。

²⁶⁸ 徐國楨，偵訊者 被偵訊者與律師對偵訊室環境知覺之研究，中正大學犯罪防治研究所碩士論文，民國89年，頁170。

²⁶⁹ Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen, Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007, S. 140.; Thomas A. Mauet 著，蔡秋明、方家駿譯，訴訟技巧，商周出版社，2008年5月8日2版，頁258。

²⁷⁰ Thomas A. Mauet 著，蔡秋明、方家駿譯，訴訟技巧，商周出版社，2008年5月8日2版，頁258。

²⁷¹ 如錄音錄影開始、中斷（如換帶或休息）、結束的說明、保管及封存措施等。我國目前既有之

錄遭加工或竄改的質疑²⁷²。而影音記錄的「筆錄制作」，對於記錄者而言是最麻煩的問題，因為訊問過程通常很長而且難以理解，造成必須要透過訊問者事後的修正和補充，國外甚至有實證顯示：一個小時的影音訊問記錄必須花兩天才能轉為筆錄的形式²⁷³；同時，在整個的訊問過程中，除了訊問者外，經常需要第二個人來看守機器運作，也造成人力上的需求²⁷⁴。

承上可知，在設備上應力求一致或至少應具相容性，避免偵查機關彼此間不協調²⁷⁵，甚至可能影響日後在審判機關的使用²⁷⁶；在人員上也應該編制足夠的人數以便完整踐行程序要求。這都必須透過中央的統籌規畫以及給予相關資源才能達到。

第四項 小結

要完成一個妥適的立法，首先必須「所欲規範的行為性質及態樣」及「該行為所造成的影響」加以確認，並對「規範所欲達成的目的」有清晰的了解並作妥適的選擇，也必須考量「規範實踐所需要的資源」，才能真正的解決問題。

第三節 本章結論

承上可知，「偵訊中對於證人的錄音錄影」並非只是單純的訊問附帶手段，其在「不同」的階段對於「不同」的程序參與者產生「不同」的權利干預，之後也將牽涉到相關的法院審理原則；其所能達到的效果也並非單一，

規定可參考「檢察機關使用錄音錄影輔助偵查記錄實施要點」。

²⁷² Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen, Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007, S. 139.

²⁷³ Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen, Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007, S. 139.

²⁷⁴ Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen, Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007, S. 139.

²⁷⁵ Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen, Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007, S. 140.

²⁷⁶ Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen, Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007, S. 143.

且其間可能產生互斥；也必須以相應的人力、物力資源作為執行的後盾，這必須依賴中央主管機關的預算、人力統籌，以確保「錄音錄影的完整性」，並使「錄音錄影的程序」具一致性，以減少爭議。因此，這種新興科技在刑事程序上的運用「所產生的功效」以及「所引發的爭議」，都有值得討論的必要。



第四章 我國法就偵訊中證人錄音錄影之規定及實務操作情形

以下，將我國對於「偵查中證人錄音錄影」的相關規定臚列如下。以「適用證人類型及法律效果」、「錄音錄影程序要求」、「錄音錄影資料檢視及隱私權規定」及「保存、銷毀措施」四部分說明我國就此議題處理可供參考的規定內容及法源層級；並搭配相關的實務判決或實證資料，相互印證制度的實施情形；並一併介紹、評析目前司法院所提出的刑事訴訟法修正草案。

第一節 目前規定及實務操作情形

第一項 非性侵害案件

第一款 規定內容

首先，在適用的「證人類型」上，依「檢察及司法警察機關使用錄音錄影及錄製之資料保管注意要點」第三點及「警察偵查犯罪手冊」第一三三點，皆並未特別限制適用證人的類型，而是交由檢察機關自行決定、裁量，當認為有必要「在審判中證明其陳述具可信性」時，應對其錄音，有必要的話應錄影²⁷⁷；在警察機關的部分，在例如涉及三年以上重罪，證人重病或即將出國的情形，即為有必要同時錄音，如果是重要陳述則應即請檢察官複訊²⁷⁸。從條文的規定內容來看，是否錄音錄影的權利完全由偵查機關裁量、決定，受偵訊的證人並不當然知情，也不見得有選擇權。而至於上開影音記錄的「法律效果」，由於並未有獨立或明確的規定，所以應該還是要回歸其記錄內容的本質－被告以外之人在審判外，就檢察官或警察之訊問所為之陳述，依刑事訴訟法第 159 條以下（尤其是第 159 之 1 條和第 159 之 2 條）的傳聞規定操作²⁷⁹，但是，實務上有明確表示刑事訴訟法第 159 條的言詞或書面陳述不

²⁷⁷ 「檢察及司法警察機關使用錄音錄影及錄製之資料保管注意要點」第三點。

²⁷⁸ 「警察偵查犯罪手冊」第一三三點。

²⁷⁹ 這裡必須特別留意的是，在刑事訴訟法第 159 條於民國九十二年的修正理由曾特別提到，第 159 條第 1 項的「除法律有規定者」，包括了性侵害防治法第 15 條第 2 項、兒童及少年性交易防治條例第 10 條第 2 項、家庭暴力防治法第 28 條第 2 項、組織犯罪防制條例第 12 條及檢肅流氓

包括影音記錄²⁸⁰，且參考之後的法院判決²⁸¹可知，在實務上其應僅作為證明證人陳述之真實性、可信性的輔助效果。這也與上開「**檢察及司法警察機關使用錄音錄影及錄製之資料保管注意要點**」及「**警察偵查犯罪手冊**」的規定宗旨相符。

條例的相關規定，但必須注意許多規定皆已變更，或有判決針對其是否為例外規定提出質疑：性侵害防治法第 15 條「**偵查、審判中對智障被害人或十六歲以下性侵害被害人之訊問或詰問，得依聲請或職權在法庭外為之，或採雙向電視系統將被害人與被告、被告律師或法官隔離。前項被害人之陳訴得為證據。**」已於民國九十四年二月五日被現行法第 16 條及第 17 條取代，第 16 條在規範審判中的保護措施（原第 15 條第 1 項），第 17 條為傳聞規定（原第 15 條第 2 項），在合乎一定情形的要求下才能採被害人審前陳述為證。

家庭暴力防治法第 28 條第 2 項「**對智障被害人或十六歲以下被害人之訊問或詰問，得依聲請或依職權在法庭外為之，或採取適當隔離措施。被害人於本項情形所為之陳述，得為證據。**」為民國九十六年三月二十八日前修正的條文，現行條號為第 36 條，已不要求一定年齡，但刪除第 2 項，原因在於「該情形所為之訊問或詰問，係法庭之延伸，所為陳述本得作為證據」，參考其係因應性侵害防治法第 16 條而為之修正理由，性侵害防治法第 16 條為一審判上保護措施的擴大使用，似不含偵查中。

兒童及少年性交易防制條例第 10 條第 2 項（「**兒童或少年於前項案件偵查、審判中，已經合法訊問，其陳述明確別無訊問之必要者，不得再行傳喚。**」）僅規定訊問證人之程序，且在刑事訴訟法改採傳聞法則之前，即與修正前刑事訴訟法第一百九十六條同時併存，非屬判斷傳聞證據之證據能力有無之依據，即非刑事訴訟法第一百五十九條第一項所稱之「特別規定」。況刑事訴訟法第一百九十六條已修正為「**證人已由法官合法訊問，且於訊問時予當事人詰問之機會，其陳述明確別無訊問之必要者，不得再行傳喚**」，將「**在偵查或審判中，經合法訊問**」，改為「**已由法官合法訊問，且於訊問時予當事人詰問之機會**」，而被告之反對詰問權，為憲法保障之基本訴訟權，故原則上，被告以外之人除有傳喚不能或詰問不能之情形外，皆應於審判中到庭接受當事人詰問，其陳述始得作為認定犯罪事實之判斷依據。另兒童及少年性交易防制條例並無如修正前性侵害犯罪防治法第十五條第二項、修正後第十七條，有關傳聞證據例外得為證據較寬鬆之規定，故在兒童及少年性交易防制條例第十條第二項未配合刑事訴訟法修正而修正前，對於違反該條例案件之被害兒童或少年，於偵查中雖經檢察官合法訊問，解釋上仍應於審判中經法官合法訊問，並予當事人詰問之機會，始稱合法。（最高法院 98 年度台上字第 662 號判決）

檢肅流氓條例現已全面廢止。

²⁸⁰ 最高法院 91 年度台上字第 2363 號判決。

²⁸¹ 請參照第七章第一節第五項所附之判決。

在「錄音錄影程序要求」的部分，我國在偵查程序中的訊問證人皆由偵查機關為之，訊問方式依照刑事訴訟法的規定：以人別訊問為開始²⁸²，並應告知如可拒絕證言權之規定²⁸³，得使其為所訊問事項之始末為連續陳述²⁸⁴，如證人不在該地亦可透過囑託訊問方式為之²⁸⁵，對證人亦不可為不正訊問²⁸⁶；至於是否必須將「訊問人」和「記錄人」分開？因本法第 43 之 1 條第 2 項僅規定在訊問**犯罪嫌疑人**時，故並未強行要求訊問證人時亦應如此²⁸⁷；刑事訴訟法並未特別規定訊問地點，但依據各檢察署的「偵查庭管理要點」²⁸⁸，應多在偵查庭中為訊問，警察機關則多在承辦警員的座位進行，除非警局內有專屬的訊問室²⁸⁹；錄音錄影應從訊問開始一直到訊問完畢為止全程連續錄音錄影，如果有中斷必要，必須附理由說明²⁹⁰，如果就證人對筆錄的異議認為無理由²⁹¹，應當場播放錄音、錄影之內容予以核對，並依據核對之內容，更正或補充²⁹²。至於刑事訴訟法第 248 條第 1 項規定，如被告在場時得親自詰問證人，但此僅限於「已（有）在場的被告」的情形，並不是要求一定要有被告在場才能訊問證人²⁹³，而同條第 2 項雖規定「如預料證人在審判中無

²⁸² 刑事訴訟法第 185 條。

²⁸³ 刑事訴訟法第 180 條第 1 項。

²⁸⁴ 刑事訴訟法第 190 條。

²⁸⁵ 刑事訴訟法第 195 條。

²⁸⁶ 最高法院 98 年度台上字第 4241 號判決。

²⁸⁷ 最高法院 99 年度台上字第 2446 號判決。

²⁸⁸ 如：「臺灣高等法院檢察署暨所屬各級法院檢察署偵查庭管理要點」第三點和第四點、「臺灣基隆地方法院檢察署偵查庭安全管理要點」第貳點。

²⁸⁹ 李維凱，我國刑事警察人員執行偵訊之研究，中央警察大學刑事警察研究所碩士論文，民國 98 年，頁 128-130。

²⁹⁰ 「檢察及司法警察機關使用錄音錄影及錄製之資料保管注意要點」第四點。

²⁹¹ 如認異議為有理由，書記官或製作筆錄之公務人員，應即更正或補充筆錄之記載；如對筆錄內容並無異議者，無庸播放錄音、錄影之內容。「檢察及司法警察機關使用錄音錄影及錄製之資料保管注意要點」第六點。

²⁹² 「檢察及司法警察機關使用錄音錄影及錄製之資料保管注意要點」第六點。

²⁹³ 最高法院 96 年度台上字第 6301 號判決、最高法院 97 年度台上字第 356 號判決。

法到場時」，應命被告在場，但有「恐證人於被告前不能自由陳述者，不在此限」的限制。辯護人於偵查中訊問證人的在場權，在目前的制度下並不存有法源基礎²⁹⁴。另外，亦需注意特別法的規定，如證人保護法第 11 條第 3 項，對於依該法有保密身分必要之證人，在偵查中受訊問時應以蒙面、變聲、變像、視訊傳送或其他隔離方式為之。

在「**錄音錄影資料檢視及隱私權規定**」上，依照刑事訴訟法的規定，「辯護人」及「無辯護人的被告」行使閱卷權的時點，必須在審判時，故在偵查中並無法就此等錄音錄影資訊為檢閱。進入審判後，辯護人依照刑事訴訟法第 33 條第 1 項及「法院辦理刑事案件、少年事件訴訟文書之影印、攝影、抄錄費用徵收標準」第 6 條、「各級法院刑事、行政訴訟及少年保護事件律師閱卷要點」第 19 點聲請「轉拷刑案卷附錄音、錄影」為進一步檢閱；另依刑事訴訟法第 33 條第 2 項，被告只有在無辯護人的情形，於審判中得預納費用請求付與卷內**筆錄之影本**，似未包括卷宗所附之證人錄音錄影資訊，如內容有涉及當事人或第三人之隱私或業務秘密，法院得限制之。刑事訴訟法第 33 條第 2 項的但書可以視為保護證人隱私權的規定，但從條文編制體系看來，似乎僅適用於「無律師的被告」而不包括「律師本人」²⁹⁵。另外，若涉及到特殊案件，如依「證人保護法」有保密身分必要之證人，或涉及「組織犯罪防制條例」之罪的證人，對於記載有其真實身分或可特定身分之資料的筆錄、文書，除非另有規定，否則亦不可提供辯護人或被告閱覽²⁹⁶，雖未特別提及偵訊影音記錄，但依其立法之保護目的應該也有適用。至於辯護人可否將取得之錄音錄影拷貝，自行再拷貝複製或逕行轉讓給其他人，皆未有明確的規定。

最後，在「**保存、銷毀措施**」部分，依「檢察及司法警察機關使用錄音錄影及錄製之資料保管注意要點」第七點、第八點規定，在錄音錄影完成後，

²⁹⁴ 最高法院 98 年度台上字第 5135 號判決；吳俊毅，辯護人論，正典出版文化有限公司，2009 年 1 月 1 版，頁 98,102-103,106。

²⁹⁵ 此時可能要考慮刑法第 316 條的「洩漏因業務知悉或取得他人秘密罪」以及「律師倫理規範」第 15 條「禁止律師為違法或不當行為」的適用可能。

²⁹⁶ 證人保護法第 11 條第 2 項及第 3 項；組織犯罪防制條例第 12 條第 1 項。

應妥適採取防護消音、消影之措施，並註明受訊問者姓名、訊問時地及案號，再加以封緘，並與卷宗一同妥為保存，必要時可以備份；而如果是在警察機關的訊問影音記錄，必須隨同卷宗證物一同移送至檢察機關，檢察機關必須清點、檢查²⁹⁷，在案件提起公訴或聲請簡易判決後，應將影音記錄連同卷證一併移送至法院²⁹⁸。但是，如果有特別法的規定，就有保密身分必要之證人可資辨識身分的記錄，應另行製作封面封存²⁹⁹；或將其身分資料之記錄另行密存而不附於偵查卷內，不隨案移送法院³⁰⁰。而對於經判決確定、不起訴確定或緩起訴處分確定且其間屆滿之案件，該案的證人訊問影音記錄保存期限同該案的卷證保存期限³⁰¹，保存期限經過後應銷毀³⁰²。

第二款 規定之法源位階

作為偵查中對證人錄音錄影與否依據的「**檢察及司法警察機關使用錄音錄影及錄製之資料保管注意要點**」，係為落實檢察官訊問或檢察事務官、司法警察官或司法警察詢問時，妥慎實施錄音、錄影、俾確保筆錄之公信力，並依刑事訴訟法第 100 條之 1 第 3 項規定錄音、錄影資料之保存方法而訂定之³⁰³。觀其內容，皆在規範檢察及警察機關在偵訊錄音中應遵守的程序，即

²⁹⁷ 「檢察及司法警察機關使用錄音錄影及錄製之資料保管注意要點」第九點。

²⁹⁸ 「檢察及司法警察機關使用錄音錄影及錄製之資料保管注意要點」第十點。

²⁹⁹ 證人保護法第 11 條第 2 項。

³⁰⁰ 「檢察、調查機關處理檢舉貪污案件注意事項」第二點；「獎勵保護檢舉貪污瀆職辦法」第十條。(89)法檢字第 019940 號，民國八十九年七月三日，法務部公報第 242 期第 115 頁。

³⁰¹ 「檢察及司法警察機關使用錄音錄影及錄製之資料保管注意要點」第十一點；臺灣高等法院及所屬法院檔案管理要點第 16 點規定，檔案保存期限依照「**臺灣高等法院及所屬法院檔案分類及保存年限區分表**」。由於無法查詢到該區分表，參考「臺灣高等法院及所屬法院檔案管理要點」的前身「司法院暨所屬法院文卷保存期限實施要點」第七點（現已廢止），最長可以永久保存（死刑、無期徒刑案件），而即使是無罪、免訴、不受理或不起訴案件，也要保存十年。

³⁰² 臺灣高等法院及所屬法院檔案管理要點第 17 點、第 18 點；依法檢決字第 0910802562 號，採取消磁方式處理，而消磁後可否回收使用，由檢察機關和轄區內警察機關自行決定。法務部公報第 282 期第 37 頁，民國 91 年 5 月 28 日。

³⁰³ 本要點第一點參照。本要點前身為「檢察機關使用錄音輔助偵查記錄實施要點（法務部 1990 年 4 月 18 日 (79)法檢字第 4963 號函發布）」；惟依民國 93 年 12 月 28 日法務部法檢決字第

針對機關內部業務運作的一般性、抽象性規定；且觀其公布方式，其並未經過立法院，而係由主管機關以發「函」方式檢送所屬機關並公布於公報上³⁰⁴，故應為行政程序法第 159 條之「行政規則」中第二項第一款的**業務處理方式**之「一般性行政規則」，以行政函釋的方式提供本機關或下級機關公務員執行職務時之依據³⁰⁵。至於此要點究為依「刑事訴訟法第 100 條之 1 第 3 項」之**授權**或為法務部依其**職權**而定？拙見以為，首先，不論是依授權或依職權訂定，都不影響其行政規則的「內部性」³⁰⁶；再者，偵訊本來就是檢察機關和警察機關的職權，此應也包括對於偵訊人員及訊問資料的相關程序要求及處理，雖然也可以被授權而訂定，但此時應只有宣示效果³⁰⁷；而且從刑事訴訟法第 100 條之 1 的內容來看，只是在規範對被告訊問時的錄音錄影，同條第三項的文字也只有對「被告的錄音錄影資料之保管方法」，應不包括「對誰錄音錄影」的授權，故拙見以為此應為**職權**訂定之**行政規則**。

同樣也是判斷是否對偵查中證人為錄音錄影的「**警察偵查犯罪手冊**」，為警政署因應警察偵查刑事案件工作需要所制定，該手冊內容係就警察在執行偵查工作的「**職權分配**」、「**應遵守的要求**」及「**應注意的事項**」加以規定，使警察（尤其是外勤人員）在偵辦刑案的各階段中，均可快速查詢相關法律及法規命令或行政規則規定，同時也作為訓練新進刑事人員之基本教材³⁰⁸，因此亦為行政程序法第 159 條之「行政規則」中第二項第一款的**內部事務分**

0930804808 號之說明，在民國 93 年 3 月 3 日，行政院以院臺法字第 0930007637 號函（法務部公報第 323 期第 11-13 頁）另行訂定「檢察及司法警察機關使用錄音錄影及錄製之資料保管注意要點」之後，「檢察機關使用錄音輔助偵查記錄實施要點」即不再援用（因內容多所重複）。

³⁰⁴ 法務部公報第 323 期，民國 93 年 3 月 16 日，頁 11-13。

³⁰⁵ 釋字第 407 號解釋參照；陳清秀，行政法的法源，《行政法（上）》，元照出版，2006 年 10 月 3 版 1 刷，頁 107。或有認為其以刊登公報方式，故應為第 159 條第 2 項第 2 款之情形，惟拙見以為，其內容並不涉及對於法令之解釋，而比較接近職務執行的指示，故仍應屬「一般性的行政規則」。

³⁰⁶ 葉俊榮，行政命令，《行政法（上）》，元照出版，2006 年 10 月 3 版 1 刷，頁 402。

³⁰⁷ 許宗力，論國會對行政命令之監督，《法與國家權力》，元照出版，1992 年，頁 286。

³⁰⁸ 警察偵查犯罪規範修正草案對照表之說明欄，

<http://www.6law.idv.tw/6law/law2/%E8%AD%A6%E5%AF%9F%E5%81%B5%E6%9F%A5%E7%8A%AF%E7%BD%AA%E6%89%8B%E5%86%8A.htm>（最後瀏覽日期：2011 年 4 月 24 日）

配、人事管理之「一般性行政規則」，以行政函釋的方式³⁰⁹為警察提供辦案程序之準據³¹⁰，故應為警政署依其固有之職權所定之行政規則。

在錄音錄影的程序規定上，除了有一般性的刑事訴訟法及特殊法律（如證人保護法）規定外，還有以「檢察及司法警察機關使用錄音錄影及錄製之資料保管注意要點」及各「偵查庭管理要點」加以規定。就「偵查庭管理要點」，以「臺灣高等法院檢察署暨所屬各級法院檢察署偵查庭管理要點」為例，其係於民國九十五年十一月九日臺灣高等法院檢察署檢文廉字第 0950013161 號函訂定發布，並於同日生效，同樣也是為一內部性質之業務處理方式的「一般性行政規則」。

另外，在資訊的檢視及隱私權規定上，辯護人的閱卷權，依「刑事訴訟法第 33 條第 1 項」、「各級法院刑事、行政訴訟及少年保護事件律師閱卷要點第 19 點、第 27 點」³¹¹加以操作；無辯護人的被告則以「刑事訴訟法第 33 條第 2 項」及「法院辦理刑事被告聲請付與卷內筆錄影本作業要點」³¹²加以規定。「各級法院刑事、行政訴訟及少年保護事件律師閱卷要點」及「法院辦理刑事被告聲請付與卷內筆錄影本作業要點」皆為律師或被告聲請閱卷時，法院應為如何之辦理加以規定，為一內部性質之業務處理方式的「一般性行政規則」；而「刑事訴訟法」、「證人保護法」及「組織犯罪防制條例」

³⁰⁹ 內政部警政署於民國 92 年 8 月 12 日以警署刑偵字第 0920009946 號函頒之「警察偵查犯罪規範」，為「警察偵查犯罪手冊」（民國九十七年九月三十日公布，同日「警察偵查犯罪規範」停止適用）之前身。

[http://www.cy.gov.tw/AP_HOME/Op_Upload/eDoc/%E8%AA%BF%E6%9F%A5%E5%A0%B1%E5%91%8A/99/099000041%E5%A4%96%E7%B6%B2-%E8%AA%BF%E6%9F%A5%E5%A0%B1%E5%91%8A981214%20\(2\).pdf](http://www.cy.gov.tw/AP_HOME/Op_Upload/eDoc/%E8%AA%BF%E6%9F%A5%E5%A0%B1%E5%91%8A/99/099000041%E5%A4%96%E7%B6%B2-%E8%AA%BF%E6%9F%A5%E5%A0%B1%E5%91%8A981214%20(2).pdf)（最後瀏覽日期：2011 年 1 月 6 日）

³¹⁰ 「警察偵查犯罪規範」（「警察偵查犯罪手冊」之前身）第一章第一節 ○一○○一 參照，<http://home.educities.edu.tw/panyuhua/%C4%B5%B9%EE%B0%BB%ACd%A5%C7%B8o%B3W%BDd.htm>（最後瀏覽日期：2011 年 4 月 24 日）

³¹¹ 此要點最早由司法院於民國七十年二月十三日以（70）院台廳一字第 01539 號令訂定發布；最近一次修訂（第 19 點）為民國九十五年四月二十四日，以院台廳刑一字第 0950009641 號修正發布。

³¹² 本要點於民國九十六年六月二十二日司法院院台廳刑一字第 0960012980 號函訂定發布，並自刑事訴訟法第 33 條第 2 項修正公布施行之日（民國九十九年六月十五日）生效。

當然為立法院制定，且經總統公布之嚴格意義的法律³¹³。至於「律師倫理規範」的法源位階，其係受「律師法」第 15 條授權，由全國律師公會聯合會訂定，並經會員大會通過，再報請主管機關法務部備查。依釋字第 545 號意旨，就某些需要專門技術之職業，其所謂的「業務上不正當行為」，其判定可交由適當組成之機構依其專業知識及社會通念加以判斷，並由司法審查加以確認。全國律師公會為公法上之社團法人，其依律師法授權而制定足以對律師營業自由等產生規制力的倫理規範，並不違反法律保留，律師倫理規範在法源位階上應屬「法規命令」³¹⁴。

在保存及銷毀的部分，則依「檢察及司法警察機關使用錄音錄影及錄製之資料保管注意要點」及「臺灣高等法院及所屬法院檔案管理要點」³¹⁵或其它相關規定³¹⁶操作。「臺灣高等法院及所屬法院檔案管理要點」為依據檔案法及相關法規與業務需要訂定，目的在於健全法院內部的檔案管理³¹⁷，為一內部性質之業務處理方式的「一般性行政規則」。

第二項 性侵害案件

第一款 規定內容

在「適用的證人類型」上，依「性侵害案件減少被害人重複陳述作業要

³¹³ 刑事訴訟法第 33 條最早於民國七十一年八月四日由總統令修正公布；之後於民國九十六年七月四日總統華總一義字第 09600085881 號令修正公布。證人保護法於民國八十九年二月九日公布，之後於民國九十五年五月三十日總統華總一義字第 09500075691 號令修正公布。組織犯罪防制條例於民國八十五年十二月十一日由總統令修正公布。

³¹⁴ 蔡雲璽，律師倫理規範法制研究-以我國、美國（加州）及英國（英格蘭）法制為比較，台灣大學社會科學院國家發展研究所碩士論文，民國 96 年，頁 90。

³¹⁵ 民國七十一年八月五日司法院（71）院台秘一字第 04387 號函核定施行，並於民國九十三年十月二十日及民國九十四年九月二十八日，以司法院院台秘五字第 0930025454 號函、司法院院台秘五字第 0940020698 號函修正備查第 16、17 點條文。

³¹⁶ 如前所述之「獎勵保護檢舉貪污瀆職辦法」，為依貪汙治罪條例第 18 條第 1 項所發布之法規命令；「檢察、調查機關處理檢舉貪污案件注意事項」為法務部為使檢察等機關審慎處理貪汙案件而定，其內容多為貪汙治罪條例的條文內容說明，應為一行政規則。

³¹⁷ 本要點第一點參照。

點」第三點，只要是性侵害犯罪³¹⁸被害人且為「未滿十八歲」或「心智障礙」或「前兩者以外但有聲請適用本要點」者，在社工人員訊前訪視時沒有「不適宜」或「不必要」的情形，而被害人已就「願意進入減述流程」及「配合全程錄影」簽署同意書者，皆「必須」接受偵訊中的錄音錄影³¹⁹；但如在錄音錄影啟動後，被害人身心「因錄音錄影之壓力」而無法陳述，可經社工人員評估停止³²⁰。而依據該要點，應先檢視先前所為之錄音錄影資料，避免多次就相同問題訊（詢）問被害人³²¹。至於在「法律效果」部分，同先前在一般案件時的論述，應回歸傳聞法則的操作—但除了刑事訴訟法的規定外，也應一併注意**性侵害犯罪防治法第 17 條**³²²的規定，相較於刑事訴訟法是比較寬鬆的³²³。而依據之後所附之相關實證報告³²⁴所指出的，希望能賦予依照減述要點製作的錄音錄影帶「證據能力」的建議³²⁵，以及被害人仍無法免於出

³¹⁸ 由於「性侵害案件減少被害人重複陳述作業要點」係因應「性侵害犯罪防治法」而生，故所謂的**性侵害案件**，參酌「性侵害犯罪防治法」第二條，指的是觸犯刑法第二百二十一條至第二百二十七條、第二百二十八條、第二百二十九條、第三百三十二條第二項第二款、第三百三十四條第二款、第三百四十八條第二項第一款及其特別法之罪。

³¹⁹ 依「性侵害案件減少被害人重複陳述作業要點」第六點，被害人應填具同意書，同意書內容即有「**配合同步錄音錄影**」的文字；至於是「錄音**或**錄影」還是「錄音**且**錄影」，參酌前開要點之同意書文字，警察機關辦理「性侵害案件減少被害人重複陳述作業」實施計畫 陸、三、(五)及檢察機關偵辦性侵害案件減少被害人重複陳述注意事項 三、四的規定文字，皆以「**錄音、錄影**」或「**錄影（當然包括錄音）**」呈現，所以應該解為「**錄音且錄影**」或「**(包括錄音的)錄影**」。但是，在檢察機關偵辦性侵害案件減少被害人重複陳述注意事項 二的規定中，卻以「**錄音或錄影**」加以規定，拙見以為，此應與該注意事項的第三、四合併觀之，在確定進入減述程序後，即應全程連續錄影。

³²⁰ 「性侵害案件減少被害人重複陳述作業要點」第十點。

³²¹ 檢察機關偵辦性侵害案件減少被害人重複陳述注意事項 二；警察機關辦理「性侵害案件減少被害人重複陳述作業」實施計畫 陸、三、(十一)。

³²² 「被害人於審判中有下列情形之一，其於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，經證明具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，得為證據：

- 一、因性侵害致身心創傷無法陳述者。
- 二、到庭後因身心壓力於訊問或詰問時無法為完全之陳述或拒絕陳述者。」

³²³ 最高法院 98 年度台上字第 662 號判決。

³²⁴ 請參考同項第三款第二目。

³²⁵ 性侵害案件減少被害人重複陳述作業工作手冊，內政部家庭暴力及性侵害防治委員會 編，內政部家庭暴力及性侵害防治委員會出版，民國 95 年 6 月 2 版，A-12。

庭的實際情形³²⁶，目前應該也是和一般案件的情形相同—僅有輔助性的效果³²⁷。

而在「錄音錄影程序規定」上，依據「性侵害案件減少被害人重複陳述作業要點」的特殊設計，將採取跨單位合作的會同訊（詢）問模式：結合檢察、警政、社政、醫療及教育系統，任何一個單位接獲性侵害案件後都必須向「家庭暴力暨性侵害防治中心」通報，並陪同進入「驗傷流程」，採取檢體及驗傷診斷³²⁸，之後開始進行「訊問前評估」，考量被害人身心狀況及進入特殊流程的意願，如果不適合則建議採取一般性侵害案件處理流程辦理³²⁹，確認進入流程後必須確定時間及地點³³⁰，訊問地點應為設有「專業診療會談室」之「專責醫院」、「性侵害防治中心」或「其他適當場所」³³¹，並注意被害人的隱私權，採取隔離訊問³³²。訊問時，必須先做好包括協調、溝通、相關資訊的分享及熟悉器材操作等「訊問前的準備工作」³³³，訊問主導者為

³²⁶ 楊瑩等，2004年「性侵害案件減少被害人重複陳述作業」方案成效評估研究，內政部委託研究報告。轉引自張錦麗，台灣地區「性侵害被害人減少重複陳述方案」之行動研究，暨南國際大學社會政策與社會工作學系博士論文，民國94年1月30日，頁153；內政部家庭暴力及性侵害防治委員會，2006年家庭暴力及性侵害防治網絡願景營專案報告，民國94年12月7日，頁8-9。<http://dspc.moi.gov.tw/public/Attachment/7115164054>（最後瀏覽日期：2010年11月8日）

³²⁷ 亦可參考最高法院99年度台上字第4508號判決、最高法院99年度台上字第12號判決。此可在公開的查詢系統中查找。此二則判決皆為性侵害案件，雖不確定是否有採用減述程序，但仍可看出，在性侵害案件中，仍以「被害人偵訊錄音」佐證筆錄之可信性。就其在審判中的使用，將於第五章「證人錄音錄影資料作為審判中之證據」為更詳細之討論，於此暫不作深入論述。

³²⁸ 也有可能先驗傷再受理案件。性侵害案件減少被害人重複陳述作業工作手冊，內政部家庭暴力及性侵害防治委員會編，內政部家庭暴力及性侵害防治委員會出版，民國95年6月2版，C-2。

³²⁹ 原則上訊問時點要避開夜間八點至凌晨八點的時段，除非有保全證據或逮捕現行犯之必要，如果被害人堅持要在上開時段或精神不佳的情況下受訊問，又無法接受另為安排會同訊問時間，則建議採取一般性侵害案件處理流程辦理，立即由警方訊問。同樣的，如果被害人無法接受全程錄影，也是建議採取一般性侵害案件處理流程辦理。性侵害案件減少被害人重複陳述作業工作手冊，內政部家庭暴力及性侵害防治委員會編，內政部家庭暴力及性侵害防治委員會出版，民國95年6月2版，C-12,C-13。

³³⁰ 性侵害案件減少被害人重複陳述作業工作手冊，內政部家庭暴力及性侵害防治委員會編，內政部家庭暴力及性侵害防治委員會出版，民國95年6月2版，C-10。

³³¹ 警察機關辦理「性侵害案件減少被害人重複陳述作業」實施計畫 陸、三、(四)；檢察機關偵辦性侵害案件減少被害人重複陳述注意事項 三、(三)。

³³² 警察機關辦理「性侵害案件減少被害人重複陳述作業」實施計畫 陸、三、(四)。

³³³ 性侵害案件減少被害人重複陳述作業工作手冊，內政部家庭暴力及性侵害防治委員會編，內政部家庭暴力及性侵害防治委員會出版，民國95年6月2版，C-16,C-17。

檢察官³³⁴，其亦可善用遠距電腦視訊設備指揮警察執行³³⁵，訊問者最好與被訊問者同性別³³⁶；其它單位為輔助角色，盡可能使家人陪同在場³³⁷，有需要的話也可使醫療專業人員陪同³³⁸，先以輕鬆的方式和被害人建立信任後，再使其自由陳述，並使用開放性問題詢問，完成訊問時，宣告結束時間並對被害人表示感謝及相關後續程序告知³³⁹。另外，如果被告有同時到場，應使用談話室內之單向玻璃或電腦視訊系統進行指認或隔離訊問³⁴⁰，並應注意保護被害人³⁴¹。而如果就訊問所得之資訊有不足之處者，應由專責人員補詢，但必須先勘驗先前訊問之錄影帶，以避免就同樣問題二次訊問³⁴²。

在「錄音錄影資料檢視及隱私權規定」上，依照減述要點操作，訊問被害人的錄音錄影帶為「性侵害案件證物」，在警察機關保存時不得調閱，但在移送至檢察署或法院後，可由辯護人或告訴代理人向檢察官或法官聲請勘驗³⁴³，不過由於勘驗主體為法院或檢察官，所以是否有勘驗必要，還是由法官或檢察官自行斟酌、裁量，且必須考量保護被害人，故辯護人或被告未必可以依刑事訴訟法第 214 條要求到場—這樣的規定，某程度上與一般案件的情形產生衝突—因為我國的閱卷權只能在審判中行使，依照減述要點的規定，似變相的在「偵查中」以「勘驗方式」行使「閱卷權」，雖然在法條上

³³⁴ 由婦幼專組或專責檢察官負責。檢察機關偵辦性侵害案件減少被害人重複陳述注意事項 三

³³⁵ 性侵害案件減少被害人重複陳述作業工作手冊，內政部家庭暴力及性侵害防治委員會 編，內政部家庭暴力及性侵害防治委員會出版，民國 95 年 6 月 2 版，C-21。

³³⁶ 警察機關辦理「性侵害案件減少被害人重複陳述作業」實施計畫 陸、三、(一)。

³³⁷ 性侵害案件減少被害人重複陳述作業要點第 11 點。

³³⁸ 警察機關辦理「性侵害案件減少被害人重複陳述作業」實施計畫 陸、三、(二)。

³³⁹ 性侵害案件減少被害人重複陳述作業工作手冊，內政部家庭暴力及性侵害防治委員會 編，內政部家庭暴力及性侵害防治委員會出版，民國 95 年 6 月 2 版，C-26,C-27；性侵害案件減少被害人重複陳述作業要點第 9 點。

³⁴⁰ 檢察機關偵辦性侵害案件減少被害人重複陳述注意事項 四、(六)。

³⁴¹ 警察機關辦理「性侵害案件減少被害人重複陳述作業」實施計畫 陸、三、(十二)。

³⁴² 檢察機關偵辦性侵害案件減少被害人重複陳述注意事項 二；警察機關辦理「性侵害案件減少被害人重複陳述作業」實施計畫 陸、三、(十一)。

³⁴³ 警察機關辦理「性侵害案件減少被害人重複陳述作業」實施計畫 陸、四；性侵害案件減少被害人重複陳述作業工作手冊，內政部家庭暴力及性侵害防治委員會 編，內政部家庭暴力及性侵害防治委員會出版，民國 95 年 6 月 2 版，C-29。

還是給予法官或檢察官決定權，辯護人或被告未必能在場一起勘驗，但還是形成規範上的不一致。至於隱私權部分，雖然減述要點及相關的實施計畫或注意事項未有明文規定，但參考其保護被害人的立法宗旨，及「性侵害犯罪防治法」第 12 條的保密義務³⁴⁴，對於足以特定被害人身分的資料，必須予以保密。

最後，在「保存及銷毀」部分，就保存規定而言，依照減述要點操作，在警察機關時應交由業務負責人鎖藏於專櫃，並加以編碼、建檔³⁴⁵，之後必須以密封方式移送到檢察機關³⁴⁶，並註明以減述要點辦法處理³⁴⁷；保存期限部分，在減述要點及相關的實施計畫或注意事項都沒有規定，所以可能還是要參考前述一般案件的處理方式。在銷毀規定部分，在減述要點及相關的實施計畫或注意事項也都沒有特殊規定，所以也還是要回到一般案件的處理方式，但是由於涉及性侵害案件，必須注意「性侵害犯罪防治法」的規定，如第 11 條第 3 項－如果該案為告訴乃論之罪且尚未提出告訴或自訴者，警政署應將證物移送致犯罪發生地的縣市政府保管，除未知犯罪嫌疑人之外，保管六個月後得逕行銷毀。

第二款 規定之法源位階

承上可知，性侵害案件被害人是否於偵查中錄音錄影的規定及後續的操作，多依照「性侵害案件減少被害人重複陳述作業要點」及相關的注意事項或實施計畫操作。「性侵害案件減少被害人重複陳述作業要點」係內政部家庭暴力及性侵害防治委員會參酌美國司法改革所做的努力後，邀集各方專家

³⁴⁴ 性侵害犯罪防治法第 12 條「因職務或業務知悉或持有性侵害被害人姓名、出生年月日、住居所及其他足資識別其身分之資料者，除法律另有規定外，應予保密。行政機關、司法機關及軍法機關所製作必須公示之文書，不得揭露被害人之姓名、出生年月日、住居所及其他足資識別被害人身分之資訊。」並參照同法細則第六條，包括被害人的「被害人照片或影像、聲音、住址、親屬姓名或其關係、就讀學校與班級或工作場所等個人基本資料」。

³⁴⁵ 警察機關辦理「性侵害案件減少被害人重複陳述作業」實施計畫 陸、四、(一)、2。

³⁴⁶ 警察機關辦理「性侵害案件減少被害人重複陳述作業」實施計畫 陸、四、(二)、1。

³⁴⁷ 警察機關辦理「性侵害案件減少被害人重複陳述作業」實施計畫 陸、四、(二)、2；性侵害案件減少被害人重複陳述作業要點第十六點。

經歷 12 次正式會議及無數次協商後，針對性侵害案件在檢察、警察、社政、醫療各個體系流程中的處理整合方案³⁴⁸，針對各個單位（檢察、警察、社政、醫療）在處理性侵害案件的執行政序及注意事項加以規定³⁴⁹，故亦為行政程序法第 159 條之「行政規則」中第二項第一款的**業務處理方式**之依職權所定之「一般性行政規則」。

「**檢察機關偵辦性侵害案件減少被害人重複陳述注意事項**」³⁵⁰係對（當時）有實施「減少被害人重複陳述」地區之檢察署所做的相關規定及要求；「**警察機關辦理『性侵害案件減少被害人重複陳述作業』實施計畫**」³⁵¹係依「性侵害案件減少被害人重複陳述作業要點」加以訂定，係針對（當時）有實施「減少被害人重複陳述」地區之警察機關所做的相關規定及要求。故上開兩者皆為行政程序法第 159 條之「行政規則」中第二項第一款的**業務處理方式**之依職權所定之「一般性行政規則」。

至於上開要點及相關的注意事項或實施計畫未規定的部分，應參考前述一般案件的規定操作。另外，由於涉及性侵害案件，故「性侵害犯罪防治法」的規定³⁵²亦需一併注意。

³⁴⁸ 性侵害案件減少被害人重複陳述作業工作手冊，內政部家庭暴力及性侵害防治委員會 編，內政部家庭暴力及性侵害防治委員會出版，民國 95 年 6 月 2 版，頁 A-7；臺內防字第 0910072818 號，內政部公報第 8 卷第 1 期，民國 92 年 1 月 16 日，頁 264-282。

³⁴⁹ 性侵害案件減少被害人重複陳述作業工作手冊，內政部家庭暴力及性侵害防治委員會 編，內政部家庭暴力及性侵害防治委員會出版，民國 95 年 6 月 2 版，頁 A-11。

³⁵⁰ 法務部於民國九十年一月十九日，以（90）法檢決字第 000251 號函加以訂定；民國九十三年三月十七日以法檢字第 0990801540 號函修正，於同年 3 月 17 日生效。

³⁵¹ 內政部警政署於民國九十年一月三日，以警署刑防字第 0303451 號函訂定發布。

³⁵² 此為嚴格意義的法律規定。

第三項 實務操作模式

第一款 非性侵害案件部分

第一目 偵訊中錄音錄影的使用

一、依「法院判決」的實務意見，茲說明、表列如下（圖表 1）：

圖表 1

	見解	判決字號
a	檢察官或司法警察（官）訊問證人時， 未規定必須錄音錄影 ，故未與錄音錄影 並無違法 。	最高法院 97 年台上字第 6174 號判決、最高法院 97 年台上字第 4788 號判決、最高法院 97 年台上字第 1069 號判決、最高法院 98 年台上字第 58 號判決
a'	見解同 a，然特別提及「 檢察及司法警察機關使用錄音錄影及錄製之資料保管注意要點 」第三點，此為其他 a 類判決所無者。	最高法院 98 年台上字第 813 號判決
b	檢察官或司法警察（官）訊問證人時， 未規定必須錄音錄影 ，此應屬立法疏漏。故如有錄音錄影，而有筆錄內容與之不同者，宜參照刑事訴訟法第一百條之一第二項相同法理處理；未錄音錄影亦不違法。	最高法院 96 年台上字第 6168 號判決、最高法院 97 年台上字第 3430 號判決、最高法院 97 年台上字第 6487 號判決、最高法院 97 年台上字第 6804 號判決、最高法院 96 年台上字第 4922 號判決
c	檢察官或司法警察（官）訊問證人時， 未規定必須錄音錄影 ，此究為立法疏漏或有意保留，值得推敲。但未錄音錄影不當然違法。	最高法院 97 年台上字第 3991 號判決、最高法院 95 年台上字第 3052 號判決

承上可知，判決中對於「偵訊中證人錄音錄影規定」的存否，說明雖未一致，惟都認為即使不錄音錄影也不違法（或至少不當然違法）；而即使認為「未規定」「顯屬立法疏漏」的判決³⁵³，仍認為即使「不」錄音錄影也「不」違法，只有在「有」錄音錄影但「和筆錄內容不一致」時，才類推刑事訴訟法第 100 條之 1 第 2 項的規定效果。因此，「是否在偵訊中對證人為錄音錄影」係由偵查機關自行決定，而非如被告規定一般的有強制錄音錄影要求，違反的法律效果相對而言也較輕微。另外，判決在說明「是否」在偵訊中對證人錄音錄影時，係將錄音、錄影一併提及，並未區分論述；同樣的，對於檢察官及警察應如何適用也未有不同說明。不過，參考表 1 所列之判決可以發現，如指涉到的是警察，則多半為偵訊錄音帶，檢察官的部分則多為錄影光碟，並以前者的情形較為常見。

二、在「實證資料」方面，有實務家認為，依「檢察及司法警察機關使用錄音錄影及錄製之資料保管注意要點」³⁵⁴多年運作結果，「檢察官」偵查中「似已全面」行全程連續錄音制度³⁵⁵；此外，參考「臺灣高等法院檢察署暨所屬各級法院檢察署偵查庭管理要點」³⁵⁶中，偵查庭本身即有錄音或錄影設備；此外，各地偵查庭亦均已配有「數位」錄音（影）設備及外出查案用之數位錄音筆³⁵⁷，應可認為，至少在設備器材方面，應可增加檢察官在署內偵查庭或外出偵查訊問證人時的錄音頻率。反之，在「司法警察」的部分，有實證報告顯示，雖警局設有偵訊室，惟因數量不足或設備不便等因素，故司法警察多直接在偵查單位辦公室偵訊，而許多司法警察的錄音錄影設備皆需自行購買³⁵⁸，上開因素皆可能影響司法警察在偵查期間對證人錄音（甚至

³⁵³ 原因在於既然就證人在審判中陳述應予錄音或錄影，則偵查中未規定，此應屬立法上之疏漏。

³⁵⁴ 張文所援引的規範基礎為「檢察機關使用錄音輔助偵查記錄實施要點」，惟承前所述，該要點已於 93 年遭廢止，被「檢察及司法警察機關使用錄音錄影及錄製之資料保管注意要點」取代，然因規範內容多所重複，故於此直接以新規範名稱代之。

³⁵⁵ 張淳淙，與談意見(一) 偵查中錄音錄影與偵查筆錄可信性之關係，檢察新論第 7 期，2010 年 1 月，頁 56。

³⁵⁶ 該要點中第二點、第七點皆有提及。

³⁵⁷ 法檢字第 0930800904 號（民國 93 年 3 月 19 日）參照，法務部公報第 324 期第 14-15 頁。

³⁵⁸ 李維凱，我國刑事警察人員執行偵訊之研究，中央警察大學刑事警察研究所碩士論文，民國 98 年，頁 128-130。

錄影)的意願及可能性。

第二目 錄音錄影時在場權及閱卷權的操作

一、在場權：

刑事訴訟法第 248 條第 1 項雖然允許如被告在場時得親自詰問證人，但承前所述，依實務操作及法院判決意見，這只是給與「有在場的被告」「詰問機會」，並非要求必須傳喚被告到場方可訊問證人³⁵⁹，如果在偵查中被告未能行使詰問權，也只是「證據調查程序未充足」，不因此當然無證據能力³⁶⁰；並且，判決中也表示對於「被告在偵查中行使詰問權」「亦難期待」³⁶¹，這應是出於偵查策略的考量，且依據同法第 245 條第 1 項的「偵查不公開原則」，整個偵查程序都應該秘密進行³⁶²。至於同條第 2 項雖規定「如預料證人在審判中無法到場時」，應命被告在場，但又加上「但恐證人於被告前不能自由陳述者，不在此限」的限制，故也使得法條的規定強度減弱。至於辯護人此時在場權行使，除了同法第 206 之 1 條允許在檢察官訊問鑑定人時，辯護人得在場外³⁶³，其它的證人訊問，依據刑事訴訟法第 168 之 1 條的法條解釋，在我國目前偵查階段皆由檢察官或警察訊問證人的情形下，法院不可能會知道訊問的日期，當然無法期待事先通知辯護人，且依本條文義解釋，只有在法官訊問時才會允許辯護人在場³⁶⁴。

二、閱卷權：

依據刑事訴訟法第 33 條，閱卷權只能在審判時行使，故在偵查中並無法檢閱相關資料。而就閱卷時「拷貝證人偵訊錄音錄影帶」的聲請，實務工作者有不同的意見：首先在法源依據上，有認為依本條條文文字而言，閱卷

³⁵⁹ 最高法院 96 年度台上字第 6301 號判決、最高法院 97 年度台上字第 356 號判決。

³⁶⁰ 最高法院 98 年度台上字第 4241 號判決、最高法院 96 年度台上字第 1870 號判決。

³⁶¹ 最高法院 96 年度台上字第 1870 號判決、最高法院 97 年度台上字第 356 號判決。

³⁶² 吳俊毅，辯護人論，正典出版文化有限公司，2009 年 1 月 1 版，頁 89。

³⁶³ 吳俊毅，辯護人論，正典出版文化有限公司，2009 年 1 月 1 版，頁 102。

³⁶⁴ 吳俊毅，辯護人論，正典出版文化有限公司，2009 年 1 月 1 版，頁 103，註 40。

行使方式只限於「檢閱」、「抄錄」、「攝影」，並不合「拷貝複製」³⁶⁵，甚至有檢察官認為，錄影訊問只是在佐證筆錄文字內容與受訊人所述內容相符，該影音紀錄既不是「卷宗」也不是「證物」，自不得依刑事訴訟法第 33 條聲請檢閱³⁶⁶；但此與司法院 79 年廳刑一字第 309 號的見解衝突，且亦有反對意見³⁶⁷。而且，在「各級法院刑事、行政訴訟及少年保護事件律師閱卷要點第 19 點、第 27 點」、「法院辦理刑事案件、少年事件訴訟文書之影印、攝影、抄錄費用徵收標準第六條」中，都有明確的「准許拷貝偵訊錄影帶」的規定，可見立法者應該是允許此類聲請，是故有前述認為無法拷貝偵訊錄影帶的論者認為，應就相關的閱卷規定一併予以修正³⁶⁸，此或許是基於保護證人隱私權的考量，但是否要以此種限制閱卷權的方式為之？既有的其他法律中對於隱私權侵犯的規定是否無法減少此等侵害？仍值商榷。

第三目 保存及銷毀規定

在保存錄音錄影帶的部分，雖然前述相關要點皆有要求要妥善保存，不過，搜尋相關的實務判決，還是有「未予保存」³⁶⁹的情形發生，至於其法律效果，有認為對「當時之供述真實性及證據能力」不生任何影響³⁷⁰，最嚴重的也只認為，此將影響「可信性」—當證人無法於審判中出庭時，不能合乎

³⁶⁵ 邱忠義，偵查中錄音錄影與偵查筆錄可信性之關係—兼論訴訟目的外使用證據之影響，檢察新論第 7 期，2010 年 1 月，頁 39-40；吳巡龍，辯護人是否有權複製偵訊光碟，台灣本土法學雜誌第 119 期，2009 年 1 月 1 日，頁 165-166。另外，組織犯罪防制條例第 12 條第 1 項也是使用「檢閱」、「抄錄」、「攝影」的法條文字，然其規定目的係保護證人，既然連文書、筆錄都不得閱覽，如果存有證人偵訊影帶應也無法就其行使閱卷權，更不要說是拷貝。

³⁶⁶ 此為筆者私下詢問所得。

³⁶⁷ 張淳淙，偵查中錄音錄影與偵查筆錄可信性之關係—與談意見（一），檢察新論第 7 期，2010 年 1 月，頁 58；陳運財，論偵查不公開之適用範圍及其例外，全國律師 9 月號，2009 年 9 月，頁 35。

³⁶⁸ 邱忠義，偵查中錄音錄影與偵查筆錄可信性之關係—兼論訴訟目的外使用證據之影響，檢察新論第 7 期，2010 年 1 月，頁 39-40。

³⁶⁹ 錄音帶未妥善保存的最多情形在於通訊監察的監聽帶，關於「證人訊問的錄音帶」所查詢到的判決較少，但還是有，例如：最高法院 99 年度台上字第 3738 號判決、最高法院 98 年度台上字第 1535 號判決。

³⁷⁰ 最高法院 99 年度台上字第 3738 號判決。

傳聞證據例外允許之「特別可信性」之要求³⁷¹。在銷毀的部分，由於由各機關自行為之，依照法檢決字第 0910802562 號，採取消磁方式處理，而消磁後可否回收使用，由檢察機關和轄區內警察機關自行決定³⁷²。

第二款 性侵害案件部分

第一目 錄音錄影的使用頻率

就「法院判決」部分，由於此多涉及性侵害或少年案件，依法院組織法第 83 條，少年事件處理法第 83、83-1、83-2 條及性侵害犯罪防治法第 12 條等，該等非公開審判案件，公開的搜尋系統（如：法學資料檢索系統、法源法律網）資料庫並不收錄，故較難查詢到相關判決³⁷³。

然承前所述，對於性侵害案件中被害人（證人）的錄音錄影規定，係源於「性侵害案件減少被害人重複陳述作業要點」，只要進入減述作業程序者，即無「性侵害案件減少被害人重複陳述作業要點」第三點但書認為「不適宜」者，皆「必須」接受偵訊中的錄音錄影；而被害人也必須對「願意進入減述流程」及「配合全程錄影」簽署同意書³⁷⁴，也就是說，除非在錄音錄影啟動後，被害人身心「因錄音錄影之壓力」而無法陳述，可以經評估停止外³⁷⁵，凡進入減述程序者都有被錄音錄影。其錄音錄影的功用在於減少證人於偵查中被多次訊問所造成的二度傷害³⁷⁶，而依性侵害犯罪防治法第 17 條³⁷⁷，在

³⁷¹ 最高法院 98 年度台上字第 1535 號判決。

³⁷² 法務部公報 第 282 期 37 頁，民國 91 年 5 月 28 日。

³⁷³ 惟依秘台廳少家二字第 0980012210 號函（發文日期：民國 98 年 6 月 10 日），司法院正在研擬簡易可行之書記官檢視及遮隱足資識別被害人資訊之程式，屆時除少年事件部分外，性侵害案件裁判書將可上網供查詢之用。

³⁷⁴ 性侵害案件減少被害人重複陳述作業要點第六點。其實，就「不能因應錄音錄影的壓力」的被害人，在同要點第三點的「訊前訪視認不適宜」的評估中就會先排除。參見 王燦槐，性侵害防治中心在司法流程中的角色---減少被害人重複陳述作業之評析，亞洲家庭暴力與性侵害期刊第 1 卷第 1 期，頁 119，2005 年 12 月。

³⁷⁵ 性侵害案件減少被害人重複陳述作業要點第十點（民國 94 年 11 月 8 日修訂）。

³⁷⁶ 檢察機關偵辦性侵害案件減少被害人重複陳述注意事項第二點；性侵害案件減少被害人重複陳述作業要點第十七點參照。

性侵害案件中的傳聞法則操作，似比刑事訴訟法上之規定較為寬鬆³⁷⁸，也就是審判外陳述更容易引進，而錄音錄影可以作為證詞正確及完整的確保，也減少被害人出庭受訊問的機會。以下，將透過對於「進入減述流程的被害人比例」，以兩分評估該要點實行狀況的「實證資料」為據，就「性侵害案件偵訊中錄音錄影」的施行情況加以說明：

一、2004 年「性侵害案件減少被害人重複陳述作業」方案成效評估研究³⁷⁹：

其評估對象為第一階段實行減述程序的三個縣市（台北市、高雄縣、花蓮縣）於民國 90 年 1 月 1 日至民國 92 年 12 月 31 日間的執行情形，茲整理如下（圖表 2）。

圖表 2

	進入減述程序		未進入減述程序		案件總計 ³⁸⁰
	件數	百分比	件數	百分比	
台北市	122 件	13.8%	762 件	86.2%	884 件
高雄縣	165 件	22.5%	568 件	77.5%	733 件
花蓮縣	157 件	45.2%	190 件	54.8%	347 件

承上可知，除了花蓮縣進入減述的比例接近五成外，台北市和高雄縣都

³⁷⁷ 「被害人於審判中有下列情形之一，其於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，經證明具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，得為證據：一、因性侵害致身心創傷無法陳述者。二、到庭後因身心壓力於訊問或詰問時無法為完全之陳述或拒絕陳述者。」

³⁷⁸ 試與刑事訴訟法第 159 條之 1 第 2 項「被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據。」、刑事訴訟法第 159 條之 2「被告以外之人於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，與審判中不符時，其先前之陳述具有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據。」相比較。

³⁷⁹ 楊瑩等，內政部委託研究報告，內政部性侵害防治委員會。

³⁸⁰ 依各縣市每月向內政部呈報的「性侵害案件減少被害人重複陳述作業執行情形報告表」為資料來源。

只有一到二成的案子進入減述程序；而如果將三縣市的案件加總起來（884+733+347），則進入減述程序的比例約莫為百分之 22.6³⁸¹，也就是說在性侵害案件偵查的訊問中，被害人（證人）有錄音錄影的占了不到 3 成，此可能和制度實行之初，說明不夠充分以致民眾接受度不高有關³⁸²。而願意進入減述程序者多以 16 歲以下及智障被害人居多，比例均在 8 成以上³⁸³，此可能和「減述要點」的保護對象以 16 歲以下兒童和青少年為主有關³⁸⁴。至於不願意進入減述程序的主要理由，三縣市皆為「本人、法定代理人無意願³⁸⁵」。

二、2006 年性侵害案件減少被害人重複陳述作業檢討報告³⁸⁶：

本報告之內容為民國 94 年 1 到 9 月間各個執行減述要點的縣市³⁸⁷的施

³⁸¹ $(122+165+157)/(884+733+347)=0.2260692$

³⁸² 參照當時的**減述要點第十點（現行第六點）**，「依本要點作業流程處理性侵害案件時，被害人應填具性侵害案件減少被害人重複陳述作業同意書」。

³⁸³ 參見 楊瑩等，2004 年「性侵害案件減少被害人重複陳述作業」方案成效評估研究，內政部委託研究報告。轉引自 張錦麗，台灣地區「性侵害被害人減少重複陳述方案」之行動研究，暨南國際大學社會政策與社會工作學系博士論文，頁 40，民國 94 年 1 月 30 日。

³⁸⁴ 參見 王燦槐，性侵害防治中心在司法流程中的角色---減少被害人重複陳述作業之評析，亞洲家庭暴力與性侵害期刊第 1 卷第 1 期，頁 114，2005 年 12 月。亦可參照當時的**減述要點第二點（現行第三點）**：「性侵害案件之被害人為智障或十六歲以下者，其詢（訊）問依本要點規定辦理。但經專案社工員訊前訪視認不適宜者，不在此限。前項以外之被害人，經其同意，且經專案社工員訊前訪視，認有以本要點規定程序保護之必要者，亦適用之。」條文設計上亦可看出係以「智障或十六歲以下者」為中心，且似乎就「智障或十六歲以下者」無需得其同意即可進入減述程序，惟**要點第十點（現行第六點）**仍要求依本要點作業流程處理性侵害案件時，被害人應填具性侵害案件減少被害人重複陳述作業同意書，故有認為被害人的意願更先於「智障或十六歲以下者」的要求，所以無論如何都必須取得被害人的同意。參見 王燦槐，性侵害防治中心在司法流程中的角色---減少被害人重複陳述作業之評析，亞洲家庭暴力與性侵害期刊第 1 卷第 1 期，頁 118，2005 年 12 月。

³⁸⁵ 參見 楊瑩等，2004 年「性侵害案件減少被害人重複陳述作業」方案成效評估研究，內政部委託研究報告。轉引自 張錦麗，台灣地區「性侵害被害人減少重複陳述方案」之行動研究，暨南國際大學社會政策與社會工作學系博士論文，頁 41，民國 94 年 1 月 30 日。

³⁸⁶ 內政部家庭暴力及性侵害防治委員會，2006 年家庭暴力及性侵害防治網絡願景營專案報告，民國 94 年 12 月 7 日。<http://dspc.moi.gov.tw/public/Attachment/7115164054>（最後瀏覽日期：2010 年 11 月 8 日）

³⁸⁷ 此時除了第一階段的「台北市、花蓮縣、高雄縣」外，已推行至第五階段，有 20 個縣市共同

行情況。就 20 個縣市的總體情況觀之，其施行情況與第一個實證報告相近：總受理案件（依各縣市政府提報）為 1737 件，進入減述流程者有 407 件（約 23%），而其中以 16 歲以下者占多數，達 79%³⁸⁸；而進入程序與否的理由，不論是 16 歲以下或以上，皆以「本人、法定代理人無意願」為大宗，「經評估不適宜者」居次³⁸⁹。

第二目 對整體程序設計的感受

一、2004 年「性侵害案件減少被害人重複陳述作業」方案成效評估研究：

依據評估結果，就偵查中「被害人受訊問的次數與時間」而言，在檢察體系和警察系統部分皆有減少，但後者的效果不如前者，可見檢察官的提前介入，確實對於被害人的減少重複陳述的次數和時間有幫助；而警察由於必須等待檢察官的指示，或因為檢察官的指揮而必須更加詳細訊問，以至於增加了訊問時間和次數。而就「整體的訊問品質」而言，對於「婦幼警察隊」或「少年警察隊女警組」的女警，有較多正面的肯定，但是對一般分局的女警，評價上就顯得較弱；另外，在訊問兒童或身心障礙者時，檢警體系急需專業的輔佐人和專家協助，但社政系統在此方面的連結還是有很大的困難，「專業資源的運用」仍需加強。在「機構的支持度」上，因為各單位主管不夠重視，也欠缺績效獎勵的誘因，人力無法適度運用，增加方案推展的困難³⁹⁰；而預算方面，雖然內政部已編列相關預算，但縣市依然認為不敷使用—因為不只要添購相關的器材設備，還要開展方案委外的人力購買³⁹¹。

參與。詳見 內政部家庭暴力及性侵害防治委員會，2006 年家庭暴力及性侵害防治網絡願景營專案報告，民國 94 年 12 月 7 日，第 2 頁。

³⁸⁸ 詳見 內政部家庭暴力及性侵害防治委員會，2006 年家庭暴力及性侵害防治網絡願景營專案報告，民國 94 年 12 月 7 日，第 4-5 頁。

³⁸⁹ 詳見 內政部家庭暴力及性侵害防治委員會，2006 年家庭暴力及性侵害防治網絡願景營專案報告，民國 94 年 12 月 7 日，第 5-6 頁。

³⁹⁰ 楊瑩等，2004 年「性侵害案件減少被害人重複陳述作業」方案成效評估研究，內政部委託研究報告。轉引自 張錦麗，台灣地區「性侵害被害人減少重複陳述方案」之行動研究，暨南國際大學社會政策與社會工作學系博士論文，民國 94 年 1 月 30 日，頁 46。

³⁹¹ 張錦麗，台灣地區「性侵害被害人減少重複陳述方案」之行動研究，暨南國際大學社會政策與社會工作學系博士論文，民國 94 年 1 月 30 日，頁 152。

於民國九十二年九月全面實施的交互詰問制度，與方案所欲達到的目標產生衝擊：首先是「被害人被重複訊問的次數」增加，在警訊筆錄只能作為傳聞證據的情形下，且檢察官親自到庭指揮訊問的比例又偏低³⁹²，即使已經看過先前警察訊問的筆錄，還是會再親自問一次以求保險；同時，「被害人出庭的機率」也增加了，也使其受到被告或辯護人詰問所造成的傷害可能性提高，同時，由於連帶使得社工人員陪同的次數增加，也降低其參與方案的意願³⁹³。

二、2006 年性侵害案件減少被害人重複陳述作業檢討報告：

該報告中指出，「性侵害案件減少被害人重複陳述作業」的實施面臨以下的挑戰：「被害人被重複訊問的次數」無法有效減少，在偵查中，同前述的實證結果，在檢察官未親自到場指揮的情形下，傳訊被害人的機率增加；審判中，交互詰問制度未將性侵害案件排除適用，也造成被害人仍將到庭面對詰問挑戰的機會，也是許多被害人最感到疑惑的地方³⁹⁴。至於在「硬體設備」和「人力資源」上，就前者而言，各單位仍面臨空間不足之窘境，現有空間又因與其他空間共用的因素無法有效的保護被害人；就後者而言，雖然各單位都有專責人力配置，但還是人力不足—缺乏女警和社工人員，造成個案壓力沉重，檢察官人力不足，亦無法第一時間指揮辦案³⁹⁵。另外，在「專業認知」上，各單位的專責人員仍需要加強，增加對減述作業流程的熟悉度及清晰度，並減少各單位間因認知不同所造成的摩擦，避免因此造成程序延宕³⁹⁶；同時，也要增加可供協助的專業人員名冊，方便第一線人員使用³⁹⁷。

³⁹² 張錦麗，台灣地區「性侵害被害人減少重複陳述方案」之行動研究，暨南國際大學社會政策與社會工作學系博士論文，民國 94 年 1 月 30 日，頁 42。

³⁹³ 張錦麗，台灣地區「性侵害被害人減少重複陳述方案」之行動研究，暨南國際大學社會政策與社會工作學系博士論文，民國 94 年 1 月 30 日，頁 153。

³⁹⁴ 內政部家庭暴力及性侵害防治委員會，2006 年家庭暴力及性侵害防治網絡願景營專案報告，民國 94 年 12 月 7 日，頁 8-9。<http://dspc.moi.gov.tw/public/Attachment/7115164054>（最後瀏覽日期：2010 年 11 月 8 日）

³⁹⁵ 內政部家庭暴力及性侵害防治委員會，2006 年家庭暴力及性侵害防治網絡願景營專案報告，民國 94 年 12 月 7 日，頁 9-10。

³⁹⁶ 內政部家庭暴力及性侵害防治委員會，2006 年家庭暴力及性侵害防治網絡願景營專案報告，民國 94 年 12 月 7 日，頁 10-11。

第四項 小結

承上可知，我國對於「偵查中證人是否須錄音錄影」並非全無規定，然其法源基礎僅為「行政規則」，原因應在於，就目前實務運作的情形而言，在**非性侵害案件**中，證人於偵訊中有無錄音甚至錄影，只是用來解決證詞「任意性」受質疑或欲以傳聞例外方式引入審判庭時的「可信性」判斷基準之一，因此如以「**權利干預**」的角度觀察，立法者可能認為錄音錄影只是輔助記錄³⁹⁸的一種方式而已，即使對於人格權有所干預（更有可能的是根本未想到對證人的人格權有影響），也只是執行法律時的「技術性」事項，對人民只有輕微影響，故並不屬於法律保留之範圍，所以以**要點**方式規定即為已足；然若干法院判決中的文字論述，卻也顯示出不必然沒有以法律規定必要的可能³⁹⁹。如考慮到「合法性程序擔保」，則證詞與自白同樣皆屬「人之陳述」，被告在陳述時可能遭威逼利誘的情形，證人也有可能發生，而且在偵查中通常「沒有辯護人」及「可能發生身分轉換（證人轉被告）」的情況下，證人之任意性應更有保護必要，何以僅就「是否要錄音錄影的對象」，對於被告使用「第一層級」的法律保留，對於證人卻使用「第四層級」的規範法源？此種區別容易有**重被告而輕證人之嫌**，更無法與國際人權法院屢次宣誓**要保護被告及「尊重其他非自願涉入程序之人」**⁴⁰⁰的潮流接軌。從「法秩序一致性」的角度切入，同一種行為卻有兩個規範基礎（「檢察及司法警察機關使用錄音錄影及錄製之資料保管注意要點」和「警察偵查犯罪手冊」），且內容並非完全一致，可能會造成適用上的困擾，應該加以統一⁴⁰¹。

³⁹⁷ 內政部家庭暴力及性侵害防治委員會，2006 年家庭暴力及性侵害防治網絡願景營專案報告，民國 94 年 12 月 7 日，頁 11。

³⁹⁸ 檢察及司法警察機關使用錄音錄影及錄製之資料保管注意要點第二點參照。

³⁹⁹ 見本章圖表 1 的 b,c 部分之見解，有認為未規定顯屬**立法疏漏**，也有認為究為**立法疏漏**或**有意保留**值得推敲。

⁴⁰⁰ 林鈺雄，司法的侏儷紀化，中國時報 A10 版 時論廣場，2009 年 3 月 1 日。

⁴⁰¹ 司法院刑事廳已於民國 100 年 3 月 11 日第 138 次院會中，公告了相關的刑事訴訟法條文修正—即將現行法的第 192 條準用至對被告錄音錄影的條文。

<http://jirs.judicial.gov.tw/GNNWS/NNWSS002.asp?id=62940&flag=1®i=1&key=&MuchInfo=&courtid=>（最後瀏覽日期：2011 年 4 月 24 日）惟未提及對於現行規範應為如何看待，就此法案的介紹及評析，請見本章第二節。

而在程序設計上，由於錄音錄影程序並不有任何獨立或強烈的法律效果，除非是涉及特殊案件的特別法規定，否則在訊問模式上未做特殊規定，而錄音錄影的程序細節則透過內部的行政規則加以約束訊問者。至於影音資料的使用規定，也未做特殊規定，故仍應依照刑事訴訟法第 33 條規定或其他特別法之規定處理，但更細節及明確的規定，就必須參考相關的行政規則處理，而如果對透過閱卷取得之影音記錄有不正當的利用，造成證人的損害，目前是依照既有的「刑法」或是「刑事訴訟法」規定檢驗，也可依照「律師倫理規範」加以約束⁴⁰²。在保存及銷毀方面，應其為機關內部人員的職責規定，故依照機關內部的「檢察及司法警察機關使用錄音錄影及錄製之資料保管注意要點」及「臺灣高等法院及所屬法院檔案管理要點」加以操作，雖然保存和銷毀僅為機關內部資訊的作業，並不會對外發生具體的影響；但是承前所述，使用**錄音錄影**記錄「足以辨識其個人或關於特定人之資訊」時，如該資訊係與「個人私人生活」相關，且足以達到「永久保存」的效果，並被用於分析，則已對證人的「私人生活受尊重權」造成干預，如果不存在干預的正當理由或不合乎比例原則，則限制的正當性是有疑慮的。因此，如果依上開要點操作仍存在著永久保存的可能，且對於使用及處理未有任何限制，上開要點的正當性還是有討論的必要——畢竟影音記錄和傳統的筆錄並不完全相同。

而如果想要將「證人偵查中錄音錄影」的制度具體加以擴大實施至全部的證人，以追求正當性程序的擔保；或是想要賦予「錄音錄影資料」更大的訴訟上功用，如代替審判中之訊問，而非僅有輔助性、證明性的效果，則考量到所需使用到的龐大資源（人力、物力）、規範的統一必要及涉及的層面更廣，是否仍像目前一樣的規範位階即為已足？是否有必要整合不同規定成單一性的規範，以增加適用上的便利性？仍有討論空間。

而在**性侵害案件**的部分，對於被害人的偵訊中錄音錄影，在於減少其於偵查中因重複陳述而造成的心理壓力，比起一般證人而言，重複陳述更可能對其造成二度傷害，「偵訊中使用錄音錄影」所欲達到的目的比一般證人而

⁴⁰² 該規範第 15 條第 2 項「律師事務所中負有監督或管理權限之律師，應負責督導所聘僱之人員不得有違法或不當之行為。」

言更為迫切。然其規範基礎，包括「判斷案件是否進入減述程序」、「程序中各單位應如何配合」及「整體程序設計」上，仍僅以「行政規則」加以規定，該規定雖然僅針對相關機關在處理案件上的分配，但在運作上還是會出現判斷上的模糊地帶，包括了：進入流程的判斷、被害人的意願定位、被害人的身心狀況評估定位、醫療單位的角色、減述作業的負責人角色及檢察官出席聯合訊問必要性⁴⁰³，故有認為應該要加強減述要點的法律效力⁴⁰⁴，以增加被遵守的強度，以確保能確實保護被害人，使整合模式更有效率的目地能加以實現⁴⁰⁵；又，如果要加強偵訊中錄音錄影資料的重要性，而有使其在審判上可以直接使用，具有證據能力的研議⁴⁰⁶，則此部分涉及層面較廣，是否仍以要點規範即已足，恐有疑義。另外，前述所提及的和刑事訴訟法規範有衝突的「檢視影音記錄」的規定，應加以檢討，確認是否應修正使其與刑事訴訟法規範一致，還是認為在此情形有突破既有規範的必要。

第二節 刑事訴訟法草案介紹及評析

第一項 草案介紹

本次修法係為因應民國九十八年四月二十二日公布之「公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法」第二條之規定，兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力；第八條亦明文政府機關應檢討主管之法令，有不符兩公約規定者，應於施行後二年內，完成修正；此外，為因應司法院釋字第六六五號解釋，與人權保障有關之規定，亦應一併檢討修正。因此擬修正刑事訴訟法第一編「總則」第四章「辯護人、輔佐人及代理人」、第八章「被告之傳喚及拘提」、第十章「被告之羈押」、第十二章「證

⁴⁰³ 王燦槐，性侵害防治中心在司法流程中的角色---減少被害人重複陳述作業之評析，亞洲家庭暴力與性侵害期刊第1卷第1期，2005年12月，頁123-124。

⁴⁰⁴ 各項判斷模糊的詳細說明，可見 王燦槐，性侵害防治中心在司法流程中的角色---減少被害人重複陳述作業之評析，亞洲家庭暴力與性侵害期刊第1卷第1期，2005年12月，頁117-121。

⁴⁰⁵ 性侵害案件減少被害人重複陳述作業工作手冊，內政部家庭暴力及性侵害防治委員會 編，內政部家庭暴力及性侵害防治委員會出版，民國95年6月2版，頁A-2至A-6。

⁴⁰⁶ 性侵害案件減少被害人重複陳述作業工作手冊，內政部家庭暴力及性侵害防治委員會 編，內政部家庭暴力及性侵害防治委員會出版，民國95年6月2版，頁A-12。

據」、第二編「第一審」第一章「公訴」、第三編「上訴」第一章「通則」、第五編「再審」等相關條文，計修正十二條、增訂二條、刪除四條，共計十八條條文。其中，為因應公民與政治權利國際公約第十四條第三款第七目規定：「審判被控刑事罪時，被告一律有權平等享受下列最低之保障：七、不得強迫被告自供或認罪。」之精神，將修正現行法第一九二條，明定本法第九十八條禁止強制取供及第一百條之一第一項、第二項關於訊問時應錄音、錄影之相關規定，於證人之訊問亦準用之⁴⁰⁷。

第二項 草案評析⁴⁰⁸

承上述說明可知，偵查中就證人訊問應錄音，必要時應錄影的規定，之所以準用第 100 條之 1 第 1 項、第 2 項的原因在於，證人所為之陳述，與被告之供述同屬於供述證據；其錄音錄影的目的在於建立訊問筆錄之公信力，並擔保訊問程序之合法正當⁴⁰⁹。可見目前修法的方向是只把對證人的錄音錄影當作程序保障的功能，但似乎忽略（當然也可能是不採取）了其他可能的使用功能，甚為可惜。

至於新法通過後，其與現行的對偵訊中的證人錄音錄影規定的關係為何？是否表示將以新規定完全取代現有的規範？而就性侵害被害人錄音錄影的規定，是否有打算將其從「行政規則」的層次提升為「法律」層級？這些都是一旦草案通過後必須面對的問題。雖然立法者的出發點是好意：確保證人訊問的正當，但一律強行規定錄音似乎忽略了錄製本身及之後的使用可能對證人造成的影響或侵害⁴¹⁰。此外，草案的規定也和目前的實務作法及法院態度不一致：既有的相關規範其實體現了「硬體資源的考量」及「偵查彈

⁴⁰⁷ 刑事訴訟法部分條文修正草案總說明－司法院第 138 次院會核定版
<http://jirs.judicial.gov.tw/GNNWS/NNWSS002.asp?id=62940&flag=1®i=1&key=&MuchInfo=&courtid=>（最後瀏覽日期：2011 年 4 月 24 日）

⁴⁰⁸ 由於目前所找到的相關資料只有司法院網站上的草案說明，故僅針對此作一簡評。

⁴⁰⁹ 刑事訴訟法部分條文修正草案條文對照表－司法院第 138 次院會核定版
<http://jirs.judicial.gov.tw/GNNWS/NNWSS002.asp?id=62940&flag=1®i=1&key=&MuchInfo=&courtid=>（最後瀏覽日期：2011 年 4 月 24 日）

⁴¹⁰ 可參考第三章第一節之討論。

性的需求」，一旦要求全面錄音，是否有足夠的資源加以支撐（尤其是對第一線的警員）？⁴¹¹在完全不給與偵查機關衡量的情形下，如果證人數量很多時應如何處理？而就法院的態度而言，目前只把「是否錄音錄影」作為證人審判外陳述可信性的標準之一⁴¹²，一旦草案通過，法院要怎樣看待「有無錄音錄影所代表的效果」？是否表示「只要有錄音即有可信性」？而就未錄音的情形，又應如何處理？是否要採取和被告未錄音時相同的結論⁴¹³？都值得仔細思考。

第三節 本章結論

在司法院提出刑事訴訟法草案之前，我國目前就「偵訊中對證人錄音錄影」，雖不至於毫無規範依據，但從其僅以內部的行政規則規定，甚或在不少判決中幾乎忽視了該行政規則的存在，可以看出只是把「偵訊中對證人的錄音錄影」當作偵查機關在偵訊時的一種附帶採證手段，作用在於日後審判時佐證證詞的可信性。而在草案提出後，其採取準用對被告錄音錄影的規定，具體化了若干判決中所謂「顯屬立法疏漏」的論述，以此擔保同為供述證據的「證言的任意性」及「筆錄的公信力」，對於在偵查程序中「權利及資源」都很弱勢的證人而言，是一種確保其獲得正當程序的制度設計，立法者將其規定層級提高到「刑事訴訟法」，可以視為對於證人保護的重視，立意甚為良善。但是從其目前看到的立法理由及條文規定，其似乎著重在正當程序的擔保上，就證人基本權在偵訊中錄音錄影及之後使用可能受到的影響，以及不分案件情形「一律強制錄音，必要時錄影」的模式所需要的設備、人力資源是否充足等問題，似較少著墨。另外，如前述所提及的，目前「偵訊中證人錄音錄影」既有規範的何去何從？對性侵害犯罪被害人的規定是否提高層級？及法院對於這些資料的證據評價等，都是草案通過後將面對的問

⁴¹¹ 可參考第三章第二節之討論。

⁴¹² 可參考本章第一節之介紹。

⁴¹³ 因為依第 100 條之 1 第 2 項，筆錄內容與錄音錄影不符者，除前項但書外，不符部分不得為證據。惟在「完全沒錄音錄影」的情形下，是否仍有本項之適用？在對被告的情形，連同實務及學說，就有多種說法。詳細說明請參考 陳昭龍，論刑事程序中國家取得之偵訊自白，政治大學法律學研究所碩士論文，民國 96 年 7 月，頁 150-154。

題。



第五章 德國、美國及英國在偵訊中對證人錄音錄影之規定

第一節 德國法規定

在德國，就「偵查」中對「證人」「錄音錄影」的依據為刑事訴訟法第 58a 條。惟在刑事訴訟法第 58a 條立法之前，「刑事程序和罰鍰程序注意要點 (RiStBV)⁴¹⁴」第 5a 點⁴¹⁵中規定，依刑事訴訟法第 168 條、第 168a 條，在不曾造成偵查延宕的範圍下，警方負有義務對證人訊問做出筆錄，為了做筆錄，允許使用科技協助工具，特別是「錄音」工具⁴¹⁶；惟多數意見認為，其並不具有獨立的證據價值，只是做為文字陳述記錄的輔助，而非法律上允許對證人於偵訊中錄音錄影的授權基礎⁴¹⁷。此外，就「使用錄音錄影記錄」對「證人」造成的「人格權侵犯」，只要證人同意即為合法。因此，德國刑事訴訟法因應「1998 年證人保護法 (Zeugenschutzgesetz)」而為的條文增訂，只是經過一個較長時間的討論，確立證人必須忍受語言和肖像權受侵犯的義務⁴¹⁸。

迄今，「偵查中證人錄音錄影」之規定（以德國刑事訴訟法第 58a 條為

⁴¹⁴ 在 1977 年 1 月 1 日簽署，最近一次的修訂是在 2007 年 11 月 1 日，即 2008 年 1 月 1 日施行的版本。導言中表示，本規章主要是為檢察官制定的，但有些對於法官也適用 (Die Richtlinien sind vornehmlich für den Staatsanwalt bestimmt. Einige Hinweise wenden sich aber auch an den Richter.)。

⁴¹⁵ 第 5a 點應為舊版本的點次，然筆者尚未找到該版次的條文內容，惟其應近似於 2008 年 1 月 1 日施行版本的第 5b 點” Bei der vorläufigen Aufzeichnung von Protokollen (§ 168a Abs. 2 StPO) soll vom Einsatz technischer Hilfsmittel (insbesondere von Tonaufnahmegeräten) möglichst weitgehend Gebrauch gemacht werden. Die Entscheidung hierüber trifft jedoch allein der Richter, in den Fällen des § 168b StPO der Staatsanwalt.” 「在暫時記錄筆錄內容時（刑事訴訟法第 168a 條第 2 款），應盡可能廣泛使用技術輔助設備（尤其是錄音機）。對此決定應只由法官作出，在刑事訴訟法第 168b 條的情況下由檢察官作出。」

⁴¹⁶ 盧映潔，犯罪被害人保護在德國法中的發展-以犯罪被害人在刑事訴訟程序中的地位以及「犯罪人與被害人均衡協商暨再復原」制度為探討中心，台大法學論叢第 34 卷第 3 期，民國 94 年 5 月，頁 19。

⁴¹⁷ Swoboda, Videotechnik im Strafverfahren, 2002, S. 82-83, Fn. 114.

⁴¹⁸ Swoboda, Videotechnik im Strafverfahren, 2002, S. 373.

核心)已經歷四個時期的變革,係分別因應四個法案而所為之條文增修。茲就各時期引發立法(修法)的法案及因應的修訂條文加以說明。

第一項 第一期立法—《1998年證人保護法》

指的是法律「明文」且「首度」承認將錄音錄影制度使用在刑事程序中⁴¹⁹,第一期條文適用於1998年12月1日至2004年8月31日間,引發立法的草案為《1998年證人保護法》。

第一款 立法背景

自《1986年被害人保護法(Opferschutzgesetz)》確立被害人在刑事程序中的主體地位及正式參與權限後,德國在九〇年代中由於爆發一些對兒童性濫用的案件⁴²⁰,在公共議題與學術上引發關於有特別需求之證人其保護措施的討論⁴²¹,也加速了《1998年證人保護法(Zeugenschutzgesetz)》的誕生-其於1998上半年的第13任期德國聯邦眾議院就已經完成,在1998年12月1日即明文化⁴²²。雖然已經有廣泛的政策需求一致性存在,但在立法過程中,意見卻十分分歧,最後在各方意見的妥協下,通過條文中的重要部分⁴²³-本來依黨團聯盟版本的草案,是一個「一般性的證人保護法」;然聯邦參議院的版本卻是採取一系列「對年幼的證人訊問」的特別規定,在經過調解委員會的相互妥協下,最終的成果是一個「疑似(apokryphes)的兒童證人保

⁴¹⁹ 盧映潔,犯罪被害人在德國刑事訴訟程序中的地位與保護之介紹,刑事法雜誌第53卷第2期,2009年4月,頁126。

⁴²⁰ 如所謂的「Mainz 虐童案(LG Mainz, NJW 1996, 208)」:Mainz 地方法院在欠缺充分的法律基礎下,首次在審判程序中,在法庭外訊問兒童證人,並透過影音設備在審判程序中播放。

⁴²¹ 盧映潔,犯罪被害人保護在德國法中的發展-以犯罪被害人在刑事訴訟程序中的地位以及「犯罪人與被害人均衡協商暨再復原」制度為探討中心,台大法學論叢第34卷第3期,民國94年5月,頁17。

⁴²² Rieß, Zeugenschutz bei Vernehmungen im Strafverfahren Das neue Zeugenschutzgesetz vom 30.4.1998, NJW 1998 Heft 44, S.3240.

⁴²³ Rieß, Zeugenschutz bei Vernehmungen im Strafverfahren Das neue Zeugenschutzgesetz vom 30.4.1998, NJW 1998 Heft 44, S.3240.

護法」⁴²⁴。

《1998年證人保護法（Zeugenschutzgesetz）》的目的，在於透過引進錄影技術確保「有保護需要的證人」在訊問中盡可能的受到保護⁴²⁵，因為對（尤其是年幼的）證人而言，審判程序中的訊問很少不造成強烈的負擔⁴²⁶，並補充提出受機關委託的「證人輔助人」的規定⁴²⁷。本法最終文本所規範的內容，就如同其名稱一般，是對證人訊問保護的全面改良⁴²⁸。其包括許多獨立的特殊規定，如：錄影資料（記錄的可能性）；錄影內容補充傳統陳述筆錄及其使用；同步影音訊問；證人及有權提起附帶訴訟被害人的法律顧問（辯護人）規定；對做為提起附帶訴訟被害人的法律顧問（辯護人）的委任（指定）費用規定⁴²⁹。

第二款 條文規定

在《1998年證人保護法》中，新增的有關「偵查中對證人錄音錄影」的刑事訴訟法條文⁴³⁰，分別為「證人訊問之影音錄製（第 58 a 條）」、「證人訊問時在場權人的排除與影音技術的使用（第 168e 條）」及「在主要審判程序中播放（第 255a 條）」。

首先，就偵查中錄音錄影的對象，依第 58a 條第 1 項第 1 句，所有證人的訊問可以被做成影音記錄⁴³¹；但有「證人為被害人且年齡未滿 16 歲（第

⁴²⁴ Rieß, Zeugenschutz bei Vernehmungen im Strafverfahren Das neue Zeugenschutzgesetz vom 30.4.1998, NJW 1998 Heft 44, S.3240.

⁴²⁵ BT-Dr 13/7165,S.1.

⁴²⁶ BT-Dr 13/4983,S.1.

⁴²⁷ BT-Dr 13/7165,S.1.

⁴²⁸ Rieß, Zeugenschutz bei Vernehmungen im Strafverfahren Das neue Zeugenschutzgesetz vom 30.4.1998, NJW 1998 Heft 44, S.3240.

⁴²⁹ Rieß, Zeugenschutz bei Vernehmungen im Strafverfahren Das neue Zeugenschutzgesetz vom 30.4.1998, NJW 1998 Heft 44, S.3240.

⁴³⁰ 條文版本依據為 Bundesgesetzblatt Jahrgang 1998 Teil I Nr.25 (BGBl.I S.820)，來源：www.bundesgesetzblatt.de

⁴³¹ 指的是除了應該錄音錄影外的其他證人，在經過個案的比例原則衡量後，如果有必要（例如：證詞具有決定性或案件特別複雜），亦可選擇對其錄音錄影。Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen, Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007, S. 36-37.

58a 條第 1 項第 2 句第 1 款)」，或是「證人有無法在主審法庭中應訊之虞，而錄音錄影對真相查明有必要⁴³²（第 58a 條第 1 項第 2 句第 2 款）」兩種情形之一時，該訊問應該被做成影音記錄。至於在影音記錄的使用上，只限於「用於刑事追訴目的且對於真相查明確有必要時（第 58a 條第 2 項第 1 句）」，其關於「影音資料的保存及銷毀（第 100b 條第 6 項）⁴³³」及「行使閱卷權（第 147 條、第 406e 條）⁴³⁴」的部分，則準用相關條文⁴³⁵（第 58a 條第 2 項第 2 句）。

另外，如果第 58a 條的訊問是由偵查法官為之，則新增的第 168e 條則基於保護證人的理由予以補充：如果有因為有權參與人⁴³⁶在場，而使「證人

⁴³² 必須考慮採用錄音錄影是否比朗讀訊問筆錄更有收穫，及具體是否有更高的證據價值。Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 53.Aufl., 2010, § 58a Rn. 7.

⁴³³ 第 100b 條第 6 項為第三期修法重點，故將於本章第一節第三項中詳細說明。

⁴³⁴ 第 147 條、第 406e 條於第四期立法及之後皆有所修正，故將於第四期立法部分做詳細說明。

⁴³⁵ 在此條操作下，由於準用同法第 147 條及第 406e 條，（依當時的條文規定內容）故被告的辯護人及被害人的律師都有權限檢閱錄影資料，甚至是取得備份，但是否可以再轉交給被告？若是涉及刑法第 93 條以下（國家機密）、第 203 條（侵害私人隱私）、第 353b 條（洩漏業務機密）及涉及組織犯罪的情形，資訊及資料的轉交原則是禁止的，同時實務多數意見（BGHSt 18,369）也認為，辯護人對彌封的卷宗部分有保密義務，這也同時顯現在「刑事程序和罰鍰程序注意要點（RiStBV）」第 213 點將保密義務延伸到禁止轉交卷宗副本給被告的規定上。Schmoll, Videovernehmung kindlicher Opfer im Strafprozeß – Verfahrens- und verfassungsrechtliche Lösungen auf der Grundlage des Zeugenschutzgesetzes, 1999, S. 129. 有學者建議，基於法院的觀點，辯護人有一個一般性的義務，即不能將錄影帶備份轉交給無權的第三人或被告。Mildenberger, Schutz kindlicher Zeugen im Strafverfahren durch audiovisuelle Medien, 1995, S. 143. 轉引自 Schmoll, Videovernehmung kindlicher Opfer im Strafprozeß – Verfahrens- und verfassungsrechtliche Lösungen auf der Grundlage des Zeugenschutzgesetzes, 2001, S. 129. 但亦有認為，除非是密封文件或刑法上已禁止，其餘只要不存在濫用危險（不是指一般性的危險，而必須是基於具體的指摘）者，都應准許將錄影帶備份轉交給被告，畢竟基於辯護人的義務，應該要使被告獲知廣泛的訊息。Schutz kindlicher Zeugen im Strafverfahren durch audiovisuelle Medien, 1995, S. 143. 轉引自 Schmoll, Videovernehmung kindlicher Opfer im Strafprozeß – Verfahrens- und verfassungsrechtliche Lösungen auf der Grundlage des Zeugenschutzgesetzes, 1999, S. 130.

另外，還可以參考德國舊的律師倫理規範（現行德國律師職業規則的前身，於 1987 年被宣告違憲）第 15 條第 2 項，其規定卷宗之繕本或影本或副本，原則上得交付與委託人，對於「非有權檢閱之第三者」不得交付之；律師在決定是否交付及其範圍時，應注意案件整體情形及訴訟目的。第 16 條規定如果有交付受限制的規定時，律師應注意該限制。Lingenberg/Hummel/Zuch/Eich, Kommentar zur den Grundsätzen des anwaltlichen Standesrechts, 2.Aufl., 1988, S. 217,222.

⁴³⁶ 本條未明確規定有權在場者究竟有誰。所以還是必須依照訊問主體來看，被告和其辯護人只有在依據同法第 168c 條第 2 項及第 223 條的法官訊問時，才可在場。轉引自 Schmoll, Videovernehmung kindlicher Opfer im Strafprozeß – Verfahrens- und verfassungsrechtliche Lösungen auf der Grundlage des Zeugenschutzgesetzes, 1999, S. 132.

的利益有重大不利的急迫危險，且無法以其他方式排除」時，法官應將有權在場者從訊問中分離（第 168e 條第 1 句）；但是為了保障被排除者的參與權（尤其是發問權），該訊問的影像和聲音會以同步轉播方式呈現（第 168e 條第 2 句、第 3 句）；且依第 168e 條第 4 句，此同步訊問可以以影音方式記錄，但在兒童證人的同步訊問應一律予以錄影，以避免受害人多次受訊問⁴³⁷。

至於證人的影音記錄在審判中的使用，依據第 255a 條，將準用訊問筆錄的方式處理：在第 255a 條第 1 項中，是否能在審判程序中播放錄影帶的前提要件及限制必須根據同法第 251 條⁴³⁸、第 252 條⁴³⁹、第 253 條⁴⁴⁰及第 255 條⁴⁴¹的規定；第 255a 條第 2 項則針對因違反性自主權（《刑法典》第 174 條至第 184g 條）或侵犯生命（《刑法典》第 211 條至第 222 條）等犯罪行為或遭監護人虐待（《刑法典》第 225 條）等罪的 16 歲以下被害人，就其先前所受法官訊問而製作之錄影帶，如果被告及其辯護人曾有機會參與該訊問⁴⁴²，則可以播放先前法官詢問的錄音（影）代替對該證人的訊問（第 255a 條第 2 項第 1 句），而如果在審判程序播放錄影帶後，顯現出新的事實且證人對此尚未陳述，則允許補充訊問⁴⁴³（第 255a 條第 2 項第 2 句）。

⁴³⁷ Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 53. Aufl., 2010, § 168e Rn. 9.

⁴³⁸ 第 251 條第 1 項包括「非法官訊問」及「法官訊問」記錄的規定，允許在「若被告有辯護人，而檢察官、辯護人和被告皆同意」、「若證人、鑑定人、或共同被告已死，或出於其他原因，於可預見之期間內不能由法院訊問」、「該書面或文書係用於證明財產損害之存否或額度者」的情形下朗讀證人筆錄；第 251 條第 2 項則專指「法官訊問」，允許在「證人、鑑定人、或共同被告因疾病、衰弱、或其他無法排除之障礙，致於一段相對長之期間或不確定期間，不能出席審判程序者」、「證人或鑑定人身在遠方，考量其證言之重要性，不能期待其出席審判程序者」、「檢察官、辯護人和被告皆同意朗讀者」的情形下朗讀證人筆錄。是否朗讀將由法院決定（本條第 4 項第 1 句）。

⁴³⁹ 第 252 條規定，若證人在審判程序才行使拒絕證言權，則不得朗讀審判程序之前訊問證人所得證言。

⁴⁴⁰ 第 253 條並非一完全替代證人直接訊問的規定，而是在證人有出庭但「對於某事實已不復記憶」，為了幫助其回復記憶而朗讀先前筆錄（本條第 1 項）；或是為了消除其先前和現在訊問前後不一致的情形而朗讀（本條第 2 項）。

⁴⁴¹ 第 255 條則規定，第 253 條與第 254 條之情形，依檢察官或被告之請求，應記明朗讀事由於審判筆錄。

⁴⁴² Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 53. Aufl., 2010, § 255a Rn. 8a.

⁴⁴³ Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 53. Aufl., 2010, § 255a Rn. 10.

第二項 第二期立法－《2004年被害人權利改革法》

指的是基於《2004年被害人權利改革法（Opferrechtsreformgesetz）》所為之條文增修。第二期條文適用於2004年9月1日至2007年12月31日間。

第一款 立法背景

基於基本法的憲法層級要求，國家機關在刑事案件中的義務，不只是發現真實，使嫌疑人有受公平審判的機會，還要保護、促進被害人的基本權有實現的可能；因此從國家基本權的保護義務出發，CDU⁴⁴⁴/CSU⁴⁴⁵黨團版草案的目的，在使被害人的角色由「單純的證據方法」演變至「有同等權利的程序參與者」，被害人地位因此得以提高，其提出三個層面的保護：1 對特別是暴力犯罪或其他犯罪的被害人可能產生的巨大且長期的心理傷害，要求加強程序中的一般人格權保護。2 加強被害人本身主動參與程序的某些權利。3 加強被害人受法律保護的利益核心範圍並就此提供合理的程序資源⁴⁴⁶。其中，在第1個層面就包括了「禁止透過閱卷權方式交出未經被害人同意的陳述錄音錄影記錄」⁴⁴⁷；而之後由SPD⁴⁴⁸/BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN⁴⁴⁹黨團聯盟所提出的另一版本的草案，其沿續自1986年起對被害人權利保護的根本性立法的「被害人保護法（Opferschutzgesetz）」，亦強調加強保護被害人在刑事程序中的利益⁴⁵⁰，但反對CDU/CSU黨團所提出的模式，主張可以將複製本交給「有卷宗審閱權者」而不需要（兒童）證人之同意，除非證人有明確的反對；至於以往實務常限制「只能在刑事訴究機關辦公室閱卷」，但這樣的做法忽略了「現實上空閒不足」的問題，對於資料濫用的預防，只

⁴⁴⁴ CDU=Christlich Demokratische Union Deutschlands（基督教民主聯盟）

⁴⁴⁵ CSU=Christian Social Union of Bavaria（基督教社會聯盟）

⁴⁴⁶ BT-Dr 15/814, S.1-2.

⁴⁴⁷ BT-Dr 15/814, S.2.

⁴⁴⁸ SPD= Sozialdemokratische Partei Deutschlands（社會民主黨）

⁴⁴⁹ BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN=90 聯盟/綠黨

⁴⁵⁰ BT-Dr 15/1976, S.1.

要透過統一複製、由卷宗單位交付及對複製的保護等措施，即可避免可能造成的利益損害⁴⁵¹。

第二款 條文規定

本法案中對於條文的修正，與偵查中錄音錄影相關者，為對第 58a 條原第 2 項第 2 句的補充及新增 58a 條原第 2 項第 3 句到第 6 句，並增加第 3 項。新的第 58a 條第 2 項，並不採取禁止複製影音記錄的方式，這是因為顧及錄影帶在刑事程序及其它程序上的廣泛應用，禁止複製無法保護證人，而且還將嚴重影響辯護人的權限和利益⁴⁵²，因此，除非證人明確反對，否則可逕行將錄影的複製品交給有閱卷權之人，此時閱卷權相關規定仍準用（第 58a 條第 2 項第 3 句），但不得再複製與再轉交⁴⁵³（第 58a 條第 2 項第 4 句），而當使用的合法利益不存在時應即交還給檢察官（第 58a 條第 2 項第 5 句），如交付複製品並非基於同條第 2 項第 1 句的用途，還必須得到證人同意（第 58a 條第 2 項第 6 句）。

而如果證人對於交付複製品表示異議，則只能以錄音（影）的筆錄代為交付（第 58a 條第 3 項第 1 句），製作筆錄者也必須簽名以確認筆錄的正確性（第 58a 條第 3 項第 2 句）。此時，對於影音記錄的審閱權，將被定位成**檢視證據**，也就是只能在司法機關內檢閱（或是其它未取消官方保留證據的空間）⁴⁵⁴，其將受到第 147 條第 2 項的閱卷權限制—除非偵查已終結，或有

⁴⁵¹ BT-Dr 15/1976, S.10.此提議在 2000 年第 14 會期時，參議院版本的草案就已提出，BT-Dr 14/4661, S.1,7,10,11.

⁴⁵² BT-Dr 13/7165, S.7.

⁴⁵³ 在本句修正公布後，是否可以再轉交給被告（律師的委託人）？現多認為依照本條，辯護人應無權將副本轉交給被告。Löwe Rosenberg Kommentar, 26.Aufl., 2008, § 58a Rn. 38. ; Beck'scher Online-Kommentar, 2011, § 58a Rn. 19. ; Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 53.Aufl., 2010, § 58a Rn. 13.另外，參考德國律師職業規則（Berufsordnung für Rechtsanwälte，簡稱 BORA）第 19 條第 2 項，允許將副本交給委託人（即被告），但如果有法令或合法發布的規則，對於其轉讓有所限制時，辯護人在轉交給委託人或第三人時應注意。Hatung, Anwaltliche Berufsordnung, 3. Aufl., 2006, S. 337.

拙見以為，或可以此解釋刑事訴訟法第 58a 條第 2 項第 4 句。又，在 2000 年 1 月 1 日後（BGBl. I S. 1253），增訂了第 147 條第 7 項及第 406e 條第 5 項，使得無辯護人的被告和被害人本身在一定條件下也可以享有閱卷權。

⁴⁵⁴ Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 53.Aufl., 2010, § 147 Rn. 19.

第 147 條第 3 項的情形；在第 406e 條的情形，還必須考慮另一個拒絕閱卷的因素，此時被訊問者的利益優於有閱卷權的被害人，除非被害人和受訊問者是同一人⁴⁵⁵（第 406e 條第 2 項第 1 句、第 58a 條第 3 項第 3 句）。

第三項 第三期立法—《通訊監察及其它秘密偵查措施及其方針轉換的新規定》

指的是基於《通訊監察及其它秘密偵查措施及其方針轉換的新規定（Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG）》所為之條文增修。第三期條文適用於 2008 年 1 月 1 日至 2009 年 9 月 30 日間。

第一款 立法背景

德國政府其實很早就宣稱要建立一個「刑事程序中秘密偵查方法的一致性體系」，為了使相應的規範有堅實的基礎（刑事程序的實際需要及法學上的討論基礎），德國政府參考了學術和實務的意見，而檢察系統和警察系統的實務報告也就此做出了貢獻。綜合上述所得出的理解，證實了改革的需求，特別是在通訊監察的範圍，就技術上的新規定及在現行法律下刑事訴究實務上的困境⁴⁵⁶。

《通訊監察及其它秘密偵查措施及其方針轉換的新規定》的解決方式係，在維護既定的法律體系下，使「程序合法性的前提」和「秘密的刑事偵查措施的基本權保護的提高」能達到一致⁴⁵⁷。近來「秘密的偵查措施」和「傳統刑事訴究機關公開的偵查措施」相較，更能對付「金融交易」和「商業犯罪」等隱密性犯罪，以及藉由「現代通訊技術保護」下的犯罪。因此，應該

⁴⁵⁵ Löwe Rosenberg Kommentar, 26.Aufl., 2008, § 58a Rn. 35.

⁴⁵⁶ BT-Dr 16/5846, S.1.

⁴⁵⁷ BT-Dr 16/5846, S.2.

要有一套總體性及準則性的規定，以改良「與措施相關人的權利」及「規範在實務操作上的實踐性」⁴⁵⁸。而依照聯邦憲法法院的判決，所有「有侵犯基本權取向」的秘密偵查措施，都必須要提供基本權保護的程序規定⁴⁵⁹，包括對從秘密偵查取得的資訊，當不存在對「刑事追訴的目的」或「保護法院權利的可能」有任何必要時，必須消除該資訊⁴⁶⁰。而就偵訊的影音記錄而言，在受訊問者同意的情形下，並無法依前述法理導出「銷毀義務」；而在同法第 168a 條第 2 項第 4 句規定，暫時的影音記錄在有既判力的程序完成後得銷毀—但這係針對「暫時性」的影音記錄規定，且並非強制，然而在程序結束後，濫用的危險仍然可能發生，比起前述的暫時影音記錄，「無限期的保存」表現出對基本權的獨立侵害，以及「保存未經他人同意的訊問影音記錄」可能造成的個人性侵害，皆遠大於前述的暫時影音記錄，所以應該要準用第 100 條第 6 項（現行法條號為 101 條第 8 項）的銷毀規定⁴⁶¹。

第二款 條文規定

本法案中對於條文的修正，與偵查中錄音錄影相關者，僅就第 58a 條第 2 項第 2 句中的條號修改，即將「第 100b 條第 6 項」改為「第 101 條第 8 項」。原先「第 100b 條第 6 項」的內容，和法案通過後的「第 101 條第 8 項」的內容十分接近。原先的「第 100b 條第 6 項」係規定，就秘密偵查所得資訊，當對刑事訴究已無必要時，必須在檢察官監視下立即被消除，且該消除應做記錄⁴⁶²；而法案通過後的「第 101 條第 8 項」，已不再要求在檢察官在場監視下才可消除，減輕了檢察官的負擔⁴⁶³，也增加了除了「對刑事訴

⁴⁵⁸ BT-Dr 16/5846, S.2.

⁴⁵⁹ BT-Dr 16/5846, S.3.

⁴⁶⁰ BT-Dr 16/5846, S.3.

⁴⁶¹ Schmoll, Videovernehmung kindlicher Opfer im Strafprozeß – Verfahrens- und verfassungsrechtliche Lösungen auf der Grundlage des Zeugenschutzgesetzes, 1999, S. 123.

⁴⁶² Joecks, Strafprozessordnung-Studienkommentar-, 2006, S. 194. 法案通過後的第 100b 條第 6 項，內容更改為要求州和聯邦總檢察長向聯邦司法局報告之後預計將採取第 100a 條措施之情形。前揭註，S.48.

⁴⁶³ BT-Dr 16/3827, S.20.

究目的而言不再需要」外的另一個消除原因－「不存在法院對措施的審查可能」(第 101 條第 8 項第 1 句)，而如基於「法院對措施的審查可能」而保留該資訊時，可以不經「與措施相關者的同意」而使用，但該資料必須被封鎖(第 101 條第 8 項第 3 句)。

第四項 第四期立法－《2009 年第 2 次被害人權利改革法》

指的是基於《2009 年第 2 次被害人權利改革法 (2.Opferrechtsreformgesetz)》所為之條文增修。第四期條文適用於 2009 年 10 月 1 日迄今。

第一款 立法背景

本法案就內容而言，是承接《1986 年證人保護法 (Opferschutzgesetz)》⁴⁶⁴。其認為，依「憲法位階的基本法」所賦予國家機關的義務，除了對「犯罪行為的說明」及「有(無)罪責的被告享有公平審判程序的規定」外，還包括建立「對犯罪被害人的保護」及「對其利益的重視」，尤其是在被視為有「特別需要保護利益」的弱勢族群，如「**兒童或少年被害人**」及「**某些成年被害人(如性犯罪或重度暴力犯罪)**」⁴⁶⁵。為了達到上述目標，法案提出三個改善的主要面向：1 在「**程序參與權**」部分，簡化「附帶起訴」及「律師指定(委任)的要求」規定，增加制度使用的友善性，並加強被害人和證人在程序中的資訊權。2 **提高被害人和證人的法定保護年齡**，因應國際間條

⁴⁶⁴ BT-Dr 16/13671, S.2.

⁴⁶⁵ BT-Dr 16/12812, S.1.

約的規定⁴⁶⁶，由十六歲提高到十八歲⁴⁶⁷。3 警察訊問證人的明確化規定（準用證人錄音錄影規定）以及允許證人在特定情形下可以不告知其住所地，以這樣的保護促使完整且真實的證言⁴⁶⁸。

第二款 條文規定

本法案中就條文的修正，與偵查中錄音錄影相關者，區分為以下四部分：1 第 58a 條第 1 項第 1 句的適用年齡改為 **18 歲**以下，此係因應國際條約的規定情形⁴⁶⁹，且也合乎實際—因為在刑事程序中，就所感到的負擔而言，16 歲和 15 歲的區別並無實益，法條修正後，使得 16 歲和 17 歲者都可以享有此權利，提高被害人的保護年齡範圍⁴⁷⁰；而因應此保護年齡的改變，第 255a 條第 2 項第 1 句的年齡也修正成 18 歲⁴⁷¹。2 考慮到實務上對證人的訊問以司法警察占大多數，故此種對證人的保護規定，警察也應該注意⁴⁷²，

⁴⁶⁶ 例如：聯合國兒童權利公約（UN-Kinderrechtskonvention）第 1 條就兒童所為的定義為未滿 18 歲之人、歐盟一些關於兒童權利的刑法框架決議，像 2003 年 12 月 22 日就「防治兒童性剝削和兒童色情（Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie）」所為之框架決議（2004/68/JI）或 2002 年 7 月 19 日就「防治人口販賣（Bekämpfung des Menschenhandels）」所為之框架決議（2002/629/JI）中，在程序法上的保護規定部分，都以 18 歲為保護年齡的界線。BT-Dr 16/12098, S.41.

⁴⁶⁷ 亦有認為此法定保護年齡的提高還與時效有關。依德國刑法第 78 條 b，當至少有一個被告是同法第 225 條的行為人（如：父母、監護人、保護人、照顧人）且犯刑法第 174 條到 174 條 c（第 174 條「性侵害所保護之人」、第 174 條 a「性侵害被拘留者等」、第 174 條 b「職務性侵害」、第 174 條 c「性侵害有醫療、幫助之需要者」）、第 176 條到第 179 條（第 176 條「性侵害兒童」、第 176 條 a「加重性侵害兒童」、第 176 條 b「性侵害致死」、第 177 條「強制性交」、第 178 條「強制性交及致死死亡結果」、第 179 條「性侵害不能抵抗之人」）和第 225 條（「虐待受保護之人」）及之後的第 224 條（「使用武器或毒藥等的身體傷害」）和第 226 條（「重傷害」），如此犯行之被害人年齡在 18 歲以下，則十年的時效從被害人滿 18 歲以後起算。之所以這樣規定是因為考量到，在未滿 18 歲前，因為家庭生活聯繫的因素，被害人提出告發的可能性不高。

2. Opferrechtsreformgesetz vom Bundestag beschlossen, NJW – Spezial 2009 Heft 15, S.490.

⁴⁶⁸ BT-Dr 16/12812, S.1-2. ; BT-Dr 16/13671, S.2.

⁴⁶⁹ BT-Dr 16/12098. S.10,41.

⁴⁷⁰ BT-Dr 16/12098. S.10,41.

⁴⁷¹ BT-Dr 16/12098. S. 8,40-41.

⁴⁷² BT-Dr 16/12098. S. 10.

因此明文規定準用⁴⁷³（規定於第 163 條第 3 項）；而配合此項準用，為不使其成為警察訊問的常態，特於第 58a 條第 1 項第 1 句後段加入「有值得保護的利益」的限制⁴⁷⁴。3 在第 147 條閱卷權的規定部分，第 5 項中關於「駁回卷宗閱覽」的「裁定法院」，為了與 2007 年 12 月 21 日的「通訊監察及其它臥底偵查措施及其方針轉換的新規定（Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG）」而新增的第 162 條⁴⁷⁵一致，從原本的「依據 161a 條第 3 項第 2 到第 4 句」改為「依據第 162 條有管轄權的法院⁴⁷⁶」；然因第 162 條未有如原先 161 a 條第 3 項第 3 句的準用上訴條文，故將該些準用條文列為 147 條第 5 項第 3 句⁴⁷⁷。4 就被害人的閱卷權規定，第 406e 條第 2 項中關於「附屬訴訟人（Nebenkläger）」的閱卷權可否因「危害調查目的」而拒卻的規定並不清楚，因此將「原條文的第 2 句」拆成現行法的「第 2 句」和「第 3 句（規定「附屬訴訟人」的閱卷權）」：在偵查結束之前，「附屬訴訟人」的閱卷權和被害人同，可以因危害調查目的、更值得保護的被告利益、顯著的程序遲延而拒卻；但在起訴後，身為程序參與者，其利益的實現應和被告等同視之，享有無條件限制的閱卷權⁴⁷⁸；另外，同樣基於第 161a 條第 3 項的修定，第 406e 條的第 4 項第 2 句從「依據 161a 條第 3 項第 2 到第 4 句」改為「依據第 162 條有管轄權的法院」；亦將原先準用的上訴條文列為第 406e 條第 4 項第 3 句；第 406e 條第 4 項第 4 句則透過偵查結束後上訴機制的給予，適當彌補被害

⁴⁷³ 在此之前，法官訊問可直接適用第 58a 條，檢察官訊問則依第 161a 條第 1 項第 2 句準用第 58a 條。BT-Dr 15/1976,S.10. 但第 58a 條的「訊問」是否包括警察訊問？實值得懷疑。這不止是因爲（當時的）刑事訴訟法第 163a 條第 5 項未有準用的規定，而是因爲警察無法強制證人到場及陳述，因此，要錄音錄影必須要得到證人同意才可爲之，故 58a 條對警察而言只有準則的性質。Swoboda, Videotechnik im Strafverfahren, Duncker und Humblot, 2002, S.375.

⁴⁷⁴ BT-Dr 16/12098, S.12.

⁴⁷⁵ 第 162 條規定，如檢察官署認爲有必要採行「法官調查措施」者，應向其轄區所在之地方法院或當地負責受理之分院聲請。

⁴⁷⁶ BT-Dr 16/12098, S.21.

⁴⁷⁷ BT-Dr 16/12098, S.21.

⁴⁷⁸ BT-Dr 16/12098, S.35.

人的閱卷權利益⁴⁷⁹。

第五項 小結

德國對證人偵訊中的錄音錄影規定，係以「證人保護」為出發點，以刑事訴訟法第 58a 條為中心，搭配訊問時在場權、閱卷權及審判中代替證人陳述等條文，經過四個時期的變更，不僅擴大了可適用的主體，也對於此等影音記錄的複製、轉交作出更明確、詳細的規範，構築出完整的規範體系。

第二節 美國法規定

第一項 立法背景說明

基於「受害者學」的持續性發展，在美國，80 年代的刑事改革中心在於兒童（青少年）犯罪譴責的體現上，希望就「日漸上升的性濫用案件」及「兒童或青少年被害者在刑事程序中的顯著負擔」加以改善。就後者而言，其負擔的來源係出於「傳聞證據的禁止」，在考慮有**第六修正案（the sixth amendment）**為基礎的「被告對質詰問權」的保障下，證人於「審判外的陳述」只有在特殊情形才會被例外允許⁴⁸⁰；而從相關的實證研究也顯示出，就「兒童或青少年的被害人」而言，現行的刑事司法系統並不適合他們，他們在其中易感到不被信任，因而造成二度傷害，法庭的環境對於兒童的陳述有不利效果⁴⁸¹，與成年人相較，兒童對於法庭環境的適應能力較弱，無法迅速且良好的適應⁴⁸²，至於「非被害人」的兒童或青少年證人，雖然不用經歷和曾傷害自己的被告面對面所造成的壓力，但還是有可能因為陌生的法庭環境而不自在，因此，有必要設計出一套特別的措施，使兒童或青少年在陳述

⁴⁷⁹ BT-Dr 16/12098, S.35.

⁴⁸⁰ Jost, Kind- und jugendliche Opfer sexuellen Missbrauchs als Zeugen im Strafverfahren, 2006, S. 121.

⁴⁸¹ Paula E./Samuel M. Hill, Videotaping Children's Testimony: An Empirical View, 85 Mich. L. Rev. 809, at 810,816 (1987) .

⁴⁸² Paula E./Samuel M. Hill, Videotaping Children's Testimony: An Empirical View, 85 Mich. L. Rev. 809, at 812.

時能更完整、精確⁴⁸³。至於「成年被害人」的部分，尤其是有**心智障礙**或有**發育障礙**的情形，是否也有制定特別規定的必要？有研究顯示，雖然成年人對於犯罪最為恐懼，但成為受害者的比例最低⁴⁸⁴，故欠缺有力的實證研究以彰顯特殊規定的必要性⁴⁸⁵。

承上所述，爲了減輕兒童或青少年在刑事程序中所感覺到的負擔，並且保障被害人的聲音有機會在審判中被聽見，有建議採取使用「錄影帶證言」代替當庭陳述的方式，讓兒童或青少年被害人有機會不用在審判中出現，以此減少其陳述的恐懼感⁴⁸⁶，且可以採取比較輕鬆的面談（interview）方式⁴⁸⁷，以緩和陳述時的壓力；而且在偵查中也不用就相同（似）問題對不同的負責單位多次陳述⁴⁸⁸；更可以避免被害人嗣後動輒撤回告訴⁴⁸⁹。該錄影資料也可以純粹做爲當有質疑兒童或青少年證言可信性時的佐證⁴⁹⁰，或做爲喚醒被害證人記憶的工具，以免被害證人因事發到審判的時間隔太久而遺忘案情⁴⁹¹；

⁴⁸³ Paula E./Samuel M. Hill, Videotaping Children's Testimony: An Empirical View, 85 Mich. L. Rev. 809, at 817.

⁴⁸⁴ ATTORNEY GENERAL'S TASK FORCE ON CRIMES AND THE ELDERLY: FINAL REPORT AT 6 (1989), at 8-15. 轉引自 Glenn F. Lang, TO SEE OR NOT TO SEE THE DEFENDANT: EXPANDING THE USE OF FLORIDA'S SPECIAL PROCEDURES FOR TAKING THE TESTIMONY OF WITNESSES, 18 Fla. St. U.L. Rev. 321, at 364 (1991).

⁴⁸⁵ Glenn F. Lang, TO SEE OR NOT TO SEE THE DEFENDANT: EXPANDING THE USE OF FLORIDA'S SPECIAL PROCEDURES FOR TAKING THE TESTIMONY OF WITNESSES, 18 Fla. St. U.L. Rev. 321, at 364 (1991).

⁴⁸⁶ Judy Cashmore, The Use of Video Technology for Child Witnesses, Monash University Law Review, Vol. 16, No. 2 (1990), at 235.

⁴⁸⁷ Jean Montoya, SOMETHING NOT SO FUNNY HAPPENED ON THE WAY TO CONVICTION: THE PRETRIAL INTERROGATION OF CHILD WITNESSES, 35 Ariz. L. Rev. 927, at 944 (1993).

⁴⁸⁸ KEE MacFARLANE, Diagnostic Evaluations and the Use of Videotapes in Child Sexual Abuse Cases, 40 U. Miami L. Rev. 135, at 136-138 (1985).

⁴⁸⁹ KEE MacFARLANE, Diagnostic Evaluations and the Use of Videotapes in Child Sexual Abuse Cases, 40 U. Miami L. Rev. 135, at 141-142, 145-146.

⁴⁹⁰ Conversation with Ken Freeman, Deputy District Attorney, Los Angeles, Cal. (June 1983). 轉引自 KEE MacFARLANE, Diagnostic Evaluations and the Use of Videotapes in Child Sexual Abuse Cases, 40 U. Miami L. Rev. 135, at 144.

⁴⁹¹ Brainerd, C. & Ornstein, P. A. (1991) Children's memory for witnessed events. In J. Doris (Ed.) The Suggestibility of Children's recollections. Washington DC: APA Press. 轉引自 Judy Cashmore, The Use of Video Technology for Child Witnesses, Monash University Law Review Vol. 16, No. 2 (1990), at 238.

對於被害人治療上也能有所幫助⁴⁹²。

由於美國的法律系統比較特別，聯邦政府和州政府都有權頒布在其立法權所及之區域內所適用的刑法典，也都有權通過其各自的刑事司法程序來執行法律。在刑事程序的部分，統一規定的必要性並不存在—不同於商事法領域，刑事程序規定的不一致並不會影響各州的對外發展，且囿於各州在法律適用的行政環境上差異，這些因素都造成了刑事訴訟法的「個體化」現象；不過，由於各州的立法者皆繼受於英國普通法，並且多會參考在其它地區已成功實行的程序規定，所以在某程度上，上開個體化的因素會被抵銷，是故大約有一半的州刑事訴訟規則是參考聯邦刑事訴訟規則，差異僅在於借鑑或修正的多寡⁴⁹³。因此，以下將分別介紹聯邦和州的相關規定。

第二項 州法規定

至 1996 年為止，以法律明定承認偵訊中「錄影帶陳述」可作為審判中依據的州有 35 個⁴⁹⁴，但各州的規定並非完全相同，大致歸納各州的規定模式如下：

第一款 適用主體

主要是兒童或青少年，但各州所採之年齡並不一致⁴⁹⁵，但必須是特定犯

⁴⁹² KEE MacFARLANE, Diagnostic Evaluations and the Use of Videotapes in Child Sexual Abuse Cases, 40 U. Miami L. Rev.135, at 139-140 (1985)。

⁴⁹³ 刑事訴訟法（上冊），Wayne R. LaFave/ Jerold H. Israel/ Nancy J. King 原著，卞建林、沙麗金等譯，中國政法大學出版社，2003 年，頁 4-7。

⁴⁹⁴ U.S.Department of Justice, Office of Justice Programs, Officer for Victims of Crime, New Directions from the Field:Victims Rights and Services for the 21st Century, Chapter 17: Child Victims, Section 5:New Directions for Child Victims, Washington, D.C.,2000,p.388.
http://www.ncjrs.gov/ovc_archives/directions/pdf/txt/chap17.pdf（最後瀏覽日期：2011 年 4 月 24 日）此為所查閱資料中最新的數據。

⁴⁹⁵ 有以 12 歲為上限者，如：Michie's Kentucky Revised Statutes Annotated §421.350(1)；New York Criminal Procedure Law §190.32 1(a)。有以 13 歲為上限者，如：Texas Code Criminal Procedure §38.071 Sec.1。有以 14 歲為上限者，如：Indiana Code §35-37-4-6(c)(1)。有以 15 歲為上限者，如：California Penal Code §1346(a)；Colorado Revised Statutes §18-3-413(1)。有以 16 歲為上限者，如：Florida Statutes §92.53(1)；New Mexico Statutes Annotated §30-9-17 A；Michigan Compiled Laws Annotated §600.2163a.(1)(d)(i)。有以 18 歲為上限者，如：Iowa Code §915.38 1。

罪⁴⁹⁶的被害人，惟有認為，當法院認為年幼的證人將因將面對被告公開作證，而產生不良的反應以致於影響其作證能力時⁴⁹⁷，亦不限於被害證人。而對於成年人的部分，對其有為特殊規定的州，多半會加上本身有「心智遲緩（障礙）」的限制要件⁴⁹⁸，有的還要求必須上開有「心智遲緩（障礙）」的證人，將於面對被告公開作證時承受一定程度的情緒或心理傷害時⁴⁹⁹，才包括在內。

第二款 適用情形

首先，就對上開被害人或證人是否採取錄影措施，有「依聲請」和「法院職權決定」兩種方式：就前者而言，各州對於聲請主體的規定並不一致，但大抵不超出檢察官⁵⁰⁰、被告律師⁵⁰¹、被告⁵⁰²、證人或被害人本身⁵⁰³、證人或被害人的律師⁵⁰⁴以及證人或被害人的監護人⁵⁰⁵，其中又以檢察官較多見；在

⁴⁹⁶ 有做此限定的州法，觀其所列舉之罪名，共同特色是都包含「性攻擊（侵害）」的犯罪，許多州也將「毆打」、「虐待」、「綁架」、「亂倫」、「謀殺」等罪名納入其中。相關規定可參照：California Penal Code §1346(a)；Colorado Revised Statutes §18-3-413(1)；Indiana Code §35-37-4-6 (a)；New Mexico Statutes Annotated §30-9-17 A；Texas Code Criminal Procedure §38.071 Sec.1；Michigan Compiled Laws Annotated §600.2163a.(2)等。

⁴⁹⁷ 如：Iowa Code §915.38 1.；Florida Statutes §92.53(1).

⁴⁹⁸ 如：California Penal Code §1346(a)；Michigan Compiled Laws Annotated §600.2163a.(1)(d)(ii).

⁴⁹⁹ 如：Florida Statutes §92.53(1).

⁵⁰⁰ 如：California Penal Code §1347(b)；Colorado Revised Statutes §18-3-413(1)；Florida Statutes §92.53(2)(d)；Indiana Code §35-37-4-8 (d)；Iowa Code §915.38 1；New Mexico Statutes Annotated §30-9-17 A；South Dakota Codified Laws §23A-12-9；Michie's Kentucky Revised Annotated §421.350(3)；New York Annotated §190.32 2.,3.

⁵⁰¹ 如：Michie's Kentucky Revised Annotated §421.350(3)；Florida Statutes §92.53(2)(d)；South Dakota Codified Laws §23A-12-9；Iowa Code §915.38 1.

⁵⁰² 如：Florida Statutes §92.53(2)(d)；Iowa Code §915.38 1；Indiana Code §35-37-4-8 (d).

⁵⁰³ 如：Florida Statutes §92.53(2)(a).

⁵⁰⁴ 如：Florida Statutes §92.53(2)(a)；Michie's Kentucky Revised Annotated §421.350(3).

⁵⁰⁵ 如：Florida Statutes §92.53(2)(a).

聲請方式部分，有特別要求以書面方式呈現⁵⁰⁶，有的要求要在3天前呈遞⁵⁰⁷，或甚至要求必須通知被告⁵⁰⁸。就後者而言，則允許法官可自為職權決定⁵⁰⁹。再者，就錄影證言的**型態要求**，有的要求特定人主持⁵¹⁰，有的要求在特定的場所進行⁵¹¹，但也有只限法庭外的規定⁵¹²；也有允許一定關係之人⁵¹³在錄影現場的「在場權」規定，更賦予特定人在錄影現場向陳述者提問的權利⁵¹⁴，而為了避免突襲，與本案有一定關係之人得以在該錄影帶進入法庭前加以檢視⁵¹⁵。最後，有要求必須將該錄影帶傳送至該案所屬法院的書記官處⁵¹⁶。另

⁵⁰⁶ 如：California Penal Code §1346(b)；Colorado Revised Statutes §18-3-413(2)；South Dakota Codified Laws §23A-12-9；New York Annotated §190.32 3.

⁵⁰⁷ 如：California Penal Code §1346(b)；Colorado Revised Statutes §18-3-413(2)；South Dakota Codified Laws §23A-12-9.

⁵⁰⁸ 如：Colorado Revised Statutes §18-3-413(2)；New Mexico Statutes Annotated §30-9-17 A.

⁵⁰⁹ 如：Florida Statutes §92.53(2)(b)；Iowa Code §915.38 1；Michigan Compiled Laws Annotated §600.2163a.(1)(a).

⁵¹⁰ 通常是法官或由法官指定，如：Florida Statutes §92.53(3).

⁵¹¹ 如在法官的會議室內，參照 New Mexico Statutes Annotated §30-9-17 A.

⁵¹² 只限於法庭外，但必須透過閉錄電式傳送至法庭，使法庭和陪審員得以觀看，如：Michie's Kentucky Revised Annotated §421.350(2)；Texas Code Criminal Procedure §38.071 Sec.3(a)；Iowa Code §915.38 1.可見與地點要求相比，州法規定似乎比較著重影音設備。

⁵¹³ 允許被告或被告律師在場，但只能使被告以**雙面鏡或其他方式**看到被害人或證人的作證情形，但被害人或證人無法聽或看到被告。如：Florida Statutes §92.53(2)(d)；允許法官、檢察官、被告律師、被告、操作器材人員及任何在場有助於證人或被害人陳述（或法院允許之人）者。如：Iowa Code §915.38 1（被告只能透過閉錄電視觀察作證情形，陳述者無法看到被告。）及 Indiana Code §35-37-4-8 (g)及 Motana Code Annotated §46-15-402(2)；允許法官、檢察官、被告律師、被告在場，如：New Mexico Statutes Annotated §30-9-17 A；允許法官、法院書記官、檢察官、被告律師，操作器材之必要人員及任何在場有助於證人或被害人陳述者，被告和其律師可以私下雙向溝通，但證人無法看到或聽到被告。如：Texas Code Criminal Procedure §38.071 Sec.4(a).

⁵¹⁴ Indiana Code §35-37-4-8 (h)中允許法官、檢察官、被告律師提問，被告只有沒有律師代表在場時可自為提問；Michie's Kentucky Revised Annotated §421.350(2)只允許律師在場及提問；Texas Code Criminal Procedure §38.071 Sec.3(a)只允許律師提問，被告和其律師可以私下雙向溝通；South Dakota Codified Laws §23A-12-9 則允許和審判時相同範圍和方式的質問。

⁵¹⁵ 如：California Penal Code §1346(f)中允許檢察官、被告和其律師檢視；Michie's Kentucky Revised Annotated §421.350(3)(d)允許任一造檢視；Michigan Compiled Laws Annotated §600.2163a.(8)允許被告或由其律師代表檢視；Texas Code Criminal Procedure §38.071 Sec.5(8)允許被告、被告律師和被告方的專家證人檢視。

⁵¹⁶ 有此規定者，如：California Penal Code §1346(c)；Colorado Revised Statutes §18-3-413(3)；South Dakota Codified Laws §23A-12-9.

外，對於該錄影資料的保管、銷毀⁵¹⁷，以及用途（包括複製、資訊揭露等）也都有規定⁵¹⁸。

如果要將上述的審判外證人的錄影證言做直接性的使用，有兩種主要的立法模式⁵¹⁹：第一種方式是將錄影帶視為「證人的前陳述」⁵²⁰，採取此一模式者，必須使被告先前有機會可以對該證人的陳述加以檢驗⁵²¹，有些州還會在錄影過程中提供被告（或辯方律師）詰問證人的機會⁵²²；另一種立法模式是將錄影陳述直接視為「代替證人的主詰問陳述」，這種立法模式同樣也會在錄影過程中提供被告詰問證人的機會⁵²³，有些還會特別強調如無其他特殊情形，證人不用再度出庭⁵²⁴。

第三項 聯邦法典第 18 編第 3509 條

在聯邦的部分，就對被害人及證人於審判前陳述的錄影，規定於《聯邦法典》⁵²⁵第 18 編第 3509 條「兒童被害人及兒童證人的權利」中，本條為《1990

⁵¹⁷ 如：California Penal Code §1346(g).

⁵¹⁸ 如：Michigan Compiled Laws Annotated §600.2163a.(11),(12)。考量到證人的利益及隱私權，限制散布錄影帶或錄影帶副本及複製、再造錄影帶，且有法院保護兒童隱私權的命令的適用。

⁵¹⁹ Paula E./Samuel M. Hill, Videotaping Children's Testimony: An Empirical View, 85 Mich. L. Rev. 809, at 822-823 (1987)。

⁵²⁰ 依美國聯邦證據法第 804 條第 b 項第 1 款，此種先前陳述為一陳述者無法以證人身分出庭時，不被傳聞法則排除的例外之一，只要是以證人身分在同一或不同程序中之聽審或依法在庭外所製成的筆錄，如因該證詞之提出而受不利益之當事人以有機會及相似動機，以直接、反對或直接詰問推敲該證詞者。Arthur Best 著，蔡秋明/蔡兆誠/郭乃嘉 譯，證據法入門 美國證據法評釋及實例解說，元照出版，2003 年 4 月初版 2 刷，頁 345。

⁵²¹ 如：California Penal Code §1346(d)；South Dakota Codified Laws §23A-12-9；Colorado Revised Statutes §18-3-413(4)；Florida Statutes §92.53(1)。上開條文必須搭配各州的證據法條文：California Evidence Code §1291(b)；South Dakota Codified Laws §19-16-30；Colorado Rules of Evidence §804(b)(1)；Florida Statutes §90.804(23),(24)。

⁵²² 如：South Dakota Codified Laws §23A-12-9。

⁵²³ 如：New Mexico Statutes Annotated §30-9-17 A；Wisconsin Statutes Annotated §967.04(8) (b) (5)；Michie's Kentucky Revised Annotated §421.350(2)；Texas Code Criminal Procedure §38.071 Sec.3(a)。

⁵²⁴ 如：Michie's Kentucky Revised Annotated §421.350(4)；Wisconsin Statutes Annotated §967.04(10)；Texas Code Criminal Procedure §38.071 Sec.6。

⁵²⁵ United States Code Annotated. 以下簡稱為 U.S.C.A.。

犯罪控制法案（the Crime Control Act of 1990）中的一部分。立法的動機在於，國會注意到兒童虐待及忽視的案件日漸增加，且國會認定大部分的案件將會經由州法院繼續下去，因此有必要跟上各州制定的新程序來處理上開問題，爲了達到此一目的，《聯邦法典第 18 編第 3509 條》提供了多種保護型態給被害兒童或是兒童證人⁵²⁶。以下，將僅就「錄影證言」的部分予以介紹。

第一款 適用主體

爲未滿 18 歲之「兒童」且（被認爲）是：肉體虐待⁵²⁷、性虐待⁵²⁸或性剝削⁵²⁹犯罪的被害人或他人犯罪的證人⁵³⁰。

第二款 適用情形

首先，就是否採取錄影措施而言，聯邦法典採取「聲請」制⁵³¹，並由法院做一初步調查，認定兒童將因恐懼或創傷而無法公開陳述受檢驗時⁵³²，法院可命以錄影方式保存及記錄兒童證言⁵³³。至於錄影進行的方式，必須要由審判的法官主持，且必須如同在審判中訊問一樣進行，可以允許檢察官、被告律師、兒童的律師或在第 h 項的指定監護人、操控錄影設備必需的人員、被告⁵³⁴及經法院認定其出席對兒童的安全及利益是有必要之人「在場」，被

⁵²⁶ Scott M. Smith, J.D., Validity, construction, and application of child victims' and child witnesses' rights statute (18 U.S.C.A. § 3509), 121 A.L.R. Fed. 631, §2.

⁵²⁷ 依 18 U.S.C.A 3509(a)(3),(4)，指的是對兒童爲割傷、骨折、燒傷、內傷、嚴重擦傷或其他嚴重的身體傷害等虐待行爲。

⁵²⁸ 依 18 U.S.C.A 3509(a)(8)，包括了雇用、使用、說服、引誘、誘使或強迫兒童從事，或幫助他人從事露骨的性行爲或強姦、性騷擾、賣淫或其他兒童的性剝削或亂倫。

⁵²⁹ 依 18 U.S.C. A3509(a)(6)，指的是兒童色情圖片（物品）或兒童賣淫。

⁵³⁰ 18 U.S.C.A 3509(a)(2)(B).

⁵³¹ 18 U.S.C. A 3509(b)(2)(A).聲請主體包括：檢察官、兒童的律師、兒童的父母或法定監護人，或在本條第 h 項的指定監護人。

⁵³² 18 U.S.C.A 3509(b)(2)(B)(i).

⁵³³ 18 U.S.C.A 3509(b)(2)(B)(ii).

⁵³⁴ 18 U.S.C.A 3509(b)(2)(B) (iv).但若因爲被告在場而使兒童無法陳述，法院可以要求其退出兒童所在之房間，但必須安排雙向的閉路電視轉播，使被告可以知悉兒童的作證情形，也應提供被告

告享有與審判時相當的權利：包括律師權、與不利自己的證人面對面的權利及交互詰問該兒童的權利⁵³⁵。此外，該錄影帶應該傳送給該案所屬法院的書記官，且在程序開始前必須使檢察官、被告和被告律師得以檢視⁵³⁶。而為了保障「兒童的隱私權」，聯邦規則允許法院附加一個保護兒童隱私權的命令⁵³⁷，所有相關兒童姓名或隱私的資訊，有參與該案件之人，包括政府相關人員（法官、執法機關人員、協助人員）被告、被告律師（律師職員）及陪審團都應該保密⁵³⁸，上開資料在法院保存時也應該彌封⁵³⁹；但本法並不禁止向被告、被告律師、受虐兒童團隊、監護人、輔助人或任何法院認為向其揭露對於兒童福利有必要之人告知上開資訊⁵⁴⁰。在保存及銷毀的部分，該錄影資料應由法院保存直至銷毀，銷毀的時點在法庭審判進入判決後的五年內，但不包括終局判決已進入上訴法院的情形（包括最高法院）⁵⁴¹。

如果要使用上開的錄影資料代替審判中的證人陳述，必須是在審判時，法官認為兒童有因恐懼或創傷而無法公開陳述受檢驗的原因⁵⁴²，方可允許；且必須以記錄證實這樣的裁定⁵⁴³。但是，如果在在審判前或審判中，有在錄影後出現的新證據被揭露，如果有較好的理由（原因），法院可以要求額外的錄影證言⁵⁴⁴。

和其律師私下的雙向溝通。

⁵³⁵ 18 U.S.C.A 3509(b)(2)(B)(iii).

⁵³⁶ 18 U.S.C.A 3509(b)(2)(B)(v).

⁵³⁷ 18 U.S.C.A 3509(b)(2)(E).

⁵³⁸ 18 U.S.C.A 3509(d)(1).

⁵³⁹ 18 U.S.C.A 3509(d)(2).

⁵⁴⁰ 18 U.S.C.A 3509(d)(4).

⁵⁴¹ 18 U.S.C.A 3509(b)(2)(F).

⁵⁴² 18 U.S.C.A 3509(b)(2)(B)(i).

⁵⁴³ 18 U.S.C.A 3509(b)(2)(C).

⁵⁴⁴ 18 U.S.C.A 3509(b)(2)(D).

第四項 小結

承上可知，對於偵訊中證人錄音錄影的規定，州法的反應較聯邦法典早，其立法目的係以保護被害人為出發點，並擴及到非被害人的未成年證人，有些甚至將有特殊情形的成年證人納入，希望現有的刑事程序能更友善；透過審前較為輕鬆、自在的訊問環境減少陳述壓力，當然也給與被告及其辯護人參與訊問的機會；再透過之後審判時的替代當庭陳述，減少陳述者的恐懼及傷害；並透過對於該些影音紀錄的複製及揭露限制，保護陳述者的隱私。聯邦的規定雖較晚明文化，但由於參考了各州的立法模式，所以整個規範內容也更為完整、全面。

第三節 英國法規定

在英國的刑事程序中，證據調查還是會受到「直接審理原則」及「言詞審理」的影響，是故只有在極少數的例外情形，才能以朗讀警方先前的陳述記錄作為犯罪事實直接證人的替代品；也就是說，「傳聞法則」在此仍有適用—禁止證人非於審判程序中所為之口頭陳述為證據⁵⁴⁵。不過，與美國不同的情形在於，違反「傳聞法則」並不會造成嚴肅的違憲疑慮，因為英國為不成文憲法的國家，不像美國有所謂的「第六修正案」，因此，「犯罪嫌疑人的對質詰問權」與其它的保護利益相較，並不具有如美國聯邦和州法院所支持的「不可侵犯的優先地位」⁵⁴⁶。因此，就理論上而言，源於就此及其它方面皆未設限的不成文憲法，英國國會的立法權限在許多面向甚至是法院的決定上，都可削減被告的程序權利⁵⁴⁷；也就是所謂的「國會立法至上」⁵⁴⁸。

⁵⁴⁵ Huber/Austermühle/Restle, Landesbericht England und Wales, S.43.轉引自 Swoboda, Videotechnik im Strafverfahren, 2002, S. 99.

⁵⁴⁶ Spencer/Flin, THE EVIDENCE OF CHILDREN –The Law and the Psychology, 2nd edition, London: Blackstone press, 1993, pp.77.轉引自 Swoboda, Videotechnik im Strafverfahren, 2002, S. 99.

⁵⁴⁷ Swoboda, Videotechnik im Strafverfahren, 2002, S. 99.

⁵⁴⁸ Spencer/Flin, THE EVIDENCE OF CHILDREN –The Law and the Psychology, 2nd edition, London: Blackstone press, 1993, p.78.轉引自 Swoboda, Videotechnik im Strafverfahren, 2002, S. 99.

就使用「偵訊中錄影陳述作為審判中證據」的相關規定，可以依時間先後區分成四個時期：「《1988 刑事審判法》時期」、「1991 年修正《1988 刑事審判法》時期」、「《1999 青少年審判及刑事證據法》時期」以及「《2003 刑事審判法》時期」。以下，將分別說明各時期的立法或修正背景及相關規定。

第一項《1988 刑事審判法》時期

第一款 立法背景

儘管不斷有「減少證據提出」的要求，使用「已錄製的錄影陳述代替證人陳述」與英國刑事訴訟程序的「直接性原則」間，仍然處於對立的狀態⁵⁴⁹；就法院的立場而言，在訊問時能親自看見並聽到證人，且基於自己的感知基礎來評估其「可信性」和「可靠性」，還是不可或缺的，同樣的，證人在英國刑事程序中的其他證據方法上所扮演的卓越角色也造就了其本身的不可取代性⁵⁵⁰。而關於偵查中證人錄影陳述為審判中證據的引進，如同其他許多國家，基於在兩造對立程序的法庭上，兒童及其它易受傷害的證人都會感到特別負擔的經驗，還是有在證據調查時使用錄影技術的立法建議⁵⁵¹；雖然曾經在具體案件及研究指出，這樣的立法建議會產生證據調查上的直接性及自發性的損失，這都將對陪審團在判斷證據可信度上有不利的影響⁵⁵²，但是，為了避免有證人因為害怕而拒絕與偵查機關合作及出庭作證，或有外國證人拒絕出庭而造成訴訟程序延宕的考量⁵⁵³，立法機關在《1988 刑事審判法》中首次導入了類似美國透過錄影技術補救前揭問題的規定。依該法第 32

⁵⁴⁹ Swoboda, Videotechnik im Strafverfahren, 2002, S. 100.

⁵⁵⁰ Huber/Klumpe, Landesbericht England/Wales und Nordirland, in: Zeugenschutz durch Verkürzung oder Vorenthaltung von Angaben zur Person des Zeugen. Ein rechtsvergleichendes Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, Peter Hünerfeld (Hrsg.), Freiburg 1992, S.34. 轉引自 Swoboda, Videotechnik im Strafverfahren, 2002, S. 1000.

⁵⁵¹ Jenny McEwan, In the Box or on the Box? The Pigot Report and Child Witness, Crim.L.R.1990, June, 363-382.

⁵⁵² Emmins/Scanlan, A Guide to the Criminal Justice Act 1988, S.1, 72, 77. 轉引自 Swoboda, Videotechnik im Strafverfahren, 2002, S.100.

⁵⁵³ Swoboda, Videotechnik im Strafverfahren, 2002, S.100.

條，在審判程序中利用閉路電視將證人陳述轉播到英國的陪審法庭的做法已經是不可能的⁵⁵⁴，但還是必須合乎若干嚴格的前提要件，如陳述時年齡在 14 歲以下且為性虐待或身體虐待的案件或證人處於國外的情形等⁵⁵⁵。希望藉由閉路電視的轉播，可以減少兒童在刑事程序中感到壓力的程度，增加其進入刑事法院的誘因⁵⁵⁶；另一方面也保護脆弱和有危險的證人，並對在恐怖主義和國家保護程序中有危險的匿名提供資訊者提供保護⁵⁵⁷。

但就「兒童或其他證人的先前錄影記錄」，該法中並未有特別規定，故只能依照該法第 23 條、第 26 條等一般性傳聞證據規定的嚴格限制下進入審判程序，並依第 28 條第 1 項 a 款所補充的基於法律或普通法發展而來的現有證據原則來操作⁵⁵⁸。

第二款 條文規定

承前所述，書面或其它形式（包括錄影）⁵⁵⁹的證人訊問記錄，只有在下

⁵⁵⁴ Swoboda, Videotechnik im Strafverfahren, 2002, S.101.

⁵⁵⁵ Swoboda, Videotechnik im Strafverfahren, 2002, S.100, Fn.188,189.（有第 23 條相關條文內容）

⁵⁵⁶J.C. Wilson/G.M. Davies, AN EVALUATION OF THE USE OF VIDEOTAPED EVIDENCE FOR JUVENILE WITNESSES IN CRIMINAL COURTS IN ENGLAND AND WALES, EUROPEAN JOURNAL ON CRIMINAL POLICY AND RESEARCH 1999. Vol. 7, Iss. 1; p. 81

⁵⁵⁷ Stevenson/Sood, The celluloid child witness, The Law Society's Gazette Nr. 47 vom 10.01.1990,17; Baumann usw.,Alternativ-Entwurf Zeugnisverweigerungsrechte und Beschlagnahmefreiheit(AE-ZVR),Entwurf eines Arbeitskreises deutscher,österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer(Arbeitskreis AE), München,1996,S. 175,177.轉引自 Swoboda, Videotechnik im Strafverfahren, 2002, S. 102.

⁵⁵⁸ Swoboda, Videotechnik im Strafverfahren, 2002, S. 102.

⁵⁵⁹ 在《1988 刑事審判法》時期，該傳聞例外規定有一定的條件限制—只適用於證人是**第一手**的原始直接證人，且已作成書面陳述為限，不包括口頭的傳聞陳述。陳鈺歆，對質詰問權保障標準取代傳聞法則之研究—以歐洲法發展為例，台灣大學法律學研究所碩士論文，民國 97 年，頁 82。所以應該要把錄影記錄解釋成書面的一種才有可能適用，也就是把條文中的 document(或 documentary)解釋成**有記錄**的；另可參考涉及上開條文的 R. v. D.判決(【2002】EWCA Crim 990)，對於證人審前的錄影陳述，法院仍以第 23 條、第 26 條允許為證據使用。Case&Comment,Crim.L.R.2003,April,274.

又，參考刑事證據法案（Criminal Evidence Bill）第 26 條第 1 項對 document 的解釋為「任何資訊描述的記錄」，錄影記錄應可符合。Law Commission Report No.245, Evidence in Criminal Proceedings: Hearsay and Related Topics, Cm.3670(1997), Appendix A, www.lawcom.gov.uk/docs/lc245.pdf（最後瀏覽日期：2011 年 4 月 24 日）

面的 4 種情形才可以例外的允許使用：(第 23 條第 2 項)

1 先前陳述者（證人）已經死亡，或基於身體或精神狀態無法履行證人義務

2 證人處在大英帝國境外，且其出席是不合適的。在外國的證人當然可以依第 32 條第 1 項第 a 款以視訊方式於審判時在國外受訊問，不過，這樣的方式只適用於殺人罪或特定的重大經濟犯罪⁵⁶⁰

3 已極盡所能卻仍無法找到證人；或

4 證人先前係在國家偵查機關面前陳述，但於審判時因恐懼而拒絕或被阻止當庭陳述

另外，即使合乎了第 23 條的規定，還必須通過第 26 條的檢驗，尤其是偵查機關以進行刑事程序為目的所做的證人筆錄，須考量以下的因素：證人陳述內容、證人無法作證，是否會造成被告無法反駁挑戰該證詞，而接受或排除係爭證詞可能會對任何一造造成程序上不公平之風險及其他相關情狀，經法院許可才可以使用⁵⁶¹。

第二項 1991 年修正《1988 刑事審判法》時期

第一款 立法背景

在過去的數十年內，對於受虐兒童需要的關注，帶來了在此方面新的調查方法；在立法及程序層面的改革上，集中在建立有效的跨單位處理程序及修正兒童提供證言的方式。首先立法明文化的是《1988 刑事審判法》第 32

⁵⁶⁰ Huber, Barbara/unter Mitarbeit von Austermühle, Gisa/Restle, Gerog, Landesbericht England und Wales, in: Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands, ein rechtsvergleichends Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, herausgegeben von Walter Perron, Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, Freiburg, 1995, S. 45(Fn. 139).轉引自 Swoboda, Videotechnik im Strafverfahren, 2002, S.103.

⁵⁶¹ 陳鈺歆，對質詰問權保障標準取代傳聞法則之研究－以歐洲法發展為例，台灣大學法律學研究所碩士論文，民國 97 年，頁 90。

條的「透過閉路電視的方式作證」⁵⁶²；至於「證人審判前的錄影紀錄」在《1988 刑事審判法》時期，並無法透過傳聞規定的操作而達到保護證人的目的，在 1989 年，「兒童證言錄影顧問團」（Pigot 報告）建議，兒童提供證言的整個過程，包括交互詰問，都應該移至審判前進行，並全程錄影⁵⁶³，這樣能減少多次面談及重複暗示的可能性，或降低兒童出席預審的機率，以減緩兒童在程序中所承受的壓力⁵⁶⁴。

英國的立法者對於 Pigot 報告所提出的建議，就這方面的證人保護規定，還是採取一個保守的態度⁵⁶⁵。原因在於，錄影技術使否能實際減輕訴訟程序的負擔，仍有疑問⁵⁶⁶；再者，存在著可能嚴重偏離「直接審理原則」及「言詞審理原則」的疑慮⁵⁶⁷；以及必須在先行程序時就把若干英國法庭上最偏好的辯護策略加以公開，如在交互詰問時證明證人說謊或出其不意的引用新的說法，故僅獲得少數人的接受⁵⁶⁸。因此，在 1991 年時，《1988 刑事審判法》增定了第 32A 條關於「證人審判前的錄影紀錄」的規定—只有部分實踐了 Pigot 報告的建議，特別是對於證人的交互詰問，還是必須在審判程序中進行，此種折衷的安排被稱為「半套 Pigot 模式（half Pigot）」⁵⁶⁹。

但是，由於 1991 年所增定的《1988 刑事審判法》第 32A 條的規範並不完整，對於「代替陳述的訴訟程序」及「何時可以拒絕當事人聲請錄影帶資料」的規定，《1988 刑事審判法》第 32A 條都只能給予模糊的權衡指引，因

⁵⁶² Research Findings No.100, p.1, <http://rds.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs/r100.pdf>（最後瀏覽日期：2011 年 3 月 21 日）

⁵⁶³ Research Findings No.100, p.3, <http://rds.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs/r100.pdf>（最後瀏覽日期：2011 年 3 月 21 日）

⁵⁶⁴ J.C. Wilson/G.M. Davies, AN EVALUATION OF THE USE OF VIDEOTAPED EVIDENCE FOR JUVENILE WITNESSES IN CRIMINAL COURTS IN ENGLAND AND WALES, EUROPEAN JOURNAL ON CRIMINAL POLICY AND RESEARCH 1999. Vol. 7, Iss. 1, p. 82.

⁵⁶⁵ Swoboda, Videotechnik im Strafverfahren, 2002, S. 105.

⁵⁶⁶ J.Spencer,Reformer's Despair,New Law Journal 1991, 787.

⁵⁶⁷ Swoboda, Videotechnik im Strafverfahren, 2002, S. 105.

⁵⁶⁸ J.Spencer,Reformer's Despair,New Law Journal 1991,787.

⁵⁶⁹ Research Findings No.100, p.3, <http://rds.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs/r100.pdf>（最後瀏覽日期：2011 年 4 月 24 日）

此，爲了不讓法院有拒絕錄影帶的不必要機會，在 1992 年英國內政部與衛生部合作，在「良好規範備忘錄（Memorandum of Good Practice）」中公布制訂訊問記錄的指導方針⁵⁷⁰。該備忘錄並非法律，但應在自願的基礎上確保法庭上證據替代品的可利用性。其中特別強調的是**基本證據原則**的遵守，且法院也不得違反該原則。依據該備忘錄，爲了避免多次訊問兒童，高品質和內容詳盡的陳述是訊問的目標；同時，該備忘錄也處理了訊問的時間和內容劃分問題、訊問空間的設計、對兒童證人的訊問技巧和與其個人的互動，以及技術問題；此外，就此類文件的濫用危險，依據嚴格的安全預防措施，在未經授權下是無法使用這類錄影帶和其副本。因此，犯罪嫌疑人僅有權在警方監督下審閱這些記錄⁵⁷¹，而對於辯護人而言，因爲考量到合法的辯護利益，允許提供副本，但必須有借閱者將會妥善保管副本的書面保證⁵⁷²。

第二款 條文規定

依《1988 年刑事審判法》第 32A 條之規定，其**適用對象**爲「本法第 32 條第 2 項第 a 款⁵⁷³或第 b 款⁵⁷⁴的案件，未滿 14 歲的證人或其於錄影時未滿 14 歲，且審判時未滿 15 歲者（《1988 年刑事審判法》第 32A 條第 7 項第 a 款）」及「本法第 32 條第 2 項第 c 款⁵⁷⁵，未滿 17 歲的證人或其於錄影時未滿 17 歲，且審判時未滿 18 歲者（《1988 年刑事審判法》第 32A 條第 7 項第 b 款）」；

⁵⁷⁰ Swoboda, Videotechnik im Strafverfahren, 2002, S. 105-106.

⁵⁷¹ McEwan/Jenny, Where the prosecution witness is a child: the Memorandum of Good Practice, *Journal of Child Law*, Vol. 5(1993), 19. 轉引自 Swoboda, Videotechnik im Strafverfahren, 2002, S. 106.

⁵⁷² Brian Ward, Children's evidence, *Solicitors Journal* 1992, 644.

⁵⁷³ 對人攻擊、傷害或傷害威脅。

⁵⁷⁴ 1933 年兒童及青少年法案（Children and Young Persons Act 1933 c.12）第 1 條「對未滿 16 歲者施暴」的案件。此類案件係指，已達 16 歲者對其有責任的未滿 16 歲者爲恣意攻擊、虐待、忽視、拋棄、遺棄他或使他被恣意攻擊、虐待、忽視、拋棄、遺棄，有些可能造成不必要的痛苦或身體傷害（包括喪失視力、聽覺、肢體、身體器官及任何的精神傷害）。

⁵⁷⁵ 涉及到 1956 年性攻擊法案（Sexual Offences Act 1956 c.69）、1960 年猥褻兒童法案（Indecency with Children Act 1960 c.33）、1967 年性攻擊法案（Sexual Offences Act 1967 c.60）、1977 年刑法（Criminal Law Act 1977 c.45）第 54 條「指使未滿 16 歲的女子爲亂倫性行爲（行爲人指使未滿 16 歲的女子與其爲性行爲，且明知該女子爲其孫女、女兒或姊妹）」。

適用案件為「以本法第 32 條第 2 項⁵⁷⁶起訴的審判（《1988 刑事審判法》第 32A 條第 1 項第 a 款）」、「上訴到刑事上訴庭及依 1968 年《刑事上訴法（the Criminal Appeal Act）》第 17 條⁵⁷⁷上訴的案件（《1988 刑事審判法》第 32A 條第 1 項第 b 款）」及「發生在少年法庭的任何案件及上訴到巡迴法庭的程序（《1988 刑事審判法》第 32A 條第 1 項第 c 款）」；錄影的內容必須要是「發生在成年人和非被告的兒童間的會談（《1988 刑事審判法》第 32A 條第 2 項第 a 款）」及「任何在程序中所發生的問題（《1988 刑事審判法》第 32A 條第 2 項第 b 款）」；至於錄影作為證據的要件，首先，該錄影記錄須非被法院排除—除非有「兒童證人將無法受反詰問（《1988 刑事審判法》第 32A 條第 3 項第 a 款）」、「法院要求揭露錄影的環境但未被遵守（《1988 刑事審判法》第 32A 條第 3 項第 b 款）」或「法院認為出於正義的利益考量不能接受該記錄為證據，及當覺得某部分因出於正義的利益考量應被排除（《1988 刑事審判法》第 32A 條第 3 項第 c 款）」的情形，否則法院應給予許可；而法院在決定是否有任何部分應依上述規定排除時，應考量允許部分或全部錄影資料的放映，是否會對被告或其中之一的被告造成預斷（《1988 刑事審判法》第 32A 條第 4 項）。再者，錄影資料在下列情況下會被接受做為證據使用—「兒童證人將由提出該證人為證據的當事人一方傳喚（《1988 刑事審判法》第 32A 條第 5 項第 a 款）」且「對於在錄影證詞中已經被處理之事項，依法院之見解，證人不應該被主詰問（《1988 刑事審判法》第 32A 條第 5 項第 b 款）」。而一旦該錄影記錄被做為證據使用，則該記錄中的任何陳述都會被視為該證人的直接陳述（《1988 刑事審判法》第 32A 條第 6 項）。

第三項《1999 青少年審判及刑事證據法》時期

第一款 立法背景

1997 年工黨發表了「承諾對刑事審判中**特定種類的無防禦力證人**提供

⁵⁷⁶ 第 32 條第 2 項有 a,b,c 三款，所涉罪名請參照前 3 個註腳。另外，依據《1988 刑事審判法》第 32A 條第 8 項的規定，包括密謀或幫助、教唆、建議、介紹或煽動上開罪名。

⁵⁷⁷ 本條主要是規定當有人遭起訴或審判，但發現其因精神錯亂或經陪審團認定為殘疾而無罪者，內政部如果認為有必要，可經申請或依職權將該案移請上訴法院審理。

更好的保護」的聲明；1997年6月，內政部長 Jack Straw 宣布由建立的跨部門工作團隊來檢視此一問題⁵⁷⁸。該工作團隊所出版的報告－「為正義發聲（Speaking Up for Justice）」，於1998年6月出版，該聲明中指出，許多成人受害人和證人認為刑事司法程序是令人害怕及感到壓力的，尤其是那些因個人因素而無防禦能力者，如與被告的關係或基於重大犯罪案件（如性犯罪）的本質，或是害怕被恐嚇⁵⁷⁹。因此，相關的「保護證人特別措施」應該要根本性的擴大其適用範圍及種類，《1999 青少年審判及刑事證據法》的第2部分（第16條到第33條）即以授權立法方式，就「無防禦能力的證人」設定框架，加強、延長並改良先前由普通法和法規所拼湊而成的內容，使可使用特殊措施的證人，除了兒童以外，也擴大到易受攻擊（欠缺防禦能力）及受恐嚇的證人，並擴大了可使用的特殊措施種類⁵⁸⁰：包括第23條「以視覺障礙（屏幕）阻隔證人與被告」、第24條「閉路電視傳輸」、第25條「不公開訊問」、第26條「除去假髮和法袍」、第27條「錄影面談作為證據」、第28條「反詰問或覆主詰問的錄影」、第29條「提供中間人協助」、第30條「提供溝通幫助」。

此外，內政部於2002年2月發表了「在刑事程序中取得最佳證據（Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings）」，以下簡稱 ABE⁵⁸¹，為受訊問中的兒童及其它欠缺防禦能力的證人給予使其能更好的在法院中提供證據的指南，從2002年5月24日起取代先前的「良好規範備忘錄（Memorandum of Good Practice）」⁵⁸¹，並在之後《2003 刑事審判法》宣布

⁵⁷⁸ Debbie Cooper, SPECIAL MEASURES FOR CHILD WITNESSES: A SOCIO-LEGAL STUDY OF CRIMINAL PROCEDURE REFORM, July 2010, p.60-61.

⁵⁷⁹ Speaking Up for Justice. The Report of the Home Office Interdepartmental Working Group on the Treatment of Vulnerable or Intimidated Witnesses in the Criminal Justice System (London:Home Office, 1998) ,Para. 1.2.轉引自 Debbie Cooper, SPECIAL MEASURES FOR CHILD WITNESSES: A SOCIO-LEGAL STUDY OF CRIMINAL PROCEDURE REFORM, July 2010, p. 61.

⁵⁸⁰ Debbie Cooper, SPECIAL MEASURES FOR CHILD WITNESSES: A SOCIO-LEGAL STUDY OF CRIMINAL PROCEDURE REFORM, July 2010, p.60.

⁵⁸¹ Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings,p.2, <http://www.hertsdirect.org/docs/pdf/connected/group10/666pt38.pdf>（最後瀏覽日期：2011年4月24日）

後又做了增修⁵⁸²。其對於《1999 青少年審判及刑事證據法》所提供的多種特殊措施給予施行上的建議。就「第 27 條錄影訊問取代審判中陳述」而言，其分別就訊問兒童及欠缺防禦能力的成年證人訊問，提供了「訊問前準備」、「訊問進行的方式及訊問技巧」和「訊問後對於錄影資料的處理規定」的建議，內容大致和前述的「良好規範備忘錄 (Memorandum of Good Practice)」相一致。ABE 提供了在第 27 條中未明文規範的細節建議，如在「主要訊問人」方面，訊問兒童的人可以不限於調查團隊，而是兒童特別信任的人⁵⁸³，訊問成人者則須由調查團隊內選出，其必須具備一定的知識和經驗⁵⁸⁴；「訊問地點」可以是經特別設置的訊問室⁵⁸⁵，如果有必要也可以在證人家中，但要小心不要在談話中出現可特定住所的敘述或可辨識的畫面⁵⁸⁶；「訊問的時點」當然是越快越好，但也必須考慮個別證人及案件的情形⁵⁸⁷；有「在場權」之人包括：主要訊問人、訊問監督人、「設備操作人員」、「口譯人」、「中間人」及「訊問輔助人」⁵⁸⁸；而就錄影資料處理部分，除了重申前述關於辯護人、被告檢視的限制規定⁵⁸⁹外，也就保存年限⁵⁹⁰、銷毀程序⁵⁹¹及在合乎證人

⁵⁸² 全稱為「在刑事程序中取得最佳證據：與被害人、證人會談及使用特殊措施指南(Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings : Guidance on Interviewing Victims and Witnesses,and Using Special Measures)」Introduction 1,2,

<http://anitp.mai.gov.ro/ro/docs/metodologii/Achieving%20Best%20Evidence%20a%20Guide%20for%20interviewing%20victims.pdf> (最後瀏覽日期：2011 年 3 月 21 日)

⁵⁸³ Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings : Guidance on Interviewing Victims and Witnesses,and Using Special Measures, Part 2A, 2.82,2.86.這裡的兒童指的是「未成年人」。

⁵⁸⁴ Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings : Guidance on Interviewing Victims and Witnesses,and Using Special Measures, Part 3A,3.98-3.100.

⁵⁸⁵ 詳細的訊問室設備及擺設細節，可參考 Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings : Guidance on Interviewing Victims and Witnesses,and Using Special Measures, Appendices H.

⁵⁸⁶ Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings : Guidance on Interviewing Victims and Witnesses,and Using Special Measures, Part 2A,2.106-2.109; Part 3A,3.126-3.128.

⁵⁸⁷ Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings : Guidance on Interviewing Victims and Witnesses,and Using Special Measures, Part 2A,2.110-2.112; Part 3A,3.129-3.131.

⁵⁸⁸ Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings : Guidance on Interviewing Victims and Witnesses,and Using Special Measures, Part 2A,2.82-2.105; Part 3A,3.98-3.125.

⁵⁸⁹ Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings : Guidance on Interviewing Victims and Witnesses,and Using Special Measures, Appendices J,6.3.

及司法利益下的其他用途⁵⁹²使用規定。

在「第 28 條錄影反詰問或覆主詰問」方面，其雖然未完全生效，但 ABE 仍對其做了施行上的建議。在審前的反詰問時，被告不得親臨現場，但可透過閉錄電視看到及聽到陳述內容，且可透過耳機和律師溝通⁵⁹³；法官和律師未必一定要到場，但有權聽到和看到詰問經過，並和證人溝通，且法官必須控制整個程序⁵⁹⁴。

第二款 條文規定

由於錄影規定所涉條文眾多，以下將以 3 個流程圖⁵⁹⁵的方式說明所涉條文、條文內容及如何適用：圖表 A 為「進入特殊程序規定之流程」，主要用於判斷適用主體的資格以及允許或拒絕使用特殊程序（包括錄影規定）的一般裁定過程；圖表 B 為「對於未成年證人給予特殊程序之流程」，即將適用主體鎖定在兒童及青少年，就其是否可以適用錄影規定的措施加以說明；圖表 C 為「對於成年證人給予特殊程序之流程」，此就針對適用主體為成年人時，決定其是否可使用錄影規定的措施加以說明，其考慮的點與青少年並非

⁵⁹⁰ 複製版本可以在任何程序已終結或會談發生五年後銷毀；原始版本因顧慮到其它程序的使用可能，保存年限較長：如錄影會談時證人已成年，則保存六年；如會談時未成年則自其滿 18 歲時起算六年，但證人可以聲請提早銷毀。Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: Guidance on Interviewing Victims and Witnesses, and Using Special Measures, Appendices J, 5.2; J7.1-J7.3.

⁵⁹¹ 承上，銷毀時最好用壓毀或燒毀，且必須確認所有的資料都被銷毀，不得再使用。Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: Guidance on Interviewing Victims and Witnesses, and Using Special Measures, Appendices J, J7.4.

⁵⁹² 例如用來訓練或其他公務上的理由，如研究或避免特殊犯罪再發生等。且必須保證不是任何人想看就能看到，證人同意後必須加以記錄。Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: Guidance on Interviewing Victims and Witnesses, and Using Special Measures, Appendices J, J10.1.

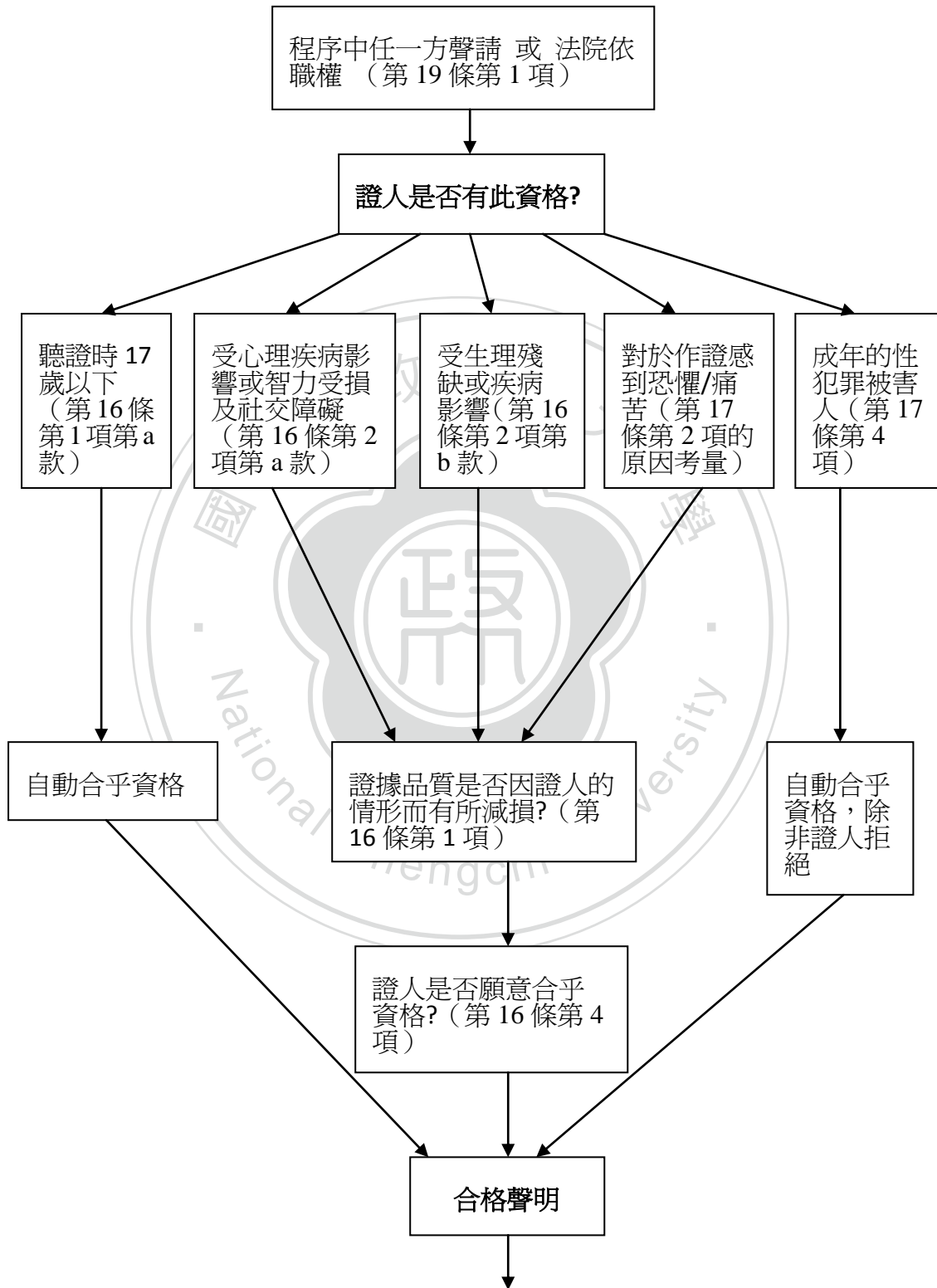
⁵⁹³ Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: Guidance on Interviewing Victims and Witnesses, and Using Special Measures, 6.77.

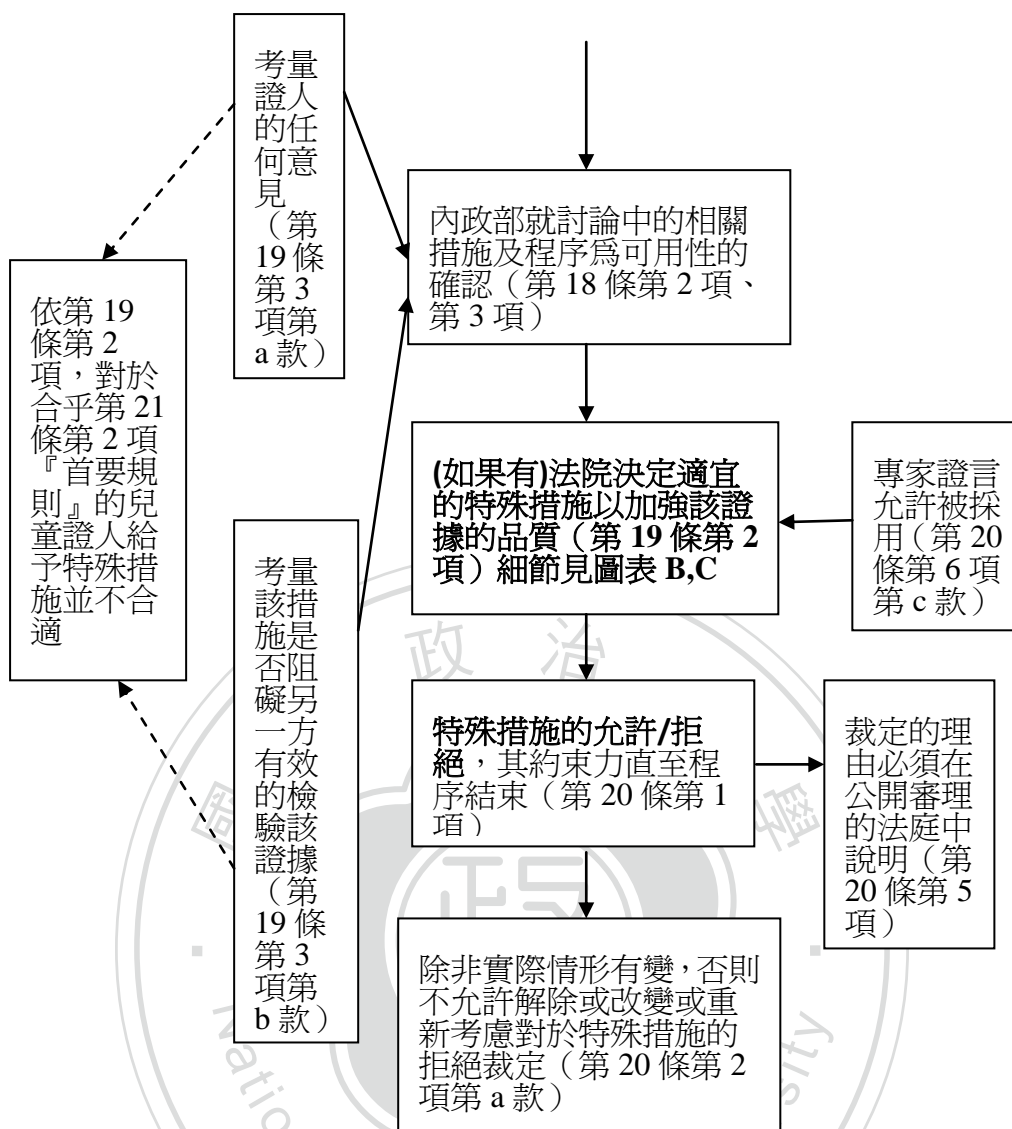
⁵⁹⁴ Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: Guidance on Interviewing Victims and Witnesses, and Using Special Measures, 6.78.

⁵⁹⁵ 此 3 個流程圖大體上依照 Laura C.H. Hoyano, Variations on a Theme by Pigot: Special Measures Directions for Child Witness, Crim.L.R.2000, April, 257-259.但就未涉及錄影規定的部分有所簡化。

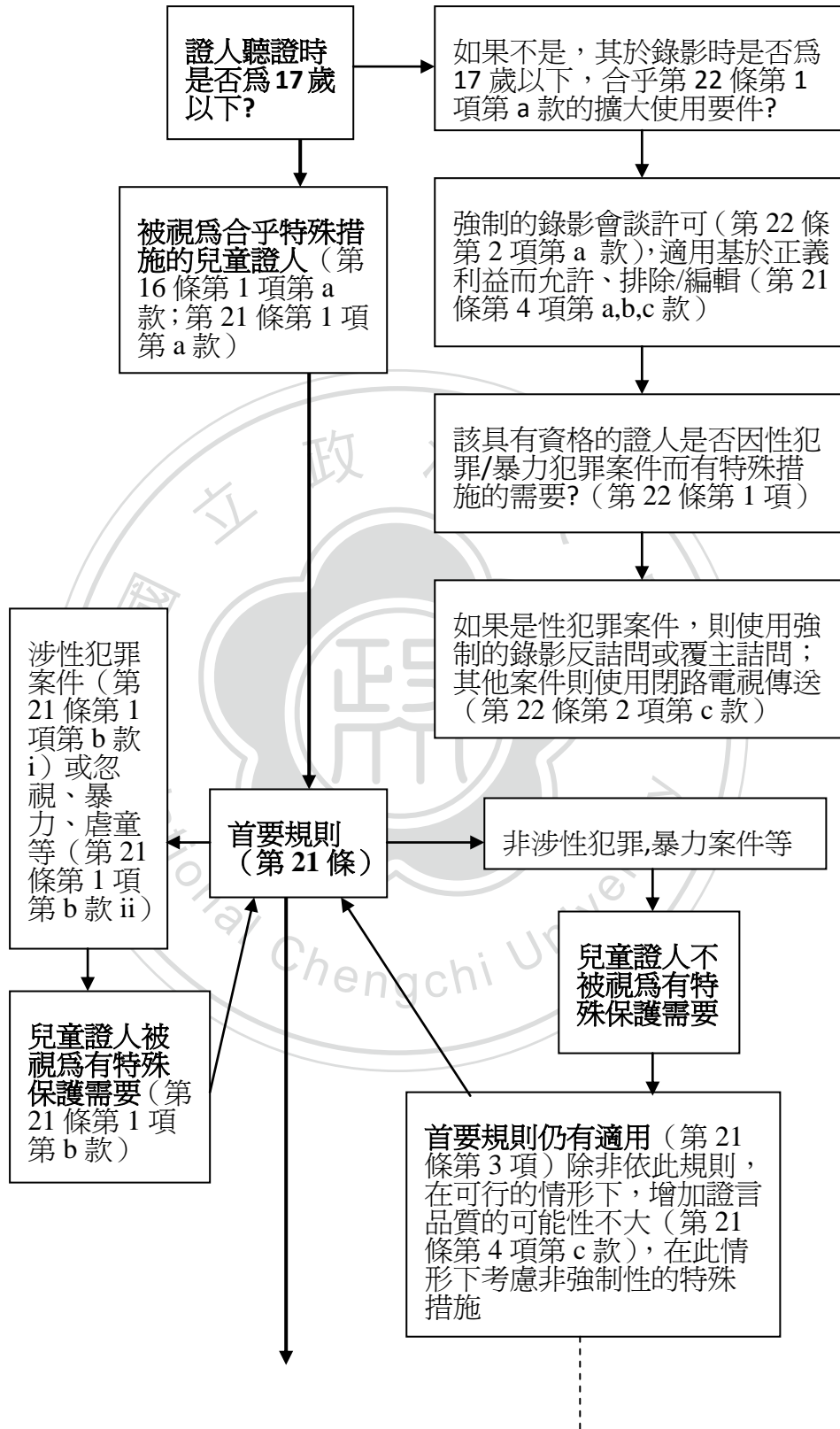
完全相同。

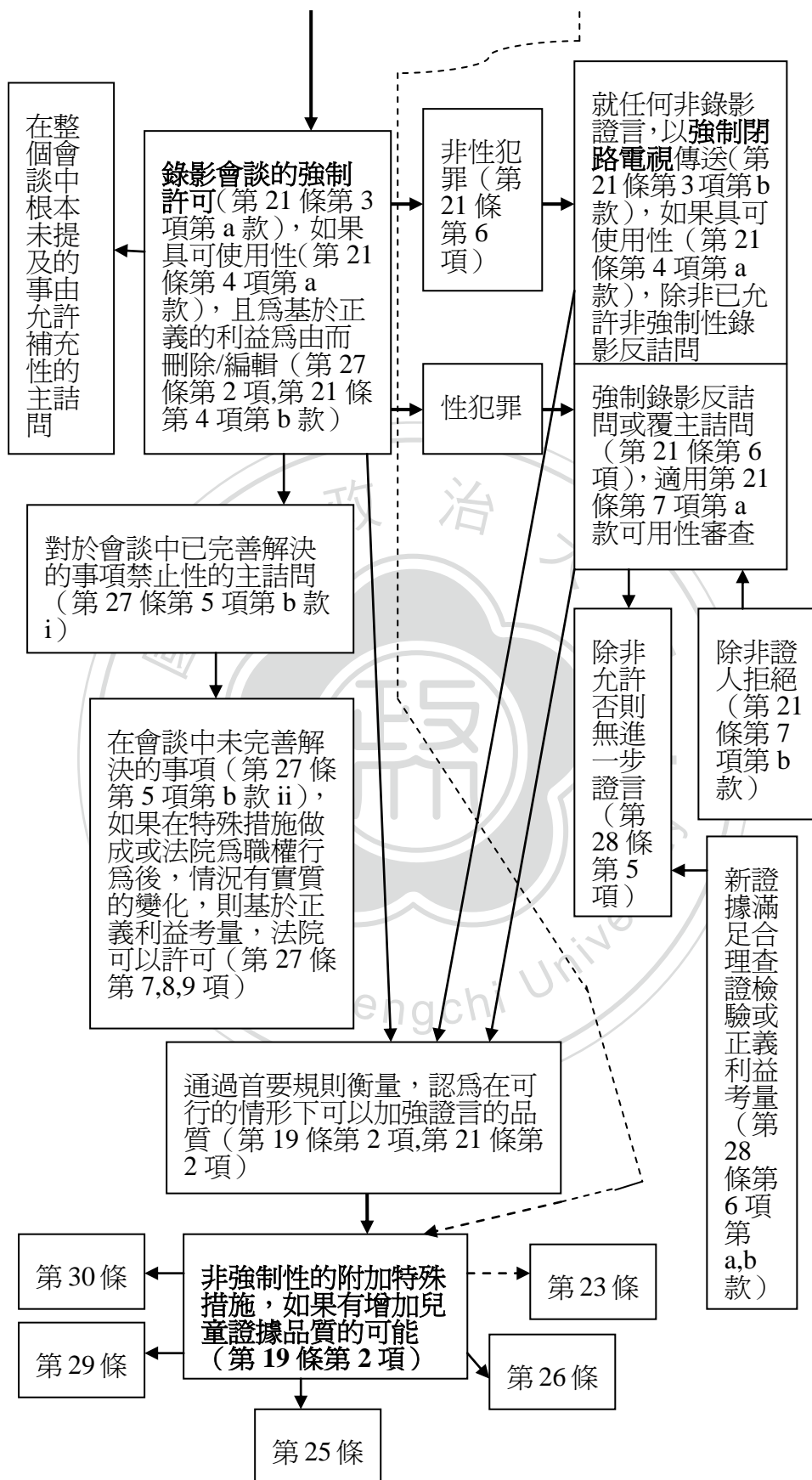
圖表 A 「進入特殊程序規定之流程」



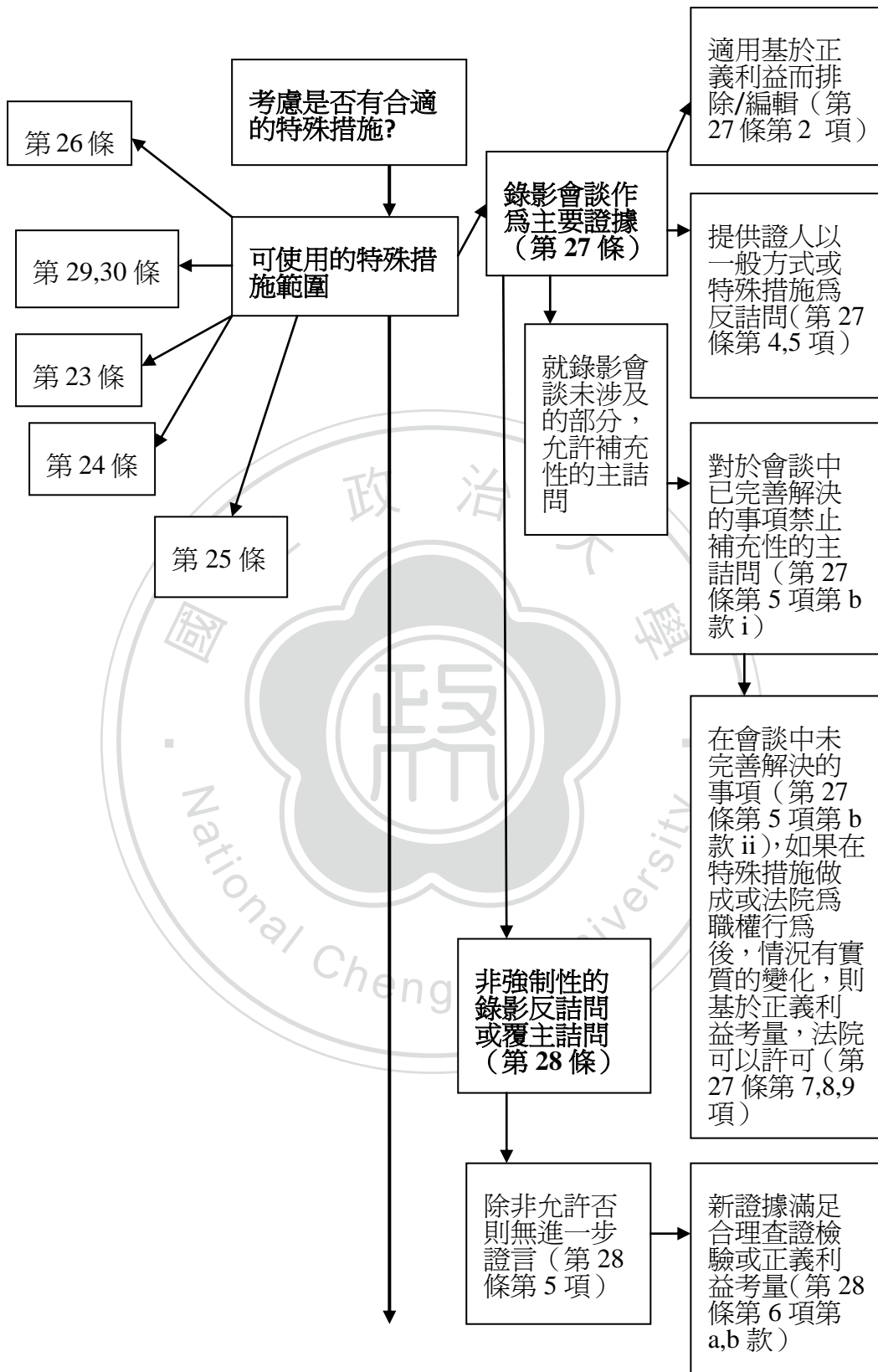


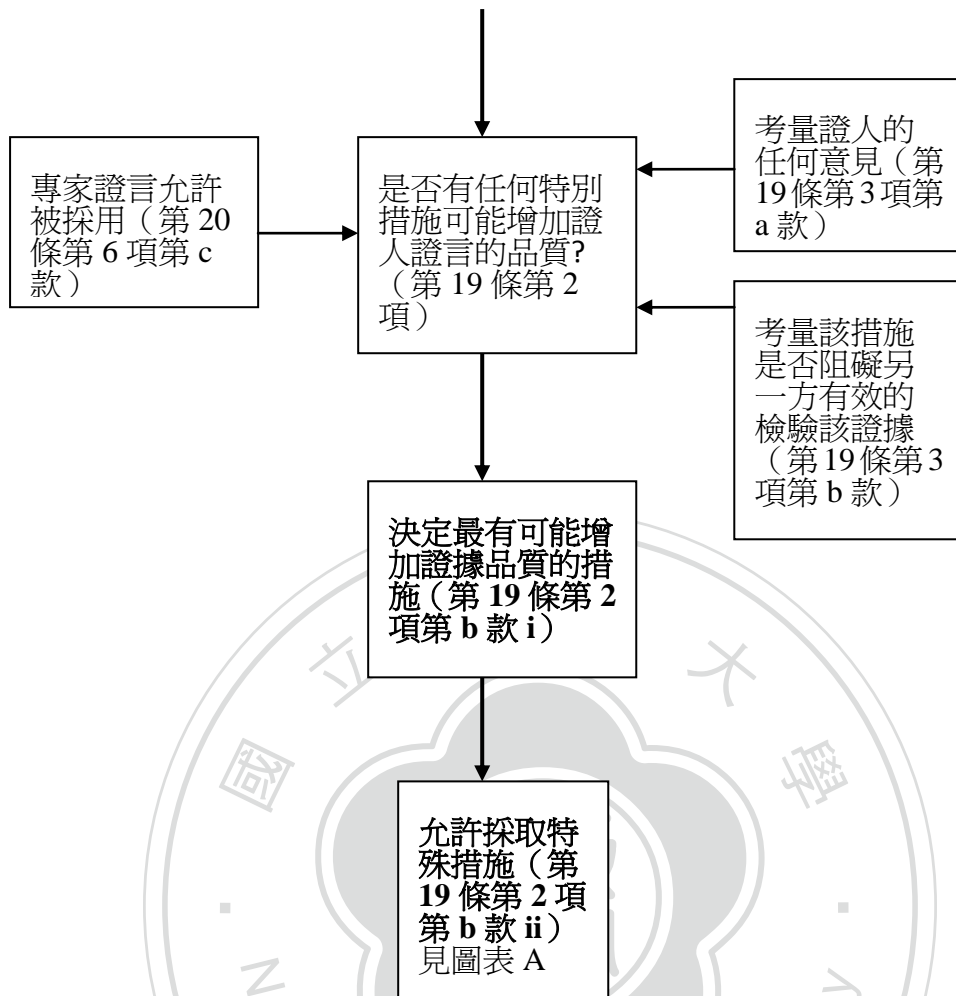
圖表 B 「對於未成年證人給予特殊程序之流程」





圖表 C 「對於成年證人給予特殊程序之流程」





依照上述三個圖表可知，依照《1999 青少年審判及刑事證據法》的規定，要考慮給予特殊措施的證人範圍，以該法第 16 條、第 17 條為限，首先包括基於年齡或因疾病或殘疾而需要特殊照顧的證人；而如果法院擔心因受到驚嚇或創傷證人而損害陳述內容的品質，也可以安排特殊的措施。在後者的情形，優先考量的顯然不是證人的保護，而是對於闡明犯罪行為的公眾利益。可見英國的證人保護制度，並非基於證人保護本身，而是特別為了「發現真實」和「落實國家刑罰權的利益」。如果「查明真相的利益」與「保護證人」相抵觸，後者必須退居為次要地位。因此，依據該法第 19 條第 2 項，任何的法庭命令都必須合乎「陳述是否可透過特殊程序增進證據品質」的指導原則；從另一方面而言，根據該法第 20 條第 2 項，法院亦可基於「正義利益考量」或「實質的情況改變」而放棄採取特殊措施，可見在相當程度上，

證人保護仍取決於法院的偏好⁵⁹⁶。惟獨在兒童證人涉及「性或暴力犯罪」的訴訟程序時，「證人保護必要」不一定低於「真實發現」。就此而言，該法第 21 條（也就是上開圖表 B 中所謂的首要規則）中，將兒童和青少年證人的法律地位予以提高，因為在這種情形下，法院原則上必須允許錄影帶完全取代主審訴訟程序的訊問，或同意錄影同步轉播的申請。此時，提高證據品質的目的，將退居第二位。然而，基於對造的正義考量，還是存在拒絕證人保護措施的可能性。在有疑問的情況下，有效的刑事司法維護還是具有優先地位⁵⁹⁷。

第四項《2003 刑事審判法》時期

第一款 立法背景

在 2002 年 7 月，英國政府發布了一份白皮書（*Justice for All* (Cm 5563)），概述其對於刑事司法系統的規劃，從犯罪的預防一直到對被告的處罰及更生。該白皮書特別關注在法院程序和判決的改革上，以求審判迅速並做出清楚、一致且適當的判決⁵⁹⁸。考量到法院程序，《2003 刑事審判法》希望透過 Crown Prosecution Service⁵⁹⁹在控訴上的決定權，以及改良案件分配到法院的系統，還有增加地方法院法官審判的權力，使得進入到 Crown Court（巡迴刑事法院；皇室法院）的案件減少，以改善案件在法院流程中的管理。同時，也將透過引入在特定情形下拒絕保釋金的方式，以縮減違反保釋金的機會⁶⁰⁰。此外，為了確保程序可以進行得更有效率並減少程序濫用的情形，

⁵⁹⁶ Swoboda, Videotechnik im Strafverfahren, 2002, S.108.

⁵⁹⁷ Baumann usw., Alternativ-Entwurf Zeugnisverweigerungsrechte und Beschlagnahmefreiheit(AE-ZVR), Entwurf eines Arbeitskreises deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer(Arbeitskreis AE), München, 1996, S.182f. 轉引自 Swoboda, Videotechnik im Strafverfahren, 2002, S.108.

⁵⁹⁸ 《2003 刑事審判法》說明要點，摘要及背景，第 3 點。

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/notes/division/2>（最後瀏覽日期：2011 年 3 月 21 日）

⁵⁹⁹ 為負責起訴由英國及威爾斯警方所調查的刑事案件機構，成員包括檢察官、助理檢察官、個案工作者及行政人員。詳細介紹可見該機構網站：<http://www.cps.gov.uk/yourcps.html>

⁶⁰⁰ 《2003 刑事審判法》說明要點，摘要及背景，第 4 點。

《2003 刑事審判法》將改革證據揭露的規則及給予法官更多的自主權，同時也對陪審團的制度加以改良；證據規則也將有重大變革：將允許使用與程序相關的前科記錄，並且在有原始證據無法提出的完善理由或法院認為適當的其他情形，允許使用傳聞證據，並允許證人透過閉路電視作證；檢察官可在陪審團要求其考慮平衡被告的無罪證據前，對無罪判決提起上訴；並允許在某些重大案件的情況下為再審⁶⁰¹。《2003 刑事審判法》也將提供一個比現行模式更清晰，也更具彈性的判決架構⁶⁰²；另外，也針對毒品犯罪及青少年犯罪的規定做一些修正⁶⁰³。

迥異於前述《1999 青少年審判及刑事證據法》的規定方式，《2003 刑事審判法》的條文中並未有對「兒童證人的錄影」的專門規定，但是卻有對「錄影證據」的一般性規定（第 137 條及第 138 條），另外，在傳聞證據規定的部分也有若干相關條文（第 116 條）。將分別羅列如下。

雖然第 137 條尚未生效，但前述所提及之 ABE 仍對其提供了施行時的指導建議。針對「訊問前的準備（包括證人和案件資訊及其它對於調查的重要資訊了解）」⁶⁰⁴、「訊問進行的方式（在場權人及訊問時點、地點的選擇）及訊問技巧」⁶⁰⁵和「訊問後對於錄影資料的處理規定」⁶⁰⁶提出建議。

第二款 條文規定

首先是關於「錄影證據」的一般性規定（第 137 條及第 138 條）。其適

⁶⁰¹ 《2003 刑事審判法》說明要點，摘要及背景，第 5 點。

⁶⁰² 《2003 刑事審判法》說明要點，摘要及背景，第 6 點。

⁶⁰³ 《2003 刑事審判法》說明要點，摘要及背景，第 7 點。

⁶⁰⁴ Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings : Guidance on Interviewing Victims and Witnesses, and Using Special Measures, Part 4A, 4.29-4.48, <http://anitp.mai.gov.ro/ro/docs/metodologii/Achieving%20Best%20Evidence%20a%20Guide%20for%20interviewing%20victims.pdf>（最後瀏覽日期：2011 年 3 月 21 日）

⁶⁰⁵ 此與 ABE 對《1999 青少年審判及刑事證據法》第 27 條的建議幾乎一致。Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings : Guidance on Interviewing Victims and Witnesses, and Using Special Measures, Part 4A, 4.57-4.86.

⁶⁰⁶ Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings : Guidance on Interviewing Victims and Witnesses, and Using Special Measures, Appendices J, J7.1-J7.4; J10.1.

用主體為「公訴罪案件的證人或依內政部命令特定犯罪類型的證人（第 137 條第 1 項第 a 款）」，其「宣稱曾目睹或以其他方式經歷下列事件：檢察官起訴案件的全部或部分犯罪內容，或是有緊密關連的事件（第 137 條第 1 項第 b 款）」且「非被告（第 137 條第 3 項第 a 款）」；**錄影證據的內容**必須是「陳述者在對該事件記憶清晰或是前述第 1 項第 b 款的聲稱被推定為真實（第 137 條第 1 項第 d 款）」時的「自發性或回答詢問的陳述（第 137 條第 1 項第 c 款，第 137 條第 1 項第 e 款）」；**錄影證據被允許使用的要件**，必須透過法院給予許可的裁定，且該裁定未被廢棄（第 137 條第 1 項第 f 款），並且該錄影的播放必須依照法院的裁定為之（第 137 條第 1 項第 g 款），許可裁定的內容包括允許部分的錄影內容及就該部分加註（第 138 條第 2 項）。而法院在為允許裁定時，必須考慮「是否證人的先前陳述有可能遠優於現場當庭陳述（第 137 條第 3 項第 b 款 i）」及「允許使用錄影證據是否合乎正義的利益（第 137 條第 3 項第 b 款 ii，第 137 條第 4 項）」，且在依第 137 條第 1 項第 f 款下許可裁定時，必須得到內政部許可在訴訟所進行的法院做成上開安排的通知，且該通知未被撤銷（第 138 條第 4 項）；而就是否有不應允許使用的部分，法院必須考量「是否允許會造成對被告的預斷（第 138 條第 3 項第 a 款）」及「即使會造成預斷，但出於正義的利益仍必須允許使用（第 138 條第 3 項第 b 款）」。

在取得上述許可裁定之後，該錄影證據的內容將被視為其當庭陳述，如果證人聲稱其在錄影中的陳述為真（第 137 條第 2 項），且除非法院認為有在錄影陳述中未完善解決的內容，否則證人不用再出示證據（陳述證言）（第 138 條第 1 項）。

除了上述的專條規定外，部分散見的條文（即傳聞證據的規定），也可以顯示出錄影資料使用的可能性（尤其是兒童證人）。依第 116 條第 1 項第 c 款，未在刑事程序中以口頭陳述者，有同條第 2 項的 5 款事由之一者可以做為證據：「證人已死亡（第 a 款）」、「因生理或心理因素不適合做證人（第 b 款）」、「證人在大英帝國國境外且無法合理確保其出庭（第 c 款）」、「已極盡可能仍無法找到證人（第 d 款）」、「因為害怕而無法在程序中為口頭陳述（或無法連續陳述）全部內容或相關部分者，必須得到法院許可（第 e 款）」；

法院必須出於正義的利益，考慮「陳述的內容（第 116 條第 4 項第 a 款）」、「同意或排除是否會造成不公（第 116 條第 4 項第 b 款）」、「涉及《1999 年青少年審判和刑事證據法》第 19 條以下（如對感到恐懼的證人的特別保護等）的情形（第 116 條第 4 項第 c 款）」或「其他相關情況（第 116 條第 4 項第 d 款）」。

第五項 小結

英國法經過了四個時期的變動，從最初的沒有專門規定，只能依賴傳聞規定加以操作，一直到有就專條、專章的規定；適用主體也有逐漸放大的趨勢，而「偵訊中證人的錄音錄影」的定位，也從「對證人的特別保護」走向「一般性措施」。而除了法律性質的規定外，由內政部發布的「在刑事程序中取得最佳證據」及其前身「良好規範備忘錄」，其中的內容除了提供操作上更具體、細緻的建議外，有些也對之後的立法產生影響。整體程序的設計十分詳細、複雜，一方面顯示出立法者的用心，另一方面也顯示出該制度所可能影響的層面；但是，若干規範間的生效日期不統一，甚至是尚未生效的情形，將造成操作上的困擾，也無法完全達到制度之初的目的，實為可惜，但某程度似乎也顯示出立法者及主管機關對該制度運作的觀望態度及保守心態。

第六章 外國法制規定分析及與我國法制之比較

本章首先將以實證資料及相關的文獻討論為基礎，就外國法的相關規定加以分析、討論，並呈現該制度的整體運作情形及效果；之後將就外國法制與我國法作一對照比較，說明其間的異同。

第一節 外國法制規定分析

第一項 德國法

以下，將就在實務操作⁶⁰⁷或是學說上認為制度設計比較有爭議的部分，分別是：「證人同意對於偵查中錄音錄影的影響」、「對於錄音錄影資料行使閱卷權的限制」、「偵查中錄音錄影的被告與辯護人參與權」及「第 255a 條第 2 項第 1 句法官訊問要求的合理性」加以討論；並就在操作上所面臨的資源問題加以說明。

第一款 證人同意與偵查中錄音錄影的關係

首先，在第 58a 條中並未規定要取得證人同意方可錄音錄影，尤其是在 2009 年 10 月 1 日前的第 1 項第 2 句第 1 款，只要證人是被害人且未滿 16 歲就「必須」錄音錄影⁶⁰⁸，這可能是出於「接受影音記錄屬於證人義務」的考量，故「被訊問人或是其法定代理人的同意」是不必要的，立法者在此似乎是有意識的放棄受害人證人對錄音錄影的同意⁶⁰⁹—雖然在立法理由中，立法者也承認「製作訊問兒童的音像紀錄意味著對基本法第 2 條第 2 項所稱的人格權之侵犯」⁶¹⁰，這樣的立法模式在實務上有諸多批評：認為整個刑事程

⁶⁰⁷ 以下實務操作的意見，取自 Maik Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, Göttinger Studien zu den Kriminalwissenschaften Band 2, 2007 中，自 2001 年到 2003 年，在 Niedersachsen 州的 Oldenburg, Göttingen, Braunschweig, Hildesheim, Hannover, Osnabrück 地區所為之的實證調查。

⁶⁰⁸ 同條的第 1 項第 2 句第 2 款，雖然也是在應錄音錄影的範圍，但其有特別表示需「錄音錄影對真相查明有必要」，某程度上算是一種使用上的限制，弱化了「應」的絕對性強度要求。

⁶⁰⁹ Eisenberg, Beweisrecht der StPO: Spezialkommentar, 4. Aufl., 2000, Rn. 1328 h. 轉引自 Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen, Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007, S. 37.

⁶¹⁰ BT-Dr 13/7165, S.6.

序所帶給兒童的影響是可觀的負擔；另外，從女性主義的角度來看，也要求要有受害人證人及其法定代理人的同意；也有意見認為，如果兒童本身在性侵犯時有被錄影或是被製成色情物品，則應該放棄採取錄像訊問⁶¹¹，因為在這樣的情形下，本來做為「保護措施」的錄音錄影並無法發揮它的功能，反而造成證人第二次的傷害⁶¹²。因此，實務上在操作時，原則上不僅會先取得受害兒童的同意，而且還包括其監護人或補充照護人的同意⁶¹³，因為未取得同意而為的錄音錄影會在之後被質疑其可使用性⁶¹⁴，雖然堅持取得同意會造成程序上的延遲，但鑒于對兒童證人人格權的侵犯，實應該明定其**同意**為訊問的前提條件⁶¹⁵。而在 2009 年 10 月 1 日新法公布後，增加了「有保護必要」的要求，拙見以為在操作本條時，應將證人是否同意納入考量，如果其不同意的原因是因為「無法達到保護目的」或是「不需要此種保護」時，就不需要採取錄音錄影⁶¹⁶。另外，在同條第 1 項第 1 句的部分，條文文字雖使用「得」，但基於對基本權侵害的考量，在實務上會將其與第 1 項第 2 句合在一起看，以做為實際操作時的修正⁶¹⁷。

當然在某些情形下，如果涉及**重大犯罪**，或是該證言具有**唯一性、決定性**的關鍵作用或是有涉及被害人，則在考量證人年齡及基本權侵害的可預期及可觀性，如果刑事程序的利益具明顯優越性，還是可能違反證人意願加以錄音錄影⁶¹⁸。此時，是否可以採取第 70 條的強制手段來取得證人對錄音錄

⁶¹¹ Fastie/Friese, Können Strafverfahren präventiv wirken?, prevention 4-5/2001.S.3. 轉引自 Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen, Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007, S. 37.

⁶¹² Schmoll, Videovernehmung kindlicher Opfer im Strafprozeß – Verfahrens- und verfassungsrechtliche Lösungen auf der Grundlage des Zeugenschutzgesetzes, 1999, S. 119.

⁶¹³ Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen, Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007, S. 137.

⁶¹⁴ Löwe Rosenberg Kommentar, 26. Aufl., 2008, § 58a Rn. 13.

⁶¹⁵ Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen, Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007, S. 285.

⁶¹⁶ Schmoll, Videovernehmung kindlicher Opfer im Strafprozeß – Verfahrens- und verfassungsrechtliche Lösungen auf der Grundlage des Zeugenschutzgesetzes, 1999, S. 120.

⁶¹⁷ Schmoll, Videovernehmung kindlicher Opfer im Strafprozeß – Verfahrens- und verfassungsrechtliche Lösungen auf der Grundlage des Zeugenschutzgesetzes, 1999, S. 120.

⁶¹⁸ Schmoll, Videovernehmung kindlicher Opfer im Strafprozeß – Verfahrens- und verfassungsrechtliche Lösungen auf der Grundlage des Zeugenschutzgesetzes, 1999, S. 121.

影訊問的接受，學說上是有爭議的⁶¹⁹，有認為在此須視證人是否僅因為不願意被錄音錄影而拒絕陳述，如果不存在其他法律上的理由，則可適用第 70 條的強制措施，但必須注意比例原則⁶²⁰；如果存有其它的法律上理由（如有拒絕證言權），則不得採取強制措施⁶²¹；或是無罪責能力的證人（不滿 14 歲）拒絕作證或因為法定代理人阻止其作證，則依一般性原則無法適用第 70 條⁶²²。

第二款 對於錄音錄影資料行使閱卷權的限制

關於對錄音錄影資料行使閱卷權的部分，在第二期立法之前，實務上的做法是，考慮到對兒童證人人格權可能產生的濫用危險，所有的意見調查地點都將閱卷權限制在司法機關的空間內⁶²³，對「該記錄的複製和轉交禁止」適用於非在司法機關內的情形，對於在外地執業的律師，可以將副本寄到其所在地的司法機關，然後在當地的法院或檢察機關內為閱卷，但這種處理方式特別受到辯護人的批評⁶²⁴，而且也不合乎機關空間不敷使用的現實情形⁶²⁵，因此在《2004 年被害人權利改革法》時，以明文的規範禁止上開的實務操作方式，認為只要透過「禁止再轉交」和「禁止再複製」，並搭配「統一複製、由卷宗單位傳交以及複製保護」即足以避免因濫用而侵犯證人人格權

⁶¹⁹ Löwe Rosenberg Kommentar, 26.Aufl., 2008, § 58a Rn. 14.

⁶²⁰ Löwe Rosenberg Kommentar, 26.Aufl., 2008, § 70 Rn. 7.

⁶²¹ Löwe Rosenberg Kommentar, 26.Aufl., 2008, § 70 Rn. 7.

⁶²² Löwe Rosenberg Kommentar, 26.Aufl., 2008, § 70 Rn. 7,8.

⁶²³ Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen, Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007, S. 156.這同時也是聯邦司法部出版的「兒童被害人保護手冊」的主張，只允許辯護人在司法機關的房間內審閱，即可謂顧全審閱權；錄像帶複製本之轉交與辯護人應只限於例外情形。

Bundeseinheitliche Handreichung zum Schutz Kindlicher(Opfer-) Zeugen im Strafverfahren, Berlin 2000,S.26. 轉引自 Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen, Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007, S. 40.

⁶²⁴ Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen, Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007, S. 292.

⁶²⁵ BT-Dr 15/1976,S.10.

⁶²⁶。但是也有認為，鑒于在實務中已具體發生的濫用危險，這種處理方式對證人的保護是不足的⁶²⁷。

第三款 偵查中錄音錄影的被告與辯護人參與權

證人於偵查中的影音記錄如果要能直接代替證人在審判程序中的陳述，必須要合乎其先前於法官訊問所為陳述時，有「給予被告及其辯護人參與的機會」，這是所有調查地區在實務操作上都感到困難的地方⁶²⁸。因為讓被告在場對兒童證人意謂的是沉重的負擔，所以實務通常會依「有害調查目的（第 168c 條第 3 項）」為由排除被告在場權⁶²⁹；而雖然第 168e 條以「對證人利益的**重大不利的急迫危險**，且**無法以其他方式排除**」的嚴格前提做為排除在場權人的要件，並以同部影音傳送方式保障被告方之權利，但「對證人利益的**重大不利的急迫危險**」必須是因為在場權人實際出席所引發的⁶³⁰，一旦已經依其它規定排除在場權人在場，就無第 168e 條的適用⁶³¹。至於使辯護人在場，實務上也認為難以達到—因為錄音錄影當時，被告通常都還沒有辯護人⁶³²，而且大部分調查地區的卷宗資料中，都欠缺向辯護人的明確告知⁶³³；不過，由於在程序剛開始時對於一切資訊的掌握是缺乏的，也對辯護

⁶²⁶ BT-Dr 15/1976,S.10.

⁶²⁷ Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen, Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007, S. 294.

⁶²⁸ Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen, Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007, S.156.

⁶²⁹ 遵守被告參與權的要求，特別會在緊急措施時產生影響：可能會透過拖延程序來達到湮滅罪證的目的，更可能在被告未羈押的情形危害對兒童證人的保護，影響之後進行的訊問陳述真實性。Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen, Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007, S.289.

⁶³⁰ Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 53.Aufl., 2010, § 168e Rn. 2.

⁶³¹ Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen ,Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007, S. 42-43.

⁶³² Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen ,Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007, S.289.

⁶³³ Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen ,Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007, S.289.

人的權利行使造成困難⁶³⁴。而在這樣的操作下，進一步也導致無法合乎第 255a 條第 2 項第 1 句的參與權要求⁶³⁵，減少了影音記錄在審判程序中代替證人直接陳述的機會。

第四款 第 255a 條第 2 項第 1 句法官訊問要求的合理性

另一個也會影響影音記錄在審判程序中代替證人直接陳述機會的因素，在於第 255a 條第 2 項第 1 句的「法官訊問」要求。從第 255a 條第 1 項和第 2 項的區分立法可以看出，立法者將「法官訊問」與「檢察官或警察訊問」分成兩塊：前者的證據價值較高⁶³⁶，後者較低，是故，考慮到將先前證人陳述做為當庭陳述的代替，將對於被告方的權利有所損害，也是對於**直接性原則**更大的背離⁶³⁷，故以「對被告方較有保障(被告及其辯護人有在場權)」且「對於證人履行義務有較高要求(若干要求證人履行義務的強制規定，如第 51 條、第 70 條僅在法官訊問時適用)」的**法官訊問**為保障⁶³⁸。但是在實際使用的時候，「法官訊問」的機率遠低於「檢察官或警察訊問」—只在證人有第 52 條拒絕證言權的情形下，才會以「法官訊問」的情形處理⁶³⁹，因為依據實務的做法，如果之後證人在審判程序才主張拒絕證言權時，先前的陳述記錄不得依第 252 條朗讀，但是不包括先前是法官訊問的情形⁶⁴⁰，而第

⁶³⁴ Weigend/Thomas, *Empfehlen sich gesetzliche Änderungen, um Zeugen und andere beschuldigte Personen im Strafprozeß besser von Nachteilen zu bewahren? Gutachten C zum 62. Deutschen Juristentag Bremen 1998, München 1998, S.64, Fn.204.* 轉引自 Scheumer, *Videovernehmung kindlicher Zeugen, Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007, S.47.*

⁶³⁵ (BGHSt 49,72,82.) StV 5/2004, S.249 因為第 255a 條第 2 項第 1 句並沒有考慮到被告未能參與是因為合法或非法的理由。

⁶³⁶ Scheumer, *Videovernehmung kindlicher Zeugen, Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007, S.42.*

⁶³⁷ Beulke, *Strafprozessrecht, 10. Aufl., 2008, Rn. 430l.*

⁶³⁸ Scheumer, *Videovernehmung kindlicher Zeugen, Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007, S.46.*

⁶³⁹ Scheumer, *Videovernehmung kindlicher Zeugen, Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007, S.124, 130-131.*

⁶⁴⁰ BGHSt 2,99,106. 只要法官在先前訊問的時候已經告知證人，且證人也已經了解，則第 252 條的使用禁止就不適用在法官的訊問。BGHSt 21,218,219; 49,72,77 這樣的區別一開始是因為法官才有告知義務，但自 1964 年 12 月 19 日《刑事訴訟法與法院組織法的修正法 (StPÄG)》通過後，告知義務在檢察官和警察間也必須適用，這時區別的原因就在於法官訊問的高品質。但是也有反

255a 條第 2 項也沒有第 252 條的適用⁶⁴¹；而且在訊問技巧上，比起檢察官和警察，法官往往缺乏經驗⁶⁴²，故對於立法者這樣的預設，偵查機關並不認同⁶⁴³。

第五款 資源問題

參考對該制度施行的早期⁶⁴⁴實證資料，可知在偵查中使用對證人錄音錄影最多的還是檢察官及警察，法官訊問的情形並不多。偵查機關必須面臨器材設備不足（金費不夠）、欠缺偵訊室空間、錄音錄影品質不佳或機關間器材欠缺相容性等**技術性問題**⁶⁴⁵；而在**人力資源**部分，操作器材的人員必須受過專業訓練，且有**能力處理突發狀況**⁶⁴⁶，並有專人負責影音記錄的確認、管理及儲存⁶⁴⁷，這些人員必須要能確實遵守相關程序規定，以確保記錄的真實和正確⁶⁴⁸，另外，在整個的訊問過程中，除了訊問者外，經常需要第二個人來看守機器運作，也造成人力上的需求⁶⁴⁹；此外，雖然聯邦參議院建議，鑒

對這樣處理的意見。Beulke, Strafprozessrecht, 10. Aufl., 2008, Rn. 420.對於德國刑事訴訟法第 252 條之介紹，國內文獻可以參考 許澤天，審判中拒絕證言權之行使與偵訊筆錄宣讀，法學講座第 26 期，2004 年 3 月，頁 94-96。

⁶⁴¹ (BGHSt 49,72.) StV 5/2004,S.250.即證人無法以之後審判時主張有拒絕證言權而阻止第 255a 條第 2 項第 1 句的適用，但此判決就該部分見解未有判決支持 (nicht tragender)。

⁶⁴² Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen ,Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007, S. 156.

⁶⁴³ Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen ,Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007, S. 123-130.

⁶⁴⁴ Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen ,Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007 中，對 Niedersachsen 州的 Oldenburg，Göttigen，Braunschweig，Hildesheim，Hannover，Osnabrück 地區的實證調查，其調查時點為 2001 到 2003 年間。

⁶⁴⁵ Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen ,Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007, S. 103-108,156.

⁶⁴⁶ Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen ,Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007, S. 140.; Thomas A. Mauet 著，蔡秋明、方家駿譯，訴訟技巧，商周出版社，2008 年 5 月 8 日 2 版，頁 258。

⁶⁴⁷ Thomas A. Mauet 著，蔡秋明、方家駿譯，訴訟技巧，商周出版社，2008 年 5 月 8 日 2 版，頁 258。

⁶⁴⁸ Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen ,Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007, S.139.

⁶⁴⁹ Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen ,Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007,

於人源不足和時間上的耗費，僅需對訊問的重要部分做記錄即可⁶⁵⁰，但此建議未被接受，爲了使影音記錄不被事後變更內容，並確保其真實性及完整性，顧慮到其無法完全代替筆錄的保證功能—因爲錄影帶本身不包括訊問時地的陳述及參與人的姓名，也不包括踐行重要程序要求的觀察⁶⁵¹，再加上同法第 168a 條第 2 項第 1 句只是出於爲提高效率的考量，並不是將影音記錄直接做爲筆錄的依據⁶⁵²，所以還是要求就做一個完整的書面記錄⁶⁵³，不會因爲第 58a 條第 3 項第 1 句的規定而免除作筆錄的要求⁶⁵⁴，而影音記錄的「筆錄制作」，對於記錄者而言是最麻煩的問題，因爲訊問過程通常很長而且難以理解，造成必須要透過訊問者事後的修正和補充，國外甚至有實證顯示：一個小時的影音訊問記錄必須花兩天才能轉爲筆錄的形式⁶⁵⁵。

第六款 小結

承上所述，「偵查中對證人錄音錄影」的操作將受限於相關技術、人員、資金及時間耗費的問題。而依第 58a 條的第 1 項第 1 句規定，立法者似賦予實務有決定是否錄音錄影的裁量權，而不以被錄音錄影者的同意爲要件，但因爲對人格權而言是不可避免的侵犯，依據憲法的比例原則，使用上也不可能太過擴張—如果證詞不太重要、範圍不大、可靠性不是明顯可疑，通常不考慮爲錄音錄影；相反的，如果證據評估的要求顯示，它在主審法庭上是有用的，則應該採行⁶⁵⁶。所以即使對於錄影訊問的印象頗爲正面，檢察官和警

S.139.

⁶⁵⁰ BT-Dr 13/7165, S.3,6.

⁶⁵¹ Schmoll, Videovernehmung kindlicher Opfer im Strafprozeß – Verfahrens- und verfassungsrechtliche Lösungen auf der Grundlage des Zeugenschutzgesetzes, 1999, S. 144.

⁶⁵² Schmoll, Videovernehmung kindlicher Opfer im Strafprozeß – Verfahrens- und verfassungsrechtliche Lösungen auf der Grundlage des Zeugenschutzgesetzes, 1999, S. 143.

⁶⁵³ Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 53. Aufl., 2010, § 58a Rn. 9. 包括法官訊問(第 168 條、第 168a 條)、檢察官訊問(第 168b 條第 2 項)，警察訊問時亦有適用(BGH NStZ 95,353)。

⁶⁵⁴ Löwe Rosenberg Kommentar, 26. Aufl., 2008, § 58a Rn. 29.

⁶⁵⁵ Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen, Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007, S. 139.

⁶⁵⁶ Löwe Rosenberg Kommentar, 26. Aufl., 2008, § 58a Rn. 12.

察間也合作良好⁶⁵⁷，在偵查中還是不能合理化的經常使用，這是實際上操作時的修正。而在審判程序之中，對於並非法官訊問的先前證人陳述錄影，法官仍然傾向親自接觸證人以獲得心證，故允許直接使用此種證據的機率很低⁶⁵⁸；而可以代替證人當庭陳述的「先前法官訊問錄影」，承上所述，實際情形並不多見，是故並未能以此有效減少證人多次訊問的情形⁶⁵⁹。

第二項 美國法

以下，將從制度面以及實踐面兩個角度出發，說明相關制度可能引發的爭議以及實際操作上的討論。

第一款 制度面

各州的立法者早在 1980 年初期就開始制定相關規定，且陸續對規定加以增修；聯邦立法雖然晚了一些，但由於有各州的相關規定可供參考，規範堪稱完整，也顯示出對於此類規範確實有必要。不過，對於引入此類規定，也不是完全沒有疑慮：首先，此類規定是否與「第六修正案的對質詰問權（尤其是在「面對面」「交互詰問」上）」有衝突？再者，若干對於證人資訊的禁止揭露規定是否違反了「公平審判原則」？是否對於「被告權利」及「公共或媒體利益」有所侵害（即是否違反「公開審判原則」）？都會有過討論。針對上述被告所主張的疑慮，法院的回應是：就「面對面」的要素而言，最高法院認為此並非絕對性的規定，還是有例外的可能⁶⁶⁰，尤其是在兒童被害證人的情形下，其可能因為和加害人面對面而無法言語⁶⁶¹，此時應該要對「面

⁶⁵⁷ Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen ,Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007, S. 111-114,156.

⁶⁵⁸ Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen ,Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007, S. 159-160.

⁶⁵⁹ 而是透過在有被告認罪或是有其它證人的情形，避免再次當庭訊問被害人所可能造成的傷害。Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen ,Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007, S. 160.

⁶⁶⁰ Paula E./Samuel M. Hill, Videotaping Children's Testimony: An Empirical View, 85 Mich. L. Rev. 809, at 827 (1987) .

⁶⁶¹ State v. Sheppard, 197 N.J. Super. 411, 419(1984).

對面」的要素做彈性的處理⁶⁶²，畢竟，「面對面」的要求是希望能親自觀察證人陳述時的一切情形，然透過科技器材的使用可以達到相同的效果⁶⁶³；就「交互詰問」的要求上，其實未必要在審判中進行⁶⁶⁴，它只是用來檢驗證人陳述的真實性，如果可以透過其他方式加以確保，則傳統的交互詰問並非是不可或缺的⁶⁶⁵，尤其是在兒童被害證人的情形⁶⁶⁶；另外，就對質詰問權的另一要素－「使負責發現事實者（陪審員）在訊問時觀察受審訊者的行為」的要求雖然重要，但也不是一旦違反就必然侵害對質詰問權⁶⁶⁷，有部分的州或聯邦法院更認為，錄影證據已經捕捉了足夠資訊已滿足對質詰問的要求⁶⁶⁸，並不會造成審判不公⁶⁶⁹。

承上可知，「對質詰問條款」中的要素－面對面、交互詰問及使陪審員在訊問時觀察受審訊者的行為，目的在於「確保證言可信性」及「避免不具名的審判」，上開要素在**一般案件**中都必須被滿足，但當有兒童被害人或兒童證人時，就必須做特別的考量⁶⁷⁰，也就是做某程度的放寬。雖然如此，但不代表就不需考量相關規定對於被告及整體司法利益的影響，為了使程序更加正當、合理，有建議應要能合乎自 2004 年 3 月以後最高法院 *Crawford v. Washington* 判決所建立的基準：要將「審判外的證人錄影證言」代替「證人審判中的陳述」，必須合乎「證人無法出庭」及「先前已有交互詰問的機會」

⁶⁶² Paula E./Samuel M. Hill, *Videotaping Children's Testimony: An Empirical View*, 85 Mich. L. Rev. 809, at 828 (1987).

⁶⁶³ National Legal Resource Center For Child Advocacy And Protection, *American Bar Association Child Sexual Abuse And The Law* 136(4th ed. 1983), at 188. 轉引自 Paula E./Samuel M. Hill, *Videotaping Children's Testimony: An Empirical View*, 85 Mich. L. Rev. 809, at 829 (1987).

⁶⁶⁴ *California v. Green*, 399 U.S.149,166(1970).

⁶⁶⁵ Paula E./Samuel M. Hill, *Videotaping Children's Testimony: An Empirical View*, 85 Mich. L. Rev. 809, at 830 (1987).

⁶⁶⁶ Paula E./Samuel M. Hill, *Videotaping Children's Testimony: An Empirical View*, 85 Mich. L. Rev. 809, at 831. (1987).

⁶⁶⁷ *California v. Green*, 399 U.S.149,158,160(1970).

⁶⁶⁸ *People v. Moran*, 39 Cal.App.3d 398, 410-411(1974).

⁶⁶⁹ *People v. Moran*, 39 Cal.App.3d 398, 410 (1974).

⁶⁷⁰ Paula E./Samuel M. Hill, *Videotaping Children's Testimony: An Empirical View*, 85 Mich. L. Rev. 809, at 833 (1987).

兩個要件⁶⁷¹，而為如下的程序設計：首先，檢察官必須舉證證人將於審判時無法出庭的可能性；第二，法官應提供廣泛的標準以判斷兒童證人未可預知的無法出庭可能性；第三，如果法官認定證人將於審判時無法出庭，檢察官必須提供被告在證人審前錄影時交互詰問的機會，如果被告拒絕接受，則之後如證人無法到庭，其審前陳述將被允許做為證據；第四，如果被告接受交互詰問的機會，則法官將親自監視整個審前陳述過程，或事先看過檢察官及被告律師的提問；第五，被告除了有交互詰問的機會，還應有面對證人陳述的機會；第六，如果詰問錄影後的實質情況有變，法官應考量補充詰問的必要；第七，在審判前，法官要重新檢視證人無法出庭的問題，在此要以較高的標準衡量以避免審判不公；第八，如果證人還是無法出庭，該錄影陳述應被許可作為證據⁶⁷²。至於對特殊情形的成年證人作相同（類）規定的州，只佔少數，理由可能是因為顧慮到「欠缺實證資料作為其立法依據」，及「欠缺將對兒童提供特別保護的措施擴大到其他種類證人的穩定判例」的批評⁶⁷³所致。

而在「證人資訊的禁止揭露規定」部分，聯邦上訴法院認為，此類規定的目的並非在侵犯「被告權利」或「公共或媒體利益」，只是提供法院一個工具來減少因公開揭露而造成參與刑事程序的兒童的焦慮，其必須要在「合乎被告權利」及「給予適當準備時間」以合乎「公平審判的原則」下操作⁶⁷⁴；此外，此不是對於程序中的任何部分或任何大規模彌封文件的「強制禁止揭露」，只是就呈遞至法院的文件資料中的特定資訊做有限制的編輯，該些資訊以外的資訊還是可以被被告或大眾知悉的⁶⁷⁵，因此並未違反「公開審判原

⁶⁷¹ Crawford v. Washington, 541 U.S. 36, 68 (2004).

⁶⁷² PRUDENCE BEIDLER CARR, PLAYING BY ALL THE RULES: HOW TO DEFINE AND PROVIDE A "PRIOR OPPORTUNITY FOR CROSS-EXAMINATION" IN CHILD SEXUAL ABUSE CASES AFTER CRAWFORD V. WASHINGTON, 97 J. Crim. L. & Criminology 631, at 662-663 (2007).

⁶⁷³ Glenn F. Lang, TO SEE OR NOT TO SEE THE DEFENDANT: EXPANDING THE USE OF FLORIDA'S SPECIAL PROCEDURES FOR TAKING THE TESTIMONY OF WITNESSES, 18 Fla. St. U.L. Rev. 321, at 364-365 (1991).

⁶⁷⁴ Scott M. Smith, J.D., Validity, construction, and application of child victims' and child witnesses' rights statute (18 U.S.C.A. § 3509), 121 A.L.R. Fed. 631, §4. 相關判決請見，U.S.v.Broussard, 767 F.Supp. 1536, 1542, 1544 (1991).

⁶⁷⁵ Scott M. Smith, J.D., Validity, construction, and application of child victims' and child witnesses'

則」。

第二款 實踐面

至於在制度實施的情況上，有實證研究認為以「錄影證言」代替證人主詰問時的陳述有許多優點，但是從實務觀點而言，在允許使用錄影證言的法律通過後，在某些州會造成敵對雙方專家耗時的持久戰—爭辯錄影程序的不公平性；有許多檢察官因為顧慮到這樣的規定所可能引發的憲法疑義⁶⁷⁶，如果認為證人可以被說服出庭，則多避免使用錄影帶⁶⁷⁷。而且就檢方的訴訟策略而言，讓陪審員看到一個無助、幼小的證人當庭陳述，是打擊被告最有力的武器⁶⁷⁸，透過錄影帶播放所造成的效果遠不及於本人出庭，長久以來將電視視為「娛樂媒體的文化」將弱化證言的可信度⁶⁷⁹；相反的，也有認為採取這樣的特別措施，將會使陪審員有被告有罪的預先認知—證人是如此的害怕看見被告，可想而知被告先前對其的傷害，不過有回應表示這樣的認知是多慮的，陪審員不會因為採取特別措施就產生有罪心證⁶⁸⁰。而如從保護兒童的觀點而言，某些州的立法允許兒童陳述時被告在場，這將使得兒童和被告更為接近，恐懼並未因此減少；而某些州將允許使用錄影證言代替審判陳述的要件定為「證人無法出庭」，這又使得兒童面臨新型態的壓力—醫學及精神病學的一連串檢驗，似無法達到減輕兒童壓力的目的⁶⁸¹。正如同有心理學家

rights statute (18 U.S.C.A. § 3509), 121 A.L.R. Fed. 631, §5a, §5b. 相關判決請見 U.S.v. Broussard, 767 F.Supp. 1545, 1548 (1991).

⁶⁷⁶ 美國憲法第六修正案所保障的被告對質詰問權。

⁶⁷⁷ Spencer/Flin, THE EVIDENCE OF CHILDREN –The Law and the Psychology, 1990, p.143.

⁶⁷⁸ VK Curtis, Criminal Procedure: Closed-Circuit Testimony of Child Victims, 40 Oklahoma L. Rev 69 at 76. (1975) 轉引自 Judy Cashmore, The Use of Video Technology for Child Witnesses, Monash University Law Review, Vol.16, No.2 (1990), at 245.

⁶⁷⁹ G Bermant, D Chappell, GT Crockett, MD Jacoubovitch and M McGuire, Juror Responses to Prerecorded Videotape Trial presentations in California and Ohio (1975) 26 *Hastings LJ* 975. 轉引自 Judy Cashmore, The Use of Video Technology for Child Witnesses, Monash University Law Review, Vol.16, No.2 (1990), at 245.

⁶⁸⁰ Judy Cashmore, The Use of Video Technology for Child Witnesses, Monash University Law Review, Vol.16, No.2 (1990), at 244.

⁶⁸¹ Whitcomb et al., When the Victim is a Child: Issue for Judges and Prosecutors, Washington DC: National Institute of Justice, 1985. 轉引自 Spencer/Flin, THE EVIDENCE OF CHILDREN –The

和精神病專家指出，這樣的立法是個冒險－總體來說，並沒有一個堅實的實證顯示對兒童而言最感壓力的審判過程是哪一部分，這樣的立法是否能有效根治還是個問題⁶⁸²。

另外，錄影帶的保存和使用也是需要注意的問題，到底要如何保護證人（尤其是被害人）的隱私－到底有多少人可以檢視該錄影資訊？證人及其家屬是否有權知道或表示意見？⁶⁸³要如何控制複製及避免影像的氾濫－透過媒體加以播放，這將造成證人（尤其是被害人）及其家庭更大的傷害⁶⁸⁴。很明顯的，這些後果都必須被仔細考慮，包括使用的型態及對陳述者及其父母親的告知；不幸的是，陳述者及其父母親通常對此一無所知⁶⁸⁵。而現有的檢閱、保存及銷毀規定是否能够有效阻止上開濫用的可能性？仍必須持續觀察。

第三款 小結

從上述聯邦和各州的立法情形來看，從數量上而言，可以顯示出對於此類規範的飢渴，亟欲透過此種規範以達到保護兒童或青少年被害人或證人的權利；但是從規範的複雜性及細密性來看，此類規定所牽涉的範圍很廣，光就如何在「被告對質詰問權」及「兒童或青少年被害人或證人的保護」間找到平衡就十分困難，另外，錄影程序的「型態設計」及「資料使用和保存」也是一大問題，必須考慮到可用的資源多寡、各機關的資訊管控系統及其間之合作情形；當然還必須考慮如何確保穩定的「錄影品質」，這也是要將其於訴訟上的功能發揮到最大，即以其代替兒童或青少年的證人到庭陳述的重要前提。

Law and the Psychology, 1990,p.143.

⁶⁸² Spencer/Flin,THE EVIDENCE OF CHILDREN –The Law and the Psychology, 1990,p.143.

⁶⁸³ KEE MacFARLANE,Diagnostic Evaluations and the Use of Videotapes in Child Sexual Abuse Cases, 40 U. Miami L. Rev. 135, at 151-152 (1985) .

⁶⁸⁴ KEE MacFARLANE,Diagnostic Evaluations and the Use of Videotapes in Child Sexual Abuse Cases, 40 U. Miami L. Rev. 135, at 152,162 (1985) .

⁶⁸⁵ KEE MacFARLANE,Diagnostic Evaluations and the Use of Videotapes in Child Sexual Abuse Cases, 40 U. Miami L. Rev. 135, at 152 (1985) .

第三項 英國法

英國曾歷經四次的規定變更，以下將分別引述各時期的相關文獻及實證資料，作為各期規定的分析基礎，並評估整體制度的運作效果。

第一款 《1988 刑事審判法》時期

由於這時期並未有專門針對證人在偵訊中錄音錄影的規定，故只能參考既有的傳聞規定操作。就證人保護而言，這些例外規定並不足夠：因為它們主要是為了「加速訴訟程序」及「使訴訟程序便利化」，但兒童和易受傷害的證人很難滿足這些要件—因為這必然將剝奪被告交互詰問的機會⁶⁸⁶，對於是否能通過歐洲人權公約第 6 條第 3 項 d 款的「對質詰問權保障」，仍有疑慮⁶⁸⁷：就陳述者對「誰」「恐懼」或「怎樣的恐懼」而無法出庭陳述，無法提出具體的危險因素，歐洲人權法院已在 *Van Mechelen* 判決⁶⁸⁸中認定此不合乎不出席審判的正當事由；又所謂的「出席不合適」，即使經過謹慎的證據評估，仍無法成為縮減辯護權的理由⁶⁸⁹。是故，法院對此也傾向不使用這些證據，即使該兒童因死亡而明顯的已無法陳述⁶⁹⁰。

第二款 1991 年修正《1988 刑事審判法》時期

依據 1999 年 8 月出版的由內政部委託在 Bristol 大學的團隊所做的實證報告，透過追蹤檢察和警察系統在刑事程序中的運作情形，評估兒童虐待案件中證據的接受度及效率⁶⁹¹，報告中指出，「半套 Pigot 模式 (half Pigot)」

⁶⁸⁶ D.J. Birch, (4)Children's Evidence,Crim.L.R.1992,April,275.

⁶⁸⁷ J.Spencer,Reformer's Despair,New Law Journal 1991,787. 不過英國內國法院多認為只要有考慮過第 26 條的因素，就等與已經審酌了詰問權的保障。O'Brian, The right of confrontation: U.S. and European perspectives, Law Quarterly Review, 2005, 481-485.轉引自陳鈺歆，對質詰問權保障標準取代傳聞法則之研究—以歐洲法發展為例，台灣大學法律學研究所碩士論文，民國 97 年，頁 82。

⁶⁸⁸ EGMR 【Van Mechelen v. Niederlande】 StV 12/1997, 619.

⁶⁸⁹ EGMR 【Kostovski v. Niederlande】 StV 12/2000, 690,691.

⁶⁹⁰ D.J. Birch, (4)Children's Evidence,Crim.L.R.1992,April,275.

⁶⁹¹ Gwynn Davis, Laura Hoyano, Caroline Keenan, Lee Maitland and Rod Morgan, An Assessment of the Admissibility and Sufficiency of Evidence in Child Abuse Prosecution(HMSO:August 1999).轉引

存在著一些結構和程序上的問題。首先是「**現行立法模式的複雜性**」，從前述說明可知，立法者將「**攻擊或傷害**」及「**性本質犯罪**」的受害者做區分，適用條文的年齡也不一致，這樣的區別方式源於 Pigot 報告，但卻沒有多作解釋⁶⁹²，可見立法者雖然預先設定年齡較大的暴力犯罪被害人當庭陳述是沒有問題的，但事實上他們的陳述仍多所保留⁶⁹³，而且對於檢察官和警察而言，這樣的規定方式造成他們在判斷證人是否適用相關條文上的困難⁶⁹⁴；另外，由於條文中規定只適用在特定的法院，也造成檢察官爲了使用錄影證據而選擇特定的法院，也引發扭曲控訴程序的質疑⁶⁹⁵。再來是「**裁量造成的不確定**」，因爲條文中出現許多不確定的法律概念，如「**出於正義利益的考量**」，法官的裁量權在整個程序中不僅使檢察官感到不確定，也對兒童證人造成憂慮—因爲他們甚至在到達法庭後還不知道是否會採取錄影程序，相關裁定延遲到審判才決定，往往使證人無法事前做相關的準備⁶⁹⁶。此外，由於反詰問還是在審判中進行，但審判和錄影的時間往往隔得太久，在兒童記憶可能已經遺忘的情況下，造成對於錄影內容及兒童證人可信度的質疑⁶⁹⁷。

自 Laura C.H. Hoyano, Variations on a Theme by Pigot: Special Measures Directions for Child Witness, Crim.L.R.2000, April, 252.

⁶⁹² Judge Thomas Pigot Q.C., Report of the Advisory Group on Video-Recorded Evidence(London: HMSO, 1989), para. 2.36. 轉引自 Laura C.H. Hoyano, Variations on a Theme by Pigot: Special Measures Directions for Child Witness, Crim.L.R.2000, April, 252.

⁶⁹³ Laura C.H. Hoyano, Variations on a Theme by Pigot: Special Measures Directions for Child Witness, Crim.L.R.2000, April, 252.

⁶⁹⁴ Crown Prosecution Service Inspectorate, The Inspectorate's Report on Cases Involving Child Witnesses, Thematic Report 1/98(London:January, 1998) at para. 5.1-5.15.轉引自 Laura C.H. Hoyano, Variations on a Theme by Pigot: Special Measures Directions for Child Witness, Crim.L.R.2000, April, 253.

⁶⁹⁵ Crown Prosecution Service Inspectorate, The Inspectorate's Report on Cases Involving Child Witnesses, Thematic Report 1/98(London:January, 1998) at paras 7.40-7.44. 轉引自 Laura C.H. Hoyano, Variations on a Theme by Pigot: Special Measures Directions for Child Witness, Crim.L.R.2000, April, 253.

⁶⁹⁶ Laura C.H. Hoyano, Variations on a Theme by Pigot: Special Measures Directions for Child Witness, Crim.L.R.2000, April, 253-254.

⁶⁹⁷ Laura C.H. Hoyano, Variations on a Theme by Pigot: Special Measures Directions for Child Witness, Crim.L.R.2000, April, 255.

第三款 《1999 青少年審判及刑事證據法》時期

就 1999 年的修正及增訂而言，不僅擴大了適用特殊措施的主體資格，也增加了可供使用的特殊措施種類，並使得上開特殊措施在所有的法院中都可使用⁶⁹⁸，透過合併多種規定的立法模式，提高了證人在刑事程序中可受到的保護；並且簡化了進了特殊措施的門檻規定—以聽證時是否為 17 歲以下為標準（本法第 16 條），非 17 歲以下者則必須考慮是否有生理或心理上的障礙、不適而影響作證能力，比起前述 1991 年的第 32A 條第 7 項第 a,b 兩款要簡易、明瞭的多⁶⁹⁹；再者，在這次的法案中增加了「審前的反詰問」制度，使得證人的記憶得以在其清晰時受檢驗，增加證人證詞的可信度⁷⁰⁰，而且可以讓檢察官有及早撤回或降低起訴罪名層級的審查機會，避免司法資源浪費⁷⁰¹，也可以透過預先確定日期的陳述，減輕證人因審判或其它程序延期所遭受的壓力⁷⁰²。

不過，也有對於這次修法的批評。首先，雖然在進入特殊措施的門檻規定有所簡化，但在可使用個別措施的門檻上則不然，如圖表 B 所示，是極度複雜的框架—依據不同罪名而應適用的相應程序考量也不一，且以罪名區別的理由仍然不充分⁷⁰³；此外，從圖表 B、圖表 C 中也顯現出 1999 年法案的「規定交錯化」及「條文多分段」的特色，一方面在於避免以不充分的理由拒絕適用特殊措施，另一方面也希望保持彈性以因應實際情況的改變，但

⁶⁹⁸ Debbie Cooper, SPECIAL MEASURES FOR CHILD WITNESSES: A SOCIO-LEGAL STUDY OF CRIMINAL PROCEDURE REFORM, July 2010, p.62-63.

⁶⁹⁹ Laura C.H. Hoyano, Variations on a Theme by Pigot: Special Measures Directions for Child Witness, Crim.L.R.2000, April, 260.

⁷⁰⁰ Laura C.H. Hoyano, Variations on a Theme by Pigot: Special Measures Directions for Child Witness, Crim.L.R.2000, April, 265-266.

⁷⁰¹ Laura C.H. Hoyano, Variations on a Theme by Pigot: Special Measures Directions for Child Witness, Crim.L.R.2000, April, 266.

⁷⁰² Laura C.H. Hoyano, Variations on a Theme by Pigot: Special Measures Directions for Child Witness, Crim.L.R.2000, April, 267.

⁷⁰³ Laura C.H. Hoyano, Variations on a Theme by Pigot: Special Measures Directions for Child Witness, Crim.L.R.2000, April, 260-261.

這也造成了不可避免的衝突，使得整個規定更加複雜化⁷⁰⁴。另外，就審前錄影會談的使用用途上，相較於加拿大及紐西蘭的檢方可以自由選擇如何將錄影會談作為證人主詰問證言陳述之一部⁷⁰⁵，議會在 1991 年對控方採取了硬性的模式－實際上只能接受或拒絕其構成原始證人的主詰問陳述，但透過 1994 年允許補充主詰問的修正加以緩和⁷⁰⁶。而就「審前的反詰問」制度，也有辯方律師認為準備時間不夠無法為有效的辯護，或認為議題有被預先設定的不公平疑慮等質疑⁷⁰⁷。此外，本法案所提供的各種特殊措施，並非都在同一天生效，也非各個法院都同時適用⁷⁰⁸，使制度的使用上更加複雜；而迥異於以往所採取的生效命令（Commencement Order）方式，各規定必須等到內政部以通知書（notification letters）指定日期及可適用的法院才完全生效⁷⁰⁹，如第 28 條的「審前的反詰問」制度就還未指定日期及適用法院⁷¹⁰，也無法透過完整的交互運用以達到立法之初所設想的效果。

第四款 《2003 刑事審判法》時期

從《2003 刑事審判法》的立法背景及目的可以得知，立法者有意對刑事程序做大規模的改革，而與錄影證據相關者（第 137 條、第 138 條）或是相關的傳聞規定（第 116 條）都是證據章的重要修正。從內容上來看，在第 116 條的部分，仍然被認定是對《1988 刑事審判法》第 23 條的改良，它包

⁷⁰⁴ Laura C.H. Hoyano, Variations on a Theme by Pigot: Special Measures Directions for Child Witness, *Crim.L.R.*2000, April, 261.

⁷⁰⁵ Laura C.H. Hoyano, Variations on a Theme by Pigot: Special Measures Directions for Child Witness, *Crim.L.R.*2000, April, 263.

⁷⁰⁶ Criminal Justice and Public Order Act 1994, s.50.

⁷⁰⁷ Laura C.H. Hoyano, Variations on a Theme by Pigot: Special Measures Directions for Child Witness, *Crim.L.R.*2000, April, 287-268.

⁷⁰⁸ Debbie Cooper, SPECIAL MEASURES FOR CHILD WITNESSES: A SOCIO-LEGAL STUDY OF CRIMINAL PROCEDURE REFORM, July 2010, p.62.

⁷⁰⁹ Debbie Cooper, SPECIAL MEASURES FOR CHILD WITNESSES: A SOCIO-LEGAL STUDY OF CRIMINAL PROCEDURE REFORM, July 2010, p.70.

⁷¹⁰ Debbie Cooper, SPECIAL MEASURES FOR CHILD WITNESSES: A SOCIO-LEGAL STUDY OF CRIMINAL PROCEDURE REFORM, July 2010, p.84-85.

括了許多對於先前模式批評的回應⁷¹¹：首先，新規定適用於所有第一手的傳聞，而不用如《1988 刑事審判法》第 23 條限定在「有(文件)記錄(documentary) 的證據」⁷¹²；第二，要求陳述的製作者可以被法院確認，避免無法查證製作者的可信性⁷¹³；第三，過去《1988 刑事審判法》第 25 條和第 26 條的裁量和許可規定不再，任何陳述只要合乎第 116 條的情況就自動可為使用—但第 116 條第 2 項第 e 款的事由仍需得到法院許可⁷¹⁴；第四，避免有當事人一方依賴其所造成的缺席證人⁷¹⁵。另外，在第 116 條也要求法院必須考量《1999 青少年審判及刑事證據法》第 19 條以下的保護措施是否能夠解決缺席證人陳述的問題⁷¹⁶。

至於錄影證據的專條規定（第 137 條、第 138 條），由於尚未由內政部簽署通知書，所以仍未生效。雖然第 137 條的適用主體是限定在特定重罪的證人，且需得法院許可，然一旦第 137 條、第 138 條生效，某程度意味著將使證人從本來極度限制的「口頭陳述例外」中解放出來⁷¹⁷，傳統的英國刑事程序將面臨瓦解⁷¹⁸；且已經有學者擔心，這樣的條文似乎意味著在《1999 青少年審判及刑事證據法》中被作為特殊措施的錄影，將不再特殊—如果一

⁷¹¹ Di Birch, Criminal Justice Act 2003 (4)Hearsay:Same Old Story, Same Old Song?, Crim.L.R.2004,July,566.

⁷¹² Law Commission Report No.245, Evidence in Criminal Proceedings: Hearsay and Related Topics, Cm.3670(1997), para.8.4. www.lawcom.gov.uk/docs/lc245.pdf (最後瀏覽日期：2011 年 4 月 24 日)

⁷¹³ Law Commission Report No.245, Evidence in Criminal Proceedings: Hearsay and Related Topics, Cm.3670(1997), para.8.5.

⁷¹⁴ Law Commission Report No.245, Evidence in Criminal Proceedings: Hearsay and Related Topics, Cm.3670(1997), para.8.72-8.77.

⁷¹⁵ Law Commission Report No.245, Evidence in Criminal Proceedings: Hearsay and Related Topics, Cm.3670(1997), para.8.30,8.42.

⁷¹⁶ Di Birch, Criminal Justice Act 2003 (4)Hearsay:Same Old Story, Same Old Song?, Crim.L.R.2004,July,567. ; Law Commission Report No.245, Evidence in Criminal Proceedings: Hearsay and Related Topics, Cm.3670(1997), para.8.59, Fn. 86.

⁷¹⁷ Di Birch, Criminal Justice Act 2003 (4)Hearsay:Same Old Story, Same Old Song?, Crim.L.R.2004,July, 572.

⁷¹⁸ Paul Roberts/Debbie Cooper/Sheelagh Judge, Monitoring success,accounting for failure:The outcome of prosecutors' applications for special measures directions under the Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999,(2005) 9 THE INTERNATIONAL JOURNAL OF EVIDENCE & PROOF, 290.

且擴大到非 VIWs 或是對所有的證人都適用的一般性措施⁷¹⁹。

第五款 實際運作情形

參考 2003 年 4 月到 2004 年 3 月的「就特殊措施施行持續觀察」的實證報告⁷²⁰，首先，就進入使用特殊措施的門檻，根據警方在調查中或之後負責起訴的 CPS⁷²¹的認定，在全部的證人之中有半數⁷²²被認為是 VIWs⁷²³，合計共 6064 個證人。其中以受害者為多數，占全部的 64%⁷²⁴，涉犯罪名最多的情形是「兒童虐待」，占 27%，其次是 12%的「家庭暴力」⁷²⁵；且以女性居多，達 56%⁷²⁶；以兒童證人所占的比例最大（達 74%），無防禦能力者次之（15%）⁷²⁷。至於就聲請特別措施者，則占 VIWs 的 81%，且以兒童最容易適用相關的特殊措施聲請⁷²⁸。而在所有的特殊措施聲請中，以「錄影做為主

⁷¹⁹ Paul Roberts/Debbie Cooper/Sheelagh Judge, Monitoring success,accounting for failure:The outcome of prosecutors' applications for special measures directions under the Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999,(2005) 9 THE INTERNATIONAL JOURNAL OF EVIDENCE & PROOF, 290.

⁷²⁰ Debbie Cooper /Paul Roberts, Special Measures for Vulnerable and Intimidated Witnesses: An Analysis of Crown Prosecution Service Monitoring Data, p.1. www.cps.gov.uk/legal/assets/uploads/files/monitoring%20data.pdf（最後瀏覽日期：2011 年 4 月 24 日）

⁷²¹ 全稱為 The Crown Prosecution Service，為負責起訴由英國及威爾斯警方所調查的刑事案件機構，成員包括檢察官、助理檢察官、個案工作者及行政人員。詳細介紹可見該機構網站：<http://www.cps.gov.uk/yourcps.html>

⁷²² Debbie Cooper /Paul Roberts, Special Measures for Vulnerable and Intimidated Witnesses: An Analysis of Crown Prosecution Service Monitoring Data, Table 3-A,p.64-65.

⁷²³ 為「無防禦能力者（Vulnerable）：因生理或心理因素影響其作證能力者，即本法第 16 條第 2 項第 a,b 款」、「懼為證言者（Intimidated）：對於作證感到恐懼或痛苦者，參考本法第 17 條第 2 項的考慮因素」、「兒童證人：聽證時 17 歲以下者，本法第 16 條第 1 項第 a 款」三類證人的合稱。

⁷²⁴ Debbie Cooper /Paul Roberts, Special Measures for Vulnerable and Intimidated Witnesses: An Analysis of Crown Prosecution Service Monitoring Data, Table 2-B, p.48.

⁷²⁵ Debbie Cooper /Paul Roberts, Special Measures for Vulnerable and Intimidated Witnesses: An Analysis of Crown Prosecution Service Monitoring Data, Table 2-D, p.53.

⁷²⁶ Debbie Cooper /Paul Roberts, Special Measures for Vulnerable and Intimidated Witnesses: An Analysis of Crown Prosecution Service Monitoring Data, Table 2-C, p.51

⁷²⁷ Debbie Cooper /Paul Roberts, Special Measures for Vulnerable and Intimidated Witnesses: An Analysis of Crown Prosecution Service Monitoring Data, Table 2-A,p.40..

⁷²⁸ 其中兒童證人有 3930 人（在 4920 人中占了 87%）。Debbie Cooper /Paul Roberts, Special Measures for Vulnerable and Intimidated Witnesses: An Analysis of Crown Prosecution Service

詰問陳述（即本法第 27 條適用）」者，在所有的個別措施聲請中占 28%，為所有措施中的第二位，僅次於聲請「閉路電視傳送」的 62%⁷²⁹，並且以適用在兒童證人的部分最常見⁷³⁰；而在真正進入到法院考慮的特殊措施中⁷³¹，以錄影做為主詰問陳述（即本法第 27 條適用）」的 87% 最高⁷³²，而且聲請成功的機率高達 99%⁷³³，並且以兒童證人的聲請及允許使用率最高⁷³⁴。至於拒絕的理由，從實證中所檢附之 109 個聲請否決的案例說明⁷³⁵中顯示，「錄影證據」被拒絕的理由有：**與條文依據不合**，如年齡非 17 歲以下⁷³⁶、太晚聲請⁷³⁷；**器材設備問題**，如場地缺乏該設備⁷³⁸、錄影帶時間太長（法庭缺乏剪輯設備）⁷³⁹、錄影品質太差⁷⁴⁰；**法院裁量後否決**，有些是使控方感到無理由的原因⁷⁴¹、

Monitoring Data, Table 3-B, p.76.

⁷²⁹ 雖然 28% 和 62% 差距不小，但其他措施的比率更低，如第三位的「屏幕遮蔽措施」僅 7%。前揭註, Table 3-C, p.78. 另外，在有聲請特別措施的 4920 個 VIWs 中，聲請以錄影資料作為主要證據者占 41%，居於次位。Debbie Cooper /Paul Roberts, Special Measures for Vulnerable and Intimidated Witnesses: An Analysis of Crown Prosecution Service Monitoring Data, Table 3-C, p.78.

⁷³⁰ 在被認定是 VIWs 且有聲請特殊措施的兒童證人中，聲請錄影資料作為主要證據者占 47%。Debbie Cooper /Paul Roberts, Special Measures for Vulnerable and Intimidated Witnesses: An Analysis of Crown Prosecution Service Monitoring Data, Table 3-F, p.80.

⁷³¹ 並非所有的聲請措施都會進入到法官的判斷，有些案子是被放棄的，或是透過認罪解決。Debbie Cooper /Paul Roberts, Special Measures for Vulnerable and Intimidated Witnesses: An Analysis of Crown Prosecution Service Monitoring Data, p.107

⁷³² Debbie Cooper /Paul Roberts, Special Measures for Vulnerable and Intimidated Witnesses: An Analysis of Crown Prosecution Service Monitoring Data, Table 5-A, p.108.

⁷³³ Debbie Cooper /Paul Roberts, Special Measures for Vulnerable and Intimidated Witnesses: An Analysis of Crown Prosecution Service Monitoring Data, Table 5-E, p.111.

⁷³⁴ Debbie Cooper /Paul Roberts, Special Measures for Vulnerable and Intimidated Witnesses: An Analysis of Crown Prosecution Service Monitoring Data, Table 5-B, 5-C 5-D, p.109-110. Table 5-F, 5-G, 5-H, p.113-114.

⁷³⁵ Debbie Cooper /Paul Roberts, Special Measures for Vulnerable and Intimidated Witnesses: An Analysis of Crown Prosecution Service Monitoring Data, p.119-127. Table 5-J, 5-K, 5-L.

⁷³⁶ 這部分的聲請案號為 V1, C-13/C-14。Debbie Cooper /Paul Roberts, Special Measures for Vulnerable and Intimidated Witnesses: An Analysis of Crown Prosecution Service Monitoring Data, p.119, 124.

⁷³⁷ 這部分的聲請案號為 I-2, C-19/C-20, C-21/C-22/C-23, C-24/C-25/C-26。Debbie Cooper /Paul Roberts, Special Measures for Vulnerable and Intimidated Witnesses: An Analysis of Crown Prosecution Service Monitoring Data, p.120, 125.

⁷³⁸ 這部分的聲請案號為 I-1。Debbie Cooper /Paul Roberts, Special Measures for Vulnerable and Intimidated Witnesses: An Analysis of Crown Prosecution Service Monitoring Data, p.120.

⁷³⁹ 這部分的聲請案號為 C-1。Debbie Cooper /Paul Roberts, Special Measures for Vulnerable and

有的是因為錄影內容有太多不被採用的傳聞或不公平的預斷內容⁷⁴²。

第六款 小結

綜上所述，在《2003 刑事審判法》第 137 條及第 138 條尚未生效的情形下，依《1999 青少年審判及刑事證據法》相關法條的操作，特殊措施的使用者多半還是「被害證人」，且集中在兒童或青少年為被害者的特定類型犯罪，使得此種證人保護措施還是帶有比較強烈的「被害者保護」色彩，這也可以與「對其它證人適用與否」的程序差異上看出端倪：在後者的情形，立法者主要考量的是如何達到最佳的司法利益。此外，雖然錄影證據的聲請率和通過率都頗高，可見其確有一定的保護效果及需要程度，不過，從其整個判斷適用程序的複雜流程看來，要考量的不是只有證人本身，還包括對於「被告」及對「整體司法利益」的影響，以及設備資源的考量，可見在英國立法者的眼中，這並不是個可以用幾個法條就簡單解決的問題。

第二節 與我國法制之比較

以下，將透過對我國法與外國法（德國、美國及英國）的比較，分別就「立法背景—法律效果」及「制度設計」兩方面加以分析，以做為對我國目前制度的檢討。

Intimidated Witnesses: An Analysis of Crown Prosecution Service Monitoring Data, p.124.

⁷⁴⁰ 這部分的聲請案號為 C-2,C-3,C-4,C-5,C-6,C-7,C-8。Debbie Cooper /Paul Roberts, Special Measures for Vulnerable and Intimidated Witnesses: An Analysis of Crown Prosecution Service Monitoring Data, p.124,130-131.

⁷⁴¹ 這部分的聲請案號為 V-2,C-15/C-16,C-17/C-18。Debbie Cooper /Paul Roberts, Special Measures for Vulnerable and Intimidated Witnesses: An Analysis of Crown Prosecution Service Monitoring Data, p.119,124-125.

⁷⁴² 這部分的聲請案號為 C-9/C-10。Debbie Cooper /Paul Roberts, Special Measures for Vulnerable and Intimidated Witnesses: An Analysis of Crown Prosecution Service Monitoring Data, p.124；另外，C-2,C-3,C-4,C-5,C-6,C-7,C-8 亦可能歸類於此。Debbie Cooper /Paul Roberts, Special Measures for Vulnerable and Intimidated Witnesses: An Analysis of Crown Prosecution Service Monitoring Data, p.131-135.

第一項 立法目的—法律效果

第一款 外國法制

第一目 立法背景

參考德國、英國及美國的相關制度立法背景，無獨有偶的，都是就日漸增加的「兒童性濫用（虐待）案件」所為之因應，且鑒於多數的實證報告認為年紀越小者越無法適應現行的刑事程序，故希望能減少未成年人在刑事程序中所感到的壓力，希望透過程序的改良來減輕未成年證人（特別是被害人）的負擔，以保護證人；至於在成年人的部分，鑒於實際需要，在某些情形下，成年人可能因為某些「個人的心理或生理因素」以致無法之後在審判庭出庭陳述，此時，為了發現真實的需要及整體司法利益考量，必須要讓這些先前的陳述得以進入法院。因此，對於偵訊中的證人為錄音錄影是一種同時兼具「證人保護」及「證據保全」的措施。

第二目 法律效果

事實上，承前所述，在偵查中訊問證人時予以錄音錄影有許多功能：透過偵查初期證人記憶還清晰時，以錄音錄影方式記錄證人陳述，除了有助於避免證人遺忘，做為記憶提醒的資料⁷⁴³或做為日後審判中陳述的佐證⁷⁴⁴外，也可以提供偵查機關更為完整的資料，幫助其了解案情⁷⁴⁵；另外，在有需要多個單位整合負責的案件（如性侵害案件），該錄影帶可以減少證人必須對

⁷⁴³ Brainerd, C. & Ornstein, P. A. (1991) Children's memory for witnessed events. In J. Doris (Ed.) *The Suggestibility of Children's recollections*. Washington DC: APA Press. 轉引自 Judy Cashmore, *The Use of Video Technology for Child Witnesses*, *Monash University Law Review* Vol.16, No.2 (1990), at 238.; 德國刑事訴訟法第 253 條參照。

⁷⁴⁴ Conversation with Ken Freeman, Deputy District Attorney, Los Angeles, Cal. (June 1983). 轉引自 KEE MacFARLANE, *SYMPOSIUM ON CHILD SEXUAL ABUSE PROSECUTIONS: THE CURRENT STATE OF THE ART: ARTICLE: Diagnostic Evaluations and the Use of Videotapes in Child Sexual Abuse Cases*, 40 *U. Miami L. Rev.* 135, at 144.

⁷⁴⁵ Scheumer, *Videovernehmung kindlicher Zeugen Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes*, *Göttinger Studien zu den Kriminalwissenschaften* Band 2, 2007, S.131.

每個機關都為陳述所造成的困擾⁷⁴⁶，也可節省訊問時間；而如果有治療的需要，醫生或專家也可以透過錄影帶了解陳述者的情況⁷⁴⁷。

不過，除了上述的功能外，如果該錄音錄影資料可以代替證人日後在審判中的陳述，將可以減少證人因為必須再次出庭陳述並受詰問的機會，這也是三國立法者認為使用證人錄音錄影資料的最大功能⁷⁴⁸—即透過審前較彈性、輕鬆的面談，讓證人可以在壓力比較小的情形下為陳述，以求證言的任意性和真實性，並以此代替審判中較嚴肅、制式化的陳述和詰問，以達到保護證人的效果；另外，透過比起傳統文字筆錄更要完整、豐富的影音記錄，以彌補證人可能無法出庭，但又能兼顧發現真實的證據保全制度。這也是三國在其刑事程序條文中，明文規定在審判中使用的法律效果。

第二款 我國法

第一目 立法背景

我國就偵訊中對證人的錄音錄影規定，並不像前開的外國法制一般有單一、整體概括性的法律規定，而是就「性侵害被害證人」及「性侵害被害人以外之證人」兩種類型的證人，各別以不同的行政規則加以規範。首先，就「性侵害被害證人」而言，對於其於偵查中錄音的規定為「性侵害案件減少被害人重複陳述作業要點」及檢警機關在踐行上開要點的「注意事項」、「實施計畫」。上開規定的制定是為了落實「性侵害犯罪防治法」防治性侵害犯罪及保護被害人之立法意旨，避免性侵害案件被害人從報案開始，於刑事程序

⁷⁴⁶ KEE MacFARLANE, Diagnostic Evaluations and the Use of Videotapes in Child Sexual Abuse Cases, 40 U. Miami L. Rev.135, at 136-138 (1985) .

⁷⁴⁷ KEE MacFARLANE, Diagnostic Evaluations and the Use of Videotapes in Child Sexual Abuse Cases, 40 U. Miami L. Rev.135, at 139-140.

⁷⁴⁸ Judy Cashmore, The Use of Video Technology for Child Witnesses, Monash University Law Review Vol.16, No.2 (1990) ,at 235. ; Research Findings No.100, p.3, <http://rds.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs/r100.pdf> (最後瀏覽日期:2011年4月24日); 德國刑事訴訟法部分，可比較第255a條第1項、第255a條第2項及第253項的要件及法律效果。

中多次重複陳述案情一再面對創傷⁷⁴⁹，也為了解決性侵害案件處理歷程冗長、過程重複與喪失偵查先機、欠缺整合專業部門的團隊合作、資源無法相互支援的問題⁷⁵⁰，「內政部家庭暴力及性侵害防治委員會」邀集各方專家針對性侵害案件在檢察、警察、社政、醫療各個體系流程中的處理所為一整合性方案⁷⁵¹。而其中，對被害證人陳述的錄音錄影即為採取的方式之一。

而就一般的證人而言，相關的規定是「**檢察及司法警察機關使用錄音錄影及錄製之資料保管注意要點**」及「**警察偵查犯罪手冊**」。前者是依據刑事訴訟法第 100 之 1 條第 3 項對於偵查中被告陳述錄音錄影資料的保存方法而訂定之要點，依據該要點第 1 點，係在落實偵查中確實對被告陳述錄音錄影，以確保筆錄公信力，是故從此觀之，第 3 點中對於**非被告者**的規定應只是附帶提及⁷⁵²，但依其規定內容，旨在「審判中便於證明其陳述之可信性」；而後者為警政署因應警察偵查刑事案件工作需要而制定，要求如有證人所涉案件為重罪，或重病或即將出國的情形（條文中的「有必要」），則應該同時錄音，此為因應刑事訴訟法第 159 之 2 條、第 159 之 3 條的規定，便於日後審判中證明證人陳述之可信性，也能防止日後翻供⁷⁵³。

第二目 法律效果

關於偵訊中對證人錄音錄影的功用，前述外國法所提及的：避免證人記憶疑忘、提供偵查機關更完整的資訊、節省證人多次陳述所造成的困擾、佐

⁷⁴⁹ 性侵害案件減少被害人重複陳述作業工作手冊，內政部家庭暴力及性侵害防治委員會 編，內政部家庭暴力及性侵害防治委員會出版，民國 95 年 6 月 2 版，序。

⁷⁵⁰ 性侵害案件減少被害人重複陳述作業工作手冊，內政部家庭暴力及性侵害防治委員會 編，內政部家庭暴力及性侵害防治委員會出版，民國 95 年 6 月 2 版，頁 A-3,A-4,A-5,A-6。

⁷⁵¹ 性侵害案件減少被害人重複陳述作業工作手冊，內政部家庭暴力及性侵害防治委員會 編，內政部家庭暴力及性侵害防治委員會出版，民國 95 年 6 月 2 版，頁 A-7；臺內防字第 0910072818 號，內政部公報第 8 卷第 1 期，民國 92 年 1 月 16 日，頁 264-282。

⁷⁵² 惟似乎有踰越授權規範目的外的疑慮，已於前述，在此不贅。

⁷⁵³ 何明洲，犯罪偵查原理與實務，中央警察大學出版，民國 98 年 4 月，頁 223。

證證言可信性及醫療用途，在我國規定或是實務上多也承認⁷⁵⁴；惟最大之不同在於，我國並沒有對於偵訊中證人的錄音錄影資料有獨立的法律效果—即「代替審判中之陳述」。就**性侵害被害人**部分，相關規定並未賦予錄音錄影資料有獨立的法律效果，所以必須回歸「非被告之證人庭外陳述」的**傳聞本質**，依據「性侵害犯罪防治法」第 17 條，在被害人有「因受害而無法陳述」或「到庭後身心狀況無法負荷訊（詰）問」的情形時，之前在警察或檢察官偵查中的陳述，經證明為特別可信者，得為證據，但依據前開所附之實務判決及相關實證報告意見可知，該錄音錄影似僅做為有「特別可信」的輔助，而無法直接被例外允許作為證據；而在**一般證人**的情形，同樣也是必須回到證人審前陳述的傳聞本質，依照刑事訴訟法中第 159 之 1 條第 2 項、第 159 之 2 條及第 159 之 3 條加以操作，但依據實務操作的結果，就所搜尋到的判決加以觀察，錄音錄影同樣也僅做為陳述是否具特別可信性的參考標準之一⁷⁵⁵。

第三款 小結

從**立法背景**而言，和外國法制相同處在於對被害人在刑事程序中的保護，但我國仍只限於「性侵害犯罪」的被害人，比起外國法而言適用範圍較窄；至於一般證人部分，並不像外國法在一定情形下賦予偵訊中錄音錄影陳述的獨立證據效果，而是僅將其作為輔助「陳述具可信性」的標準之一。另外，相對於外國法皆以「嚴格意義的法律」⁷⁵⁶加以規定偵訊中對證人錄音錄

⁷⁵⁴ 在性侵害被害人的情形，依「**性侵害案件減少被害人重複陳述作業要點**」及其相關的「**注意事項**」、「**實施計畫**」規定，對被害證人錄音錄影就是希望可以減少在偵查中被多個相關機構重複訊問的次數，以降低被害人的負擔，而透過事先勘驗錄音錄影資料，可以避免檢察官或法官就相關問題為重複訊問，也提供偵查機關和審判機關比較完整的案件資訊，並避免證人記憶遺忘，也可增強證人陳述的可信性。姚淑文、張錦麗，「性侵害案件減少被害人重複陳述方案」推動後的結果與未來發展方項，律師雜誌第 301 期，民國 93 年 10 月，頁 44-46。在一般證人的情形，依相關規定可知其在於佐證陳述之可信性，作為引進傳聞的基礎或是增加證人當庭陳述的可信度或是作為證詞非出於任意性的抗辯基礎。

⁷⁵⁵ 我國對於該影音記錄在審判中的使用，即與傳聞法則間之關係，將於第七章做更深入的討論，在此僅先呈現結論。

⁷⁵⁶ 在英國法的部分，就錄音錄影程序的細節是透過「非法律性質」的**指南**加以建議，但其建議

影，我國卻以「行政規則」的方式加以規定，拙見以為，或許是因為立法者並無意賦予此等錄音錄影資料任何強制性或獨立的法律效果，故僅將其視為在偵查中訊問所使用的手段，而不認為需要以嚴格意義的法律加以規定，以保持其彈性，惟從前述討論可知，錄音錄影本身即是對人格權的干預，之後的使用更可能侵害證人的隱私權，這是即使未賦予其獨立法律效果也會發生的，是否絕對沒有以法律規定的必要，仍有疑慮；而雖然條文及判決多將其做為判斷「特別可信性」有無的標準之一，但其實「身分」在偵查中並不具有穩定性，隨時有可能由證人轉成被告，更有把被告當證人的情形發生，為避免以身分規避權利保障，證人陳述的「任意性」亦有保護必要，為何無法像對「被告的錄音錄影規定」一般以「嚴格意義的法律」加以規定，以作為保障非主動進入刑事程序者的「價值宣示」或統一實務做法的「指示」？仍有討論空間。

至於法律效果的部分，是否要允許其代替庭內陳述的直接性使用，當然可以由立法者考量司法資源及實際需要後加以決定，未必要仿照外國法制的做法；但是錄音錄影所提供的將是不同於傳統筆錄的全面性、客觀性及完整性，如果可以確保一定的品質，其證據效果是否比一般的庭外陳述記錄還弱？能否因其特殊性而給予相等更強或於筆錄的法律效果？都是值得思考的問題。

第二項 制度設計

以下，將先針對外國法制對於偵訊中證人錄音錄影的制度設計加以歸納整理，一共分為四個部分：「前提要件」一指的是適用的證人類型、進入程序的方式（當事人聲請或法官職權決定或其它要求）；「訊問型態要求」一也就是對整個訊問過程的設計：例如訊問的地點、訊問主體、在場權人的要求及補充訊問的許可與否；「檢視資料及隱私權規定⁷⁵⁷」一給與程序參與者檢

常成為之後修法的內容。Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings : Guidance on Interviewing Victims and Witnesses, and Using Special Measures, Introduction 2, <http://anitp.mai.gov.ro/ro/docs/metodologii/Achieving%20Best%20Evidence%20a%20Guide%20for%20interviewing%20victims.pdf>（最後瀏覽日期：2011年3月21日）

⁷⁵⁷ 這裡主要討論的是在對偵查中錄音錄影規定中，就適用於法庭內辯護的傳統閱卷（或資訊揭露）行為為規範對象的部分。至於以限制辯護人「法庭外」的辯護行為，以作為約束審判前「法

視影音資料的機會及對證人的隱私權保護規定；「保存、銷毀規定」－影音記錄的保存及銷毀措施。接下來，將依上述四個部分檢驗我國法的相應規定，並與上開外國法制相互對照、比較。

第一款 外國法制

第一目 前提要件

在「適用的證人類型」上，德國法區分為「得錄音錄影」及「應錄音錄影」兩種：前者為所有的證人⁷⁵⁸，後者則必須是「未滿 18 歲的被害者證人，且有值得保護的利益」或「證人有無法在主審法庭中應訊之虞，而錄音錄影對真相查明有必要」；美國法的各州和聯邦有不同的規定：在州法的部分，主要是兒童或青少年的特定犯罪被害人，或是因面對被告而使其作證能力受影響的年幼證人，部分州也將成年人納入，但有「心智障礙」或「心智障礙」的成年證人將「因出庭而承受一定程度的心理傷害」的限制要件，聯邦法典則以「未滿 18 歲的特定犯罪被害人或他人犯罪之證人」；英國法依《1999 青少年審判及刑事證據法》，將「錄影面談作為證據」視為證人保護措施的一種，有保護資格(適格)的證人包括了：「聽證時 17 歲以下者」、「成年的性侵害被害人」、「因身心障礙而影響作證能力者」及「懼為作證者」；《2003 刑事審判法》第 137 條雖尚未生效，但是其已不將「錄影面談作為證據」視為特殊程序，而是一般性的規定，僅在罪名上限制為重罪案件或非重罪但經內政部特定之罪。

在「進入程序的方式」上，德國法上的兩種區分：「應錄音錄影」者自動進入程序⁷⁵⁹，「得錄音錄影」者則取決於執法者的個案衡量，雖然條文上

庭外言論」的其他規定，將留待第八章詳加說明。

⁷⁵⁸ 非「應錄音錄影」的證人是否要被錄音錄影，必須在個案中為比例原則的仔細衡量，如果是一個有豐富內容的決定性的證言，其涉及複雜的案件事實或是當訊問的進行變得格外困難的情形，就要考慮錄音錄影的採取。Scheumer, Videovernehmung kindlicher Zeugen, Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes, 2007, S. 37.

⁷⁵⁹ 雖然條文使用「應」，但其實都還是保留了一定的裁量空間：第 58a 條第 1 項第 2 句第 1 款必須「有值得保護的利益」，第 58a 條第 1 項第 2 句第 2 款必須是「錄音錄影對查明真相有必要」。

並沒有規定要徵求證人同意，但一般的實務操作上都會如此；美國法則有「聲請制」及「法官職權決定」兩種立法模式，可以只採一種或兩種都採：前者為聯邦刑事規則及部分州法所採，聲請人主要是檢察官，但被告方、證人方也有權利，有些州會特別強調聲請的程序要件，如以書面為之、三天呈遞或通知被告，後者也有部分州法採取；**英國法**的部分則比較複雜，依《1999 青少年審判及刑事證據法》，其採取「程序中任一方聲請」或「法院依職權決定」的方式，但之後除了「聽證時 17 歲以下者」自動合乎進入特殊程序的資格，「成年的性侵害被害人」除非其拒絕外亦同，其他兩類還必須通過「證據品質是否因證人的情形而有所減損」及「證人是否願意」兩項檢測，以取得**合格聲明**，再由內政部就可使用的具體措施加以確認後，決定最能增進證據品質的措施（如同法第 27 條）；另外，就「兒童或青少年」與「成年人」的進入程序審查要件也不完全相同，對於前者的限制較鬆，對於後者（或尤其是「懼為作證者」）的限制較嚴，而在「兒童或青少年」中又以是否為「特定犯罪被害人」有不同的考量。而尚未生效的《2003 刑事審判法》第 137 條，採取的是「法官許可使用錄影證據裁定」的模式。

第二目 訊問型態要求

在**德國法**的部分，「訊問主體」可以是警察、檢察官或法官，但是日後要能代替審判中證人陳述者只有「法官訊問」的情形；在「訊問地點」部分，雖然條文上沒有特別規定，但實務在操作上多半會附有相關設備的偵訊室中進行；在法官訊問時，有「**在場權**」之人為被告、被告律師及檢察官⁷⁶⁰，然若因被告或其他在場權人在場而對證人造成重大不利急迫危險，且無法經由其他方式排除，法官應排除其在場，但透過同步影音傳播加以彌補；在允許以影音記錄代替證人審判中陳述的情況下，如果有新事實出現在審判程序中播放錄影帶後，且證人就此未為陳述者，允許「**補充訊問**」。就**美國法**而言，在州法的部分，有些會要求由法官或法官指派適當人選主持訊問，有些要求在特定場所（如法官會議室或法庭以外的處所再以閉路電視傳送到法庭）進行，但有為數不少的州都在條文上明確規定一定關係人（主要是被告、被告

⁷⁶⁰ 德國刑事訴訟法第 168c 條第 2 項。

律師、檢察官及器材操作人員) 得在場, 也賦予其向陳述者提問的權利, 至於是否允許補充訊問? 有些州法規定有特別強調, 如果沒有額外訊問的理由或必要, 證人將不用再出庭; 在聯邦法典部分, 與前述州法的規定相似, 也是要求由審判中的法官如同審判中的訊問方式主持, 並允許一定關係之人在場及提問, 地點部分條文並未明確要求⁷⁶¹, 至於是否允許補充訊問? 如果有出現在錄影後的新證據, 在有較好的理由下, 法院可以要求額外的錄影證言。英國法部分, 從《1999 青少年審判及刑事證據法》第 27 條中, 並未對訊問的形式有所限制, 也就是允許刑事程序外的人來製作訊問影帶, 例如精神科醫生, 但是實際上還是以警察主導的會談訊問居多⁷⁶², 同時, 參考「在刑事程序中取得最佳證據: 與被害人、證人會談及使用特殊措施指南 (Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings : Guidance on Interviewing Victims and Witnesses, and Using Special Measures)」的建議, 訊問主體會以調查團隊成員居多, 只有在訊問兒童的情形, 為了取得信任, 可能會找非調查團隊中但與兒童熟悉之人為主導訊問⁷⁶³; 至於訊問地點部分, 前述 ABE 指南中建議, 除了在良好設施的訊問室內進行外, 如有需要也可以在證人家中, 但要避免住址被特定⁷⁶⁴; 「在場權人」部分限於主要訊問人、訊問監督人、「設備操作人員」、「口譯人」、「中間人」及「訊問輔助人」⁷⁶⁵; 另外, 條文中有規定, 在錄影面談訊問中未完善解決的事項, 且有在錄影訊問後有實質的情形改變, 則基於正義的考量, 法院可以允許補充性的主詰問。至於與《1999 青少年審判及刑事證據法》第 27 條配套但尚未完全生效

⁷⁶¹ 條文中雖未明確表示地點, 但參考同為保護措施的「閉路電視傳送」, 其要求證人於法庭外陳述, 再透過閉錄電視傳送。18 U.S.C.A 3509 (b)(1)(A).

⁷⁶² Debbie Cooper, SPECIAL MEASURES FOR CHILD WITNESSES: A SOCIO-LEGAL STUDY OF CRIMINAL PROCEDURE REFORM, July 2010, p.81,Fn.140.

⁷⁶³ Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings : Guidance on Interviewing Victims and Witnesses, and Using Special Measures, Part 2A, 2.82,2.86; Part 3A,3.98-3.100, <http://anip.mai.gov.ro/ro/docs/metodologii/Achieving%20Best%20Evidence%20a%20Guide%20for%20interviewing%20victims.pdf> (最後瀏覽日期: 2011 年 3 月 21 日)

⁷⁶⁴ Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings : Guidance on Interviewing Victims and Witnesses, and Using Special Measures, Part 2A,2.106-2.109; Part 3A,3.126-3.128.

⁷⁶⁵ Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings : Guidance on Interviewing Victims and Witnesses, and Using Special Measures, Part 2A,2.82-2.105; Part 3A,3.98-3.125.

的第 28 條，允許在第 27 條的情形下，可以給予審前反詰問證人的機會，依法庭規則或特殊措施命令所規定的在場權人：被告不能在場，但可以看到或聽到交互詰問的情形並和律師討論；法官和律師未必要親臨訊問現場，但是如果要能看到、聽到及與證人溝通，就必須透過閉錄電視傳送⁷⁶⁶。而如果證人已接受過錄影反詰問，則除非有法院允許，否則不需要再受詰問。而尚未生效的《2003 刑事審判法》第 137 條，依前述 ABE 指南，其就訊問人的選擇、訊問時點、訊問地點及訊問技巧的建議，與對《1999 青少年審判及刑事證據法》第 27 條的兒童訊問內容幾乎相同⁷⁶⁷。

第三目 資料檢視及隱私權規定

在德國法部分，依據德國刑事訴訟法第 58a 條第 2 項，除非證人表示異議，否則可以將錄音錄影的複製品轉交給閱卷權人⁷⁶⁸，閱卷權的行使準用第 147 條及第 406e 條規定，當閱卷權的行使有「危及偵查目的」或「證人利益大於被害人閱卷利益時」會被拒絕⁷⁶⁹，該複製品不得再複製及再轉交，當使用利益不存在時必須交還給檢察官，而如果想要為「刑事追訴目的且為查明真相」以外的用途，則必須要先得到證人同意；同法第 58a 條第 3 項則規定，如果證人對於轉交複製品有異議，此時則以書面筆錄以代交付，想要檢視錄音錄影資料必須在司法機關內檢閱(或是其它未取消官方保留證據的空間)為之⁷⁷⁰。美國法部分，就州法而言，為了避免突襲，有要求在錄影帶進入法庭前須允許被檢視，有檢視權之人各州規定不一，但一定會包括被告和

⁷⁶⁶ Debbie Cooper, SPECIAL MEASURES FOR CHILD WITNESSES: A SOCIO-LEGAL STUDY OF CRIMINAL PROCEDURE REFORM, July 2010, p.83; Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings : Guidance on Interviewing Victims and Witnesses, and Using Special Measures, 6.77-6.78.

⁷⁶⁷ Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings : Guidance on Interviewing Victims and Witnesses, and Using Special Measures, Part 4A, 4.29-4.48; 4.57-4.86.

⁷⁶⁸ 依德國刑事訴訟法第 147 條第 1 項、第 7 項及第 406e 條第 1 項、第 5 項，有閱卷權之人包括：被告律師，無律師的被告本人、被害人律師、被害人本人。

⁷⁶⁹ 德國刑事訴訟法第 147 條第 2 項第 1 句；第 406e 條第 2 項第 1,2 句。

⁷⁷⁰ Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 53. Aufl., 2010, § 147 Rn. 19.

被告律師，有的還允許檢察官及被告方的專家證人檢視⁷⁷¹，另外，也有州考量到證人的利益及隱私權，限制散布錄影帶或錄影帶副本及複製、再造錄影帶，且有法院保護兒童隱私權的命令的適用⁷⁷²；聯邦法典部分，在程序開始前必須使檢察官、被告和被告律師得以檢視⁷⁷³，且為了保障「兒童的隱私權」，允許法院附加一個保護兒童隱私權的命令⁷⁷⁴，所有相關兒童姓名或隱私的資訊，有參與該案件之人，包括政府相關人員（法官、執法機關人員、協助人員）被告、被告律師（律師職員）及陪審團都應該保密，上開資料在法院保存時也應該彌封；但並不禁止向被告、被告律師、受虐兒童團隊、監護人、輔助人或任何法院認為向其揭露對於兒童福利有必要之人告知上開資訊⁷⁷⁵。英國法部分，參考 ABE 的建議⁷⁷⁶，為避免此類資料的濫用危險，依據嚴格的安全預防措施，在未經授權下是無法使用這類錄影帶和其副本。犯罪嫌疑人僅有權在警方監督下審閱這些記錄⁷⁷⁷，而對於辯護人而言，因為

⁷⁷¹ California Penal Code §1346(f)；Michie's Kentucky Revised Annotated §421.350(3)(d)；Michigan Compiled Laws Annotated §600.2163a.(8)；Texas Code Criminal Procedure §38.071 Sec.5(8).

⁷⁷² Michigan Compiled Laws Annotated §600.2163a.(11),(12)

⁷⁷³ 18 U.S.C.A 3509(b)(2)(B) (v).

⁷⁷⁴ 18 U.S.C.A 3509(b)(2)(E).

⁷⁷⁵ 18 U.S.C.A 3509(d)(1),(2),(4).

這裡還可以參考聯邦刑事程序法規第 16 條 (Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 16) 有關證據開示的規定。檢察官並不是對每項證據都應開示，聯邦和各州的規定也都不盡相同，但對於證人證詞的開示會比較保守（法律未強制加以揭示），一般會在該證人於審判中作證之後，這是因應聯邦司法部於 1977 年制定 Jencks Act 法案之結果。

<http://www.justice.gov/atr/cases/f3800/3873.htm>（最後連覽日期：2011 年 4 月 24 日）目的在於避免證人在作證前遭恐嚇脅迫。吳巡龍，美國對刑事訴訟兩造對抗制度之修正－證據開示程序，法學叢刊第 185 期，民國 91 年 1 月，頁 47。

另外如果有依法保密的資料，亦不得加以開示。邱忠義，證據開示及目的外使用禁止，軍法專刊第 53 卷第 3 期，民國 93 年 3 月，頁 98-99。

⁷⁷⁶ 這裡還可以參考一般性質的規定，由於英國也採取證據開示制度，明確規定被告與檢察官都有開示義務，而控方的開示範圍包括「準備在法庭上出示的證據」及「不準備在法庭上出示的證據」，但如果法院認為開示有害公益時，則不應允許。相關條文請參考《1996 年刑事程序與偵查法 (Criminal Procedure and Investigations Act)》第 3 條第 1 項第 a 款。

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/25/contents>（最後連覽日期：2011 年 4 月 24 日）；《2003 年刑事審判法 (Criminal Justice Act)》第 32 條、第 37 條 7A(2),(8)。

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/contents>（最後連覽日期：2011 年 4 月 24 日）條文中的有害公益，實務上指的是有關國家機密或職業秘密的資料。張純，淺析刑事證據開示制度－以英、美模式為基礎之比較與借鑒，金卡工程 經濟與法第 7 期，2010 年，頁 51。

⁷⁷⁷ McEwan/Jenny, Where the prosecution witness is a child: the Memorandum of Good

考量到合法的辯護利益，允許提供副本，但必須有借閱者將會妥善保管副本的書面保證⁷⁷⁸；而如果想要做其它的使用，必須要合乎證人及司法利益——必須保證不是任何人想看就能看到，且經證人同意後加以記錄⁷⁷⁹。

第四目 保存、銷毀規定

德國法部分，依據刑事訴訟法第 58a 條第 2 項第 2 句，準用同法第 101 條第 8 項。第 101 條第 8 項即為錄音錄影資訊的事後處理規定，為了保護證人人格權及避免資訊濫用，當對於刑事追訴⁷⁸⁰和法院對措施的審查不再必要時，即應立即銷毀（含所有的複製品），並加以註記；如果僅因「法院對措施的審查」必要而保留時，可不經與措施相關者的同意使用⁷⁸¹，但內容必須保密。**美國法**的部分，有州法對於錄音錄影有銷毀的規定——進入判決後五年銷毀，但如果在上訴的情形，則在最終判決做成前不銷毀⁷⁸²；聯邦法典則規定，該錄影資料應由法院保存直至銷毀，銷毀的時點在法庭審判進入判決後的五年內，但不包括終局判決已進入上訴法院的情形（包括最高法院）⁷⁸³。**英國法**的部分，參考前述提及之 ABE 指南，複製版本可以在任何程序已終結或會談發生後五年銷毀；原始版本因顧慮到其它程序的使用可能，保存年限較長：如錄影會談時證人已成年，則保存六年；如會談時未成年則自期滿 18 歲時起算六年，但證人可以聲請提早銷毀⁷⁸⁴。並且銷毀時最好用壓毀或

Practice ,Journal of Child Law, Vol. 5(1993), 19. 轉引自 Swoboda, Videotechnik im Strafverfahren, 2002, S. 106.

⁷⁷⁸ Brian Ward, Children's evidence, Solicitors Journal 1992, 644.

⁷⁷⁹ Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings : Guidance on Interviewing Victims and Witnesses, and Using Special Measures , Appendices J, J10.1, <http://anitp.mai.gov.ro/ro/docs/metodologii/Achieving%20Best%20Evidence%20a%20Guide%20for%20interviewing%20victims.pdf>（最後瀏覽日期：2011 年 3 月 21 日）

⁷⁸⁰ 一般而言，銷毀會和有判決效力的程序終結後一起實行，但必須考量某些個案情形，如程序再開或還有共犯在逃的情形，則此時保留還是允許的。Karlsruher Kommentar zur StPO, 6. Aufl., 2008, StPO § 58a, Rn. 12.

⁷⁸¹ 此時只限於「法院對措施的審查」為由使用，如非此使用目的則不允許。Karlsruher Kommentar zur StPO, 6. Aufl., 2008, StPO § 101, Rn. 39.

⁷⁸² California Penal Code §1346(g).

⁷⁸³ 18 U.S.C.A 3509(b)(2)(F).

⁷⁸⁴ Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings : Guidance on Interviewing Victims and

燒毀，且必須確認所有的資料都被銷毀，且不得再使用⁷⁸⁵。

第二款 我國法

第一目 前提要件

在非性侵害被害人的證人部分，依據現有的規則來看，涉及到兩個內容不完全相同的行政規則：依「**檢察及司法機關使用錄音錄影及錄製之資料保管注意要點**」，在「為便於審判中證明其陳述具可信性」的必要性存在時，應至少全程錄音，有必要時全程錄影；依「**警察偵查犯罪手冊**」，在「訊問證人有必要（例如牽涉到重罪、證人重病或即將出國）時，應同時錄音」。而在具體操作上看，檢察機關有認為似已全面錄音錄影⁷⁸⁶—也就是沒有任何限制的對所有證人一律錄音錄影；但是警察機關或許限於人力及資源的考量，並未像檢查機關般的全面實施。在法院判決的部分，則多認為不錄音錄影也不違法，是否要錄音錄影由偵查機關自行決定，甚至對於前開規定幾未提及。在**性侵害被害者證人**部分，依「性侵害案件減少被害人重複陳述作業要點」的規定，「未滿十八歲」或「心智障礙」或「前兩者以外但有聲請適用本要點」者，在社工人員訊前訪視時沒有「不適宜」或「不必要」⁷⁸⁷，而被害人已就「願意進入減述流程」及「配合全程錄影」簽署同意書者，皆「必須」接受偵訊中的錄音錄影⁷⁸⁸，除非在錄音錄影啟動後，被害人身心「因錄音錄影之壓力」而無法陳述，則可經社工人員評估停止⁷⁸⁹。

Witnesses, and Using Special Measures , Appendices J, 5.2; J7.1-J7.3,
<http://anitp.mai.gov.ro/ro/docs/metodologii/Achieving%20Best%20Evidence%20a%20Guide%20for%20interviewing%20victims.pdf>（最後瀏覽日期：2011年3月21日）

⁷⁸⁵ Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings : Guidance on Interviewing Victims and Witnesses, and Using Special Measures , Appendices J, J7.4.

⁷⁸⁶ 張淳淙，與談意見(一) 偵查中錄音錄影與偵查筆錄可信性之關係，檢察新論第七期，2010年1月，頁56。

⁷⁸⁷ 「性侵害案件減少被害人重複陳述作業要點」第三點但書。

⁷⁸⁸ 「性侵害案件減少被害人重複陳述作業要點」第六點。

⁷⁸⁹ 「性侵害案件減少被害人重複陳述作業要點」第十點。

第二目 訊問型態要求

在**非性侵害被害人**之證人部分，就其審前訊問之陳述，我國法並未給予任何單獨或特殊的法律效果，所以並沒有設計特別的訊問模式，原則上還是依據刑事訴訟法所為的一般性規定⁷⁹⁰，但需注意就有保密身分之證人予以隔離訊問之特別法規定。至於錄音錄影的進行方式，其與訊問被告或犯罪嫌疑人並無不同，必須全程連續錄音錄影⁷⁹¹，也應給予證人對筆錄提出異議的機會⁷⁹²。至於刑事訴訟法第 248 條第 1 項，雖允許如被告在場時得親自詰問證人，但依實務操作及法院判決意見，這只是給與「有在場的被告」「詰問機會」，並非要求必須傳喚被告到場方可訊問證人⁷⁹³，如果在偵查中被告未能行使詰問權，也只是「證據調查程序未充足」，不因此當然無證據能力⁷⁹⁴，至於同條第 2 項雖規定「如預料證人在審判中無法到場時」，應命被告在場，但又加上「但恐證人於被告前不能自由陳述者，不在此限」的限制，更將使得被告在偵查中訊問證人實行使在場權和詰問權的機會更小。而辯護人此時是否可以請求行使在場權？目前法源上並無依據⁷⁹⁵。在**性侵害被害者**證人部分，依據性侵害案件減少被害人重複陳述作業要點」的設計，採取跨單位合作的會同訊（詢）問模式，在陪同進入「驗傷流程」，採取檢體及驗傷診斷後⁷⁹⁶，進行「訊問前評估」，考量被害人身心狀況及進入特殊流程的意願，

⁷⁹⁰ 刑事訴訟法第 175 條，第 185 條，第 190 條，第 195 條，第 230 條，第 231 條等參照。

⁷⁹¹ 「檢察及司法警察機關使用錄音錄影及錄製之資料保管注意要點」第四點。

⁷⁹² 如認異議為有理由，書記官或製作筆錄之公務人員，應即更正或補充筆錄之記載；如對筆錄內容並無異議者，無庸播放錄音、錄影之內容。前揭註，第六點。

⁷⁹³ 最高法院 96 年度台上字第 6301 號判決、最高法院 97 年度台上字第 356 號判決。

⁷⁹⁴ 最高法院 98 年度台上字第 4241 號判決、最高法院 96 年度台上字第 1870 號判決。

⁷⁹⁵ 最高法院 98 年度台上字第 5135 號判決；吳俊毅，辯護人論，正典出版文化有限公司，2009 年 1 月 1 版，頁 98,102-103,106。

確認是否適合以此要點方式處理⁷⁹⁷，在確認進入流程後，必須確定時間及地點⁷⁹⁸，訊問地點應為設有「專業診療會談室」之「專責醫院」、「性侵害防治中心」或「其他適當場所」⁷⁹⁹，並注意被害人的隱私權，採取隔離訊問⁸⁰⁰。訊問時，必須先做好相關的「訊問前準備工作」⁸⁰¹，以檢察官為訊問主導者⁸⁰²，亦可善用遠距電腦視訊設備指揮警察執行⁸⁰³，訊問者最好能與被訊問者同性別⁸⁰⁴，並盡可能使家人陪同在場⁸⁰⁵，有需要的話也可使醫療專業人員陪同⁸⁰⁶，先以輕鬆的方式和被害人建立信任後，再使其自由陳述，並使用開放性問題詢問⁸⁰⁷。另外，如果被告有同時到場，應使用談話室內之單向玻璃或

⁷⁹⁶ 也有可能先驗傷再受理案件。性侵害案件減少被害人重複陳述作業工作手冊，內政部家庭暴力及性侵害防治委員會 編，內政部家庭暴力及性侵害防治委員會出版，民國 95 年 6 月 2 版，C-2.

⁷⁹⁷ 原則上訊問時點要避開夜間八點至凌晨八點的時段，除非有保全證據或逮捕現行犯之必要，如果被害人堅持要在上開時段或精神不佳的情況下受訊問，又無法接受另為安排會同訊問時間，則建議採取一般性侵害案件處理流程辦理，立即由警方訊問。同樣的，如果被害人無法接受全程錄影，也是建議採取一般性侵害案件處理流程辦理。性侵害案件減少被害人重複陳述作業工作手冊，內政部家庭暴力及性侵害防治委員會 編，內政部家庭暴力及性侵害防治委員會出版，民國 95 年 6 月 2 版，C-12,C-13.

⁷⁹⁸ 性侵害案件減少被害人重複陳述作業工作手冊，內政部家庭暴力及性侵害防治委員會 編，內政部家庭暴力及性侵害防治委員會出版，民國 95 年 6 月 2 版，C-10.

⁷⁹⁹ 警察機關辦理「性侵害案件減少被害人重複陳述作業」實施計畫 陸、三、(四)；檢察機關偵辦性侵害案件減少被害人重複陳述注意事項 三、(三)。

⁸⁰⁰ 警察機關辦理「性侵害案件減少被害人重複陳述作業」實施計畫 陸、三、(四)。

⁸⁰¹ 性侵害案件減少被害人重複陳述作業工作手冊，內政部家庭暴力及性侵害防治委員會 編，內政部家庭暴力及性侵害防治委員會出版，民國 95 年 6 月 2 版，C-16,C-17.

⁸⁰² 由婦幼專組或專責檢察官負責。檢察機關偵辦性侵害案件減少被害人重複陳述注意事項 三

⁸⁰³ 性侵害案件減少被害人重複陳述作業工作手冊，內政部家庭暴力及性侵害防治委員會 編，內政部家庭暴力及性侵害防治委員會出版，民國 95 年 6 月 2 版，C-21.

⁸⁰⁴ 警察機關辦理「性侵害案件減少被害人重複陳述作業」實施計畫 陸、三、(一)。

⁸⁰⁵ 性侵害案件減少被害人重複陳述作業要點第 11 點。

⁸⁰⁶ 警察機關辦理「性侵害案件減少被害人重複陳述作業」實施計畫 陸、三、(二)。

⁸⁰⁷ 性侵害案件減少被害人重複陳述作業工作手冊，內政部家庭暴力及性侵害防治委員會 編，內政部家庭暴力及性侵害防治委員會出版，民國 95 年 6 月 2 版，C-26,C-27；性侵害案件減少被害人重複陳述作業要點第 9 點。

電腦視訊系統進行指認或隔離訊問⁸⁰⁸，並應注意保護被害人⁸⁰⁹。如果就訊問所得之資訊有不足之處者，應允許由專責人員補詢，但須先勘驗先前訊問之錄影帶，以避免就同樣問題為二次訊問⁸¹⁰。

第三目 資料檢視及隱私權規定

在非性侵害被害人之證人部分，此等偵查中訊問的錄音錄影帶如有附於卷宗，辯護人在審判中可依刑事訴訟法第 33 條第 1 項⁸¹¹及「法院辦理刑事案件、少年事件訴訟文書之影印、攝影、抄錄費用徵收標準」第 6 條、「各級法院刑事、行政訴訟及少年保護事件律師閱卷要點」第 19 點聲請「轉拷刑案卷附錄音、錄影」為進一步檢閱；另依刑事訴訟法第 33 條第 2 項，被告只有在無辯護人的情形，於審判中得預納費用請求付與卷內筆錄之影本，似未包括卷宗所附之證人錄音錄影資訊⁸¹²，但如內容有涉及當事人或第三人

⁸⁰⁸ 檢察機關偵辦性侵害案件減少被害人重複陳述注意事項 四、(六)。

⁸⁰⁹ 警察機關辦理「性侵害案件減少被害人重複陳述作業」實施計畫 陸、三、(十二)。

⁸¹⁰ 檢察機關偵辦性侵害案件減少被害人重複陳述注意事項 二；警察機關辦理「性侵害案件減少被害人重複陳述作業」實施計畫 陸、三、(十一)。

⁸¹¹ 本條是否能作為審判中辯護人聲請拷貝影音訊問的法源基礎，其實是有爭議的：有認為依本條條文文字而言，閱卷行使方式只限於「檢閱」、「抄錄」、「攝影」，並不含「拷貝複製」。邱忠義，偵查中錄音錄影與偵查筆錄可信性之關係—兼論訴訟目的外使用證據之影響，檢察新論第 7 期，2010 年 1 月，頁 39-40；吳巡龍，辯護人是否有權複製偵訊光碟，台灣本土法學雜誌第 119 期，2009 年 1 月 1 日，頁 165-166；但這種說法與司法院 79 年廳刑一字第 309 號的見解衝突，且亦有反對意見。張淳淙，偵查中錄音錄影與偵查筆錄可信性之關係—與談意見（一），檢察新論第 7 期，2010 年 1 月，頁 58；陳運財，論偵查不公開之適用範圍及其例外，全國律師 9 月號，2009 年 9 月，頁 35。另外，據筆者私下詢問，有檢察官認為錄影訊問只是在佐證筆錄文字內容與受訊人所述內容相符，該影音紀錄既不是「卷宗」也不是「證物」，自不得依刑事訴訟法第 33 條聲請檢閱。

⁸¹² 條文僅強調「筆錄之影本」，與前項相較不含「證物」。修法理由中提及，「至筆錄以外之文書等證物，仍應經由法官於審判中依法定調查證據方法，使無辯護人之被告得知其內容，俾能充分行使其防禦權，併予敘明」。「偵訊中證人的錄音錄影」應非筆錄，故被告應無法聲請法院付與影音記錄的拷貝；亦可參考法院辦理刑事被告聲請付與卷內筆錄影本作業要點規定。有認為應將「訴訟程序進行之錄音或錄影內容」排除。邱忠義，偵查中錄音錄影與偵查筆錄可信性之關係—兼論訴訟目的外使用證據之影響，檢察新論第 7 期，2010 年 1 月，頁 43。

之隱私或業務秘密，法院得限制之。刑事訴訟法第 33 條第 2 項的但書可以視為保護證人隱私權的規定，但從條文編制體系看來，似乎僅適用於「無律師的被告」而不包括「律師本人」⁸¹³，而刑法第 316 條的「洩漏因業務知悉或取得他人秘密罪」也未必能有所適用⁸¹⁴。另外，必須注意特別法（涉及特殊案件）對含有證人身分或可資辨認身分資料的保密處理及閱卷限制。而對於律師取得之錄音錄影拷貝，是否律師得自行再拷貝複製？可否逕行轉讓給其他人？都未作規定，可能只能依賴辯護人的自律或職業規範的要求⁸¹⁵。在**性侵害被害者證人**部分，如依照減述要點操作，訊問被害人的錄音錄影帶為「性侵害案件證物」，在警察機關保存時不得調閱，但在移送至檢察署或法院後，可由辯護人或告訴代理人向檢察官或法官聲請勘驗⁸¹⁶，不過由於勘驗主體為法院或檢察官，所以是否有勘驗必要，還是由法官或檢察官自行斟酌、裁量，且必須考量保護被害人，故辯護人或被告未必可以依刑事訴訟法第 214 條要求在場。至於隱私權部分，雖然減述要點及相關的實施計畫或注意事項未有明文規定，但參考其保護被害人的立法宗旨，及「性侵害犯罪防治法」第十二條的保密義務⁸¹⁷，對於足以特定被害人身分的資料，必須予以保密。當然，前述一般案件的隱私權相關規定也還是可以適用。

第四目 保存、銷毀規定

在**非性侵害被害人之證人**部分，在錄音錄影完成後，應妥適採取防護消

⁸¹³ 有認為應將條文文字加以修正，即使得辯護人和無辯護人之被告同受此限制。邱忠義，偵查中錄音錄影與偵查筆錄可信性之關係—兼論訴訟目的外使用證據之影響，檢察新論第 7 期，2010 年 1 月，頁 43。

⁸¹⁴ 相關討論請見 第三章第一節第三項第二款第二目之論述。

⁸¹⁵ 如律師倫理規範第 15 條第 1 項。

⁸¹⁶ 性侵害案件減少被害人重複陳述作業工作手冊，內政部家庭暴力及性侵害防治委員會 編，內政部家庭暴力及性侵害防治委員會出版，民國 95 年 6 月 2 版，C-29。

⁸¹⁷ 性侵害犯罪防治法第十二條「因職務或業務知悉或持有性侵害被害人姓名、出生年月日、住居所及其他足資識別其身分之資料者，除法律另有規定外，應予保密。行政機關、司法機關及軍法機關所製作必須公示之文書，不得揭露被害人之姓名、出生年月日、住居所及其他足資識別被害人身分之資訊。」並參照同法細則第六條，包括被害人的「被害人照片或影像、聲音、住址、親屬姓名或其關係、就讀學校與班級或工作場所等個人基本資料」。

音、消影之措施，並註明受訊問者姓名、訊問時地及案號，再加以封緘，並與卷宗一同妥為保存，必要時可以備份⁸¹⁸。如果是在警察機關的訊問影音記錄，必須隨同卷宗證物一同移送至檢察機關，檢察機關必須清點、檢查⁸¹⁹，在案件提起公訴或聲請簡易判決後，應將影音記錄連同卷證一併移送至法院，但有特殊規並可不移送法院者為例外。而對於經判決確定、不起訴確定或緩起訴處分確定且其間屆滿之案件，該案的證人訊問影音記錄保存期限同該案的卷證保存期限⁸²⁰，保存期限經過後應銷毀⁸²¹。在性侵害受害者證人部分，如依照減述要點操作，在警察機關時應交由業務負責人鎖藏於專櫃，並加以編碼、建檔⁸²²，之後必須以密封方式推送到檢察機關⁸²³，並註明以減述要點辦法處理⁸²⁴。至於保存期限部分，在減述要點及相關的實施計畫或注意事項都沒有規定，但如果依據把「被害人陳述的錄音錄影帶」視為「性侵害案件證物」的看法，則可能有「性侵害犯罪防治法」第十一條第三項的適用——如果該案為告訴乃論之罪且尚未提出告訴或自訴者，警政署應將證物移送致犯罪發生地的縣市政府保管，除未知犯罪嫌疑人之外，保管六個月後得逕行銷毀；若非上開情形者，似應依上述一般刑事案件的規定處理。

⁸¹⁸ 「檢察及司法警察機關使用錄音錄影及錄製之資料保管注意要點」第七點、第八點。

⁸¹⁹ 「檢察及司法警察機關使用錄音錄影及錄製之資料保管注意要點」第九點。

⁸²⁰ 「檢察及司法警察機關使用錄音錄影及錄製之資料保管注意要點」第十一點；臺灣高等法院及所屬法院檔案管理要點第 16 點，檔案保存期限依照「臺灣高等法院及所屬法院檔案分類及保存年限區分表」。由於無法查詢到該區分表，參考「臺灣高等法院及所屬法院檔案管理要點」的前身「司法院暨所屬法院文卷保存期限實施要點」第七點（現已廢止），最長可以永久保存（死刑、無期徒刑案件），而即使是無罪、免訴、不受理或不起訴案件，也要保存十年。

⁸²¹ 臺灣高等法院及所屬法院檔案管理要點第 17 點、第 18 點；依法檢決字第 0910802562 號，採取消磁方式處理，而消磁後可否回收使用，由檢察機關和轄區內警察機關自行決定。法務部公報第 282 期 37 頁，民國 91 年 5 月 28 日。

⁸²² 警察機關辦理「性侵害案件減少被害人重複陳述作業」實施計畫 陸、四、(一)、2。

⁸²³ 警察機關辦理「性侵害案件減少被害人重複陳述作業」實施計畫 陸、四、(二)、1。

⁸²⁴ 警察機關辦理「性侵害案件減少被害人重複陳述作業」實施計畫 陸、四、(二)、2；性侵害案件減少被害人重複陳述作業要點第十六點。

第三款 小結

在**非性侵害被害人之證人**部分，由於我國並不像外國法有給予「審前證人訊問的錄音錄影」獨立的法律效果—代替證人審判中直接陳述，是否對證人錄音錄影也多取決於檢察官或警察的個案裁量，故對於「審前證人訊問的錄音錄影」並沒有特殊的程序設計，所以必須參考對被告錄音錄影的操作程序，而之後的資料檢視、保存及銷毀規定也必須從散見的許多條文中尋找適用的可能，但目前的條文似乎在操作上並不能有效解決可能產生的爭議，且對於條文的解釋尤其是檢辯雙方更存在著意見不同的衝突，這都將造成使用上的困難，也都有再討論的必要及實益。

而在**性侵害被害者證人**部分，雖然有特別法（包括法律和行政規則）加以規定，但是有些規定似乎與實際運作的結果或是其它的現行法律制度不符，如在相關卷證移送檢察署或法院後，允許辯護人或告訴代理人聲請勘驗，雖然被告或其辯護人未必能在場，但此是否會變相的造成在偵查程序中行使閱卷權的可能？而如果實際上根本沒有這樣的實踐可能或需要，這樣的程序設計是否合理？值得深思。而在保存及銷毀的規定上，雖然有特殊的規定，但係僅就於「警察機關」時的規定，在進入「檢察系統」和「法院系統」後，似與一般刑事案件無異，然基於「性侵害案件」比起「一般刑事案件」更具私密性，且被害人多會以證人身分陳述證言，這樣的影音記錄的特殊性，是不是要和一般案件的情況為相同處理？還是要仿照外國法有給予被害人聲請提前銷毀的權利？亦值得討論。又，依據實證報告⁸²⁵顯示，特別法的操作，不管是在硬體資源、人員的專業素質還是各單位間的協調上，還是有很大的進步空間。

⁸²⁵ 前章所提及的兩個實證資料：(1) 楊瑩等，2004年「性侵害案件減少被害人重複陳述作業」方案成效評估研究，內政部委託研究報告。轉引自 張錦麗，台灣地區「性侵害被害人減少重複陳述方案」之行動研究，暨南國際大學社會政策與社會工作學系博士論文，民國94年1月30日。(2) 內政部家庭暴力及性侵害防治委員會，2006年家庭暴力及性侵害防治網絡願景營專案報告，民國94年12月7日，第8頁。<http://dspc.moi.gov.tw/public/Attachment/7115164054>（最後瀏覽日期：2010年11月8日）

第三節 本章結論

承上可知，外國法制在此部分不僅反應較早，而且在制度的設計上更是盡可能的詳細，希望可以同時保障到所有程序參與者的權益—尤其是對立的原被告兩造；也希望能在不影響**司法利益**及**真實發現**的原則下，衡量司法資源及個案的實際需要，盡可能的為證人提供保護。與外國法相較，我國對於「證人於偵訊中的錄音錄影」的定位及使用，還是採取比較保守和限縮的做法，這也連帶影響到其規範的法源位階選擇、使用效果的決定以及對後續相關使用措施的忽視；另外，把決定權全部交由偵查機關，且幾乎沒有任何的**控制或檢測機關或措施**，也使得「證人於偵訊中的錄音錄影」只能做為「可有可無」的佐證筆錄真實性的工具之一。因此，立法者如果覺得有必要提高「證人於偵訊中的錄音錄影」在刑事程序上的證據地位，或是想要以此作為「保障證人任意性陳述」及「確保筆錄如實記載」的有利工具，或是想要減輕證人的負擔以增加進入程序的意願，上開外國法制的設計實有參考必要—可惜的是，從目前立法草案所提供的說明，似乎看不到這一點。

第七章 證人偵訊中錄音錄影資料作為審判中之證據

在偵查程序中所蒐集到的證據，如果想要達到證明特定事實的功能，就必須在審判中接受檢驗－因為審判的功能在於「確認犯罪事實」及「給予法律評價」，而這都必須依靠證據加以認定，即所謂的「證據裁判原則（刑事訴訟法第 154 條第 2 項）」。⁸²⁶而該原則所稱之「證據」，依刑事訴訟法第 155 條第 2 項及相關證據法理，必須要合乎「未經證據排除」且經「合法調查」，才能進入「證據評價」⁸²⁶。因此，在「偵查」中取得的「證人陳述影音記錄」，如果要做為進入審判庭的證據使用，一樣要通過上述「未經證據排除」且經「合法調查」的檢驗。本章將說明其作為審判中證據的使用情形，及對被告利益及整體程序可能產生的問題或爭議。

第一節 作為審判中的證據使用－以實務判決為例

以下，將以英國、美國、德國國內法院以及歐洲人權法院的判決，說明在審判中使用偵查中證人錄音錄影記錄作為證據可能產生的爭議，或是應該要特別注意的地方，以及在實施過程中對於整體制度的重新思考；再以我國判決說明在我國實務上使用該影音記錄為證據的情形。

第一項 英國法院判決

第一款 對質詰問權

在仍適用《1988 刑事審判法》條文的階段，對於非兒童的性侵害犯罪被害人，其於「審判前」的庭外陳述錄影，法院是否可因認為其「已無法出庭作證」而允許該錄影記錄作為證據？英國法院於 R. v. D.案⁸²⁷中認為，如果法院已經依

⁸²⁶ 林鈺雄，刑事訴訟法（上），自版，2010 年 9 月 6 版 1 刷，頁 468-471。

⁸²⁷ 【2002】EWCA Crim 990 本案事實略為，被告涉嫌性侵害一名 81 歲且患有阿茲海默症的婦人 B，B 在事發後 10 天於醫院內進行錄影偵訊會談，法院認為其已無法在數月後於審判庭上作證，故於聽審時允許以該錄影記錄作為證據；被告不服提起上訴，其中一項理由指出，如果 B 的陳述無法當庭接受檢驗，將違反歐洲人權公約第 6 條第 3 項第 d 款對質詰問權的要求。Case&Comment, Crim.L.R.2003, April, 274-275.

照《1988 刑事審判法》第 23 條、第 26 條⁸²⁸的因素加以考量，權衡被告及被害人利益，則不違反正義利益的要求，也不違反歐洲人權公約對質詰問條款的規定；且本案被告並未喪失挑戰檢方證據的機會，因被告得就 B 的就醫資訊，質疑其於錄影會談時的「證人適格」，亦得提出自己主張加以反駁證人可信性，甚至從法院的觀點來看，不使被害人有被詰問的機會對被告而言是更好的⁸²⁹。不過，這樣的判決意見遭致以下的批評：法院的說法是基於證人不在場時律師可以使用的辯護策略，然鑒於近來的歐洲人權法院的性侵害判決（如 PS v. Germany 及 SN v. Sweden），皆強調在此類案件中詰問重要證人的權利，此似與英國法院的做法不同⁸³⁰，相較之下，英國法院的做法實難認為已合乎公約要求。

而在 2005 年的 R. v. Camberwell Green Youth Court 判決⁸³¹中，法院認為對於性犯罪或暴力犯罪的兒童證人，以法律預設其應以閉路電視作證或以審前的錄影陳述為證據的規定（《1999 青少年審判及刑事證據法》第 21 條第 5 項）並不違反歐洲人權公約第 6 條：這樣的手段並不違反對質詰問權，因為《1999 青少年

⁸²⁸ 《1988 刑事審判法》對於傳聞證據的規定，在第 23 條到第 26 條。第 23 條為傳聞例外的四種允許情形；第 26 條則規定法院有權基於一定考量排除前兩條傳聞例外的權限（條文參見第六章第一節第三項第一款）；又即使符合第 23 條所規定的例外情況，仍須進行第 25、26 條的審查。陳鈺欽，對質詰問權保障標準取代傳聞法則之研究－以歐洲法發展為例，台灣大學法律學研究所碩士論文，民國 97 年，頁 82。

由於法院此時並未有對於錄音錄影證據的特殊規定，所以還是依照傳聞規定加以操作，該法經過 2003 年的修正，目前傳聞證據的規定在《2003 刑事審判法》第 114-126 條，並於 2005 年 4 月正式生效。陳鈺欽，對質詰問權保障標準取代傳聞法則之研究－以歐洲法發展為例，台灣大學法律學研究所碩士論文，民國 97 年，頁 90；Swoboda, Videotechnik im Strafverfahren, 2002, S. 102.

另外，由於本案被害人為非未成年人，所以 1991 年所增定的《1988 刑事審判法》第 32A 條並無法適用；《1999 青少年審判及刑事證據法》第 27 條的錄影會談規定於 2002 年 7 月 24 日始生效；《2003 刑事審判法》第 137-138 條為錄音錄影的專門規定，但迄今未被指定生效日期，故本則判決皆無法適用上開新條文，還是依照舊法操作。

⁸²⁹ Case&Comment, Crim.L.R.2003, April, 274-275.

⁸³⁰ Case&Comment, Crim.L.R.2003, April, 276.

⁸³¹ 【2005】UKHL 4 該判決包括兩個案子：在第一個案子中，少年法庭的法官命遭受搶奪的兒童證人以閉路電視方式提供證言，因為《1999 青少年審判及刑事證據法》第 21 條第 5 項的緣故，法官並無裁量空間（也就是合合法條規定就必須給予，條文規定請見第六章第一節第三項第三款）；在第二個案子中，少年法庭的法官在被告同為兒童的情形下，拒絕對受搶奪和攻擊的被害兒童提供特殊措施的使用。在聲請法律意見的審查時，區法院認為讓兒童透過閉路電視作證或以審前的錄影陳述為證據並不違反歐洲人權公約第 6 條的要求；在上訴到上議院時，上訴人堅持這樣的特殊程序設計有違反歐洲人權公約第 6 條，上訴被駁回。Case&Comment, Crim.L.R.2005, June, 497.

審判及刑事證據法》的規定並未與歐洲人權公約不一致—首先，就「證據使用」的規定主要是歸各國內法管轄；再者，該證據必須要在被告在場的公開聽證中呈現，使其有被對造檢視的機會；第三，被告有被給予合適且可能的對質詰問機會，在這三點上，《1999 青少年審判及刑事證據法》的規定完全合乎，只是缺少了「面對面」的要素，但公約並不保障這一點⁸³²。

第二款 公平程序及武器平等要求

在適用 1991 年所增定的《1988 刑事審判法》的**兒童錄影證言**規定（第 32A 條）時，依同法第 32A 條第 3 項該錄影記錄須非被法院排除—除非有「兒童證人將無法受交互詰問（第 a 款）」、「法院要求揭露錄影的環境但未被遵守（第 b 款）」或「法院認為出於正義的利益考量不能接受該記錄為證據，及當覺得某部分因出於正義的利益考量應被排除（第 c 款）」的情形，否則法院應給予許可。在 2001 年的 *R. v. Redbridge Youth Court* 案⁸³³中，法院認為就前開第 c 款所謂「出於正義的利益考量」，法院必須考量接受錄影證據是否會造成不正義的爭議，如果只是以「無法當庭陳述」為「不正義」的理由可能不夠充分，要提出**確實的證據**證明證人可能會因為出庭而不安、害怕或受創，以證實證言的品質會受到影響或無法得到證言的風險確實存在，要一方面考量**不接受錄影證據對證言的影響**，另一方面也要考量**接受錄影證據對被告造成不利預斷的影響**⁸³⁴。不過，有評論指出，關於「法院認為出於正義的利益考量不能接受該記錄為證據，及當覺得某部分因出於正義的利益考量應被排除（第 c 款）」的判斷，其實很難預測：在以往的判決中，合乎第 c 款要求的多為「錄影會談本身不合乎程序要求」，或是在放

⁸³² Case&Comment, Crim.L.R.2005, June, 498.

⁸³³ 【2001】EWHC Admin. 209 本案事實略為，一個 14 歲的被告涉嫌強暴猥褻兩個 14 歲女孩（成立 3 個罪名），2 個被害人都接受了錄影會談；此時有兩個聲請被提出，一個依《1988 刑事審判法》第 32A 條聲請以該錄影陳述為證據，另一個則依《1988 刑事審判法》第 32 條聲請以閉路電視方式作證。檢察官認為依據被害人的年紀及要求其當庭作證會使其感到不安（困窘），但是沒有被害人受到恐嚇的證據，也沒有跡象顯示其會拒絕到庭作證，法院認為在本案的特殊情形下，允許使用錄影證據不合乎正義利益。檢察官聲請法律意見的審查，認為除非有其他的因素，第 32A 的規定目的在於保護兒童證人，其中的主要規定係當存在有錄影會談時，就應該允許其作為證據使用，且排除任何認為會對被告造成預斷的爭議。該上訴被駁回。Case&Comment, Crim.L.R.2001, June, 473.

⁸³⁴ Case&Comment, Crim.L.R.2001, June, 474.

映時有異議，如「兒童證人撤銷控訴或可能以閉路電視為與先前陳述完全不同的作證」，而現在（存）的判決，也看不出如果以錄影陳述作為證據的風險大於當庭陳述或閉路電視作證，陪審團就會拒絕其為證據；事實上，並沒有理由預設錄影證據無法達到其「保存最清晰時記憶」及「避免證人於審判庭壓力」的效果，只要其所取得的是比「當庭陳述」還要接近**最佳證據**的證言，依第 32A 條的規定目的就應該允許，而其同時也提供被告對質詰問的權利。不過，法院多把這條作一個比較限縮的使用，也就是只提供「**出庭可能會不安的兒童證人**不會被排除給予事件完整或恰當陳述」的一個機制，至於更深的目的—盡可能的確保證言的新鮮，就沒有那樣重要⁸³⁵。

不過，到底要怎樣運作，其實還是難以拿捏，所以也造成許多被告姑且一試的心理，是故，在《1999 青少年審判及刑事證據法》中提供了更為複雜的判斷模式，以確保兒童是否真有保護必要—雖然還是有「預設有保護必要的兒童」（《1999 青少年審判及刑事證據法》第 21 條第 3 項），但還是可能以同法第 27 條第 2 項基於正義的理由排除（雖然有利用法律漏洞的批評），至於其它的證人，除了合乎一定條件外，還必須要能提高證言品質，且考慮是否會阻止另一方有效檢驗證據的機會。這樣的修正，降低了特殊措施的使用可能性⁸³⁶，也增加了整體程序的公平性。

至於有認為排除「**同樣是兒童的被告**」使用特殊措施（如以錄影陳述為證據、透過閉路電視作證）的條文規定，似乎違反**武器平等**的爭議，在 2001 年的 R. v. Redbridge Youth Court 案及 2005 年的 R. v. Camberwell Green Youth Court 判決中都有提到，從條文的立法背景及相關的實證報告可以看出，其目的在於保護證人，所以必須以此為出發點，這並非「本質上」的不公平，因其也未阻止法院為任何達到公平審判的行為，而且法院仍然有權基於正義利益的考量而排除使用的權限⁸³⁷；至於排除被告的最大理由，在於被告有**選任律師的權利**及**可行使緘默權**，但一般的證人卻必須**被強迫作證**，如此的論述當然沒有顧及「被告無法作證」的不利結果；錄影證據被視為是不適當的隔絕證人和被告，但這樣的批評又忽略

⁸³⁵ Case&Comment, Crim.L.R.2001, June, 475.

⁸³⁶ Case&Comment, Crim.L.R.2001, June, 476-477.

⁸³⁷ Case&Comment, Crim.L.R.2005, June, 497.

了**隔離**是爲了「避免法庭中可能產生的壓力」、「確保證言的新鮮及避免遺忘」，並且也有實證支持其減少證人壓力並提高證言品質的效果⁸³⁸。

不過，如果以「因爲**兒童被告**無法使用特殊措施，所以**兒童證人**也不能使用特殊措施」爲由，而排除證人適用特殊措施的可能性，雖然法律已將被告排除在外，但是否絕對不會有不公平的情形，值得再考慮，所以如果有法官以此來達到公平也不是不可能，但並不鼓勵⁸³⁹，也是最糟糕的說詞⁸⁴⁰。於此同時，歐洲人權法院也強調，在兒童被告的情形，要注意其年紀、成熟度、智力及情緒能力，增加其了解及參與程序的機會，法院在此有很大的職權可以確保達到公平審判的要求⁸⁴¹。

第二項 美國法院判決

由於先前述已經介紹了美國州法和聯邦法典就審判中使用證人審前錄影陳述的相關規定，也處理了其規定的設計是否合乎憲法的要求的討論，故在此將以美國法院的實務判決爲例，說明在審判中使用證人的審前錄影記錄爲證據時，法院應如何爲證據評價。

以下所引的兩個判決，其所涉及的條文並非對於「證人審前錄影記錄」的特別規定，而是關於傳聞規定適用的爭議⁸⁴²：第一個判決涉及到「對性侵害犯罪被害兒童」的特殊傳聞例外規定，第二個判決則爲證人無法出庭時，其先前陳述是否可作爲證據的「一般性」規定。而就**審前的錄影證言**本身，早先曾有被告質疑以「錄影帶呈現證言」的**表現方式**，認爲這樣的允許是法院裁量的濫用—因爲缺乏詳盡的程序保障，將造成陪審團對其有罪的預斷，認爲其受正當程序的利益將不當的被剝奪，不過，參考許多州及聯邦的證據規則以及法庭實務，都已經把錄影作爲記錄的一種方式，也認爲對於此種新科技的使用方式應不用做太多的限制

⁸³⁸ Case&Comment, Crim.L.R.2001, June, 477. ; Case&Comment, Crim.L.R.2005, June, 499.

⁸³⁹ Case&Comment, Crim.L.R.2001, June, 477.

⁸⁴⁰ Case&Comment, Crim.L.R.2005, June, 500.

⁸⁴¹ Case&Comment, Crim.L.R.2005, June, 500.

⁸⁴² 雖然有以**對錄影證言爲專門規定**的條文爲檢索基礎，但是並無法找到有就此議題爲相關論述的判決。

⁸⁴³，故實應允許在審判中使用錄影帶；雖然在之後有出現與前述判決相反的意見，認為與其他有明確規範的民事訴訟規定相比較，立法者在刑事訴訟相關規定中，並沒有明確的以文字表示，其將允許以影音工具作為證言記錄的工具，可見其並沒有擴張使用範圍的意思⁸⁴⁴，不過，由於之後相關條文已有修正，以明確的文字將**錄音錄影**納入可進入法庭的一種證據呈現方式⁸⁴⁵，反對意見的判決基礎已不存在，而且相較於辯護人的排斥和不熟悉，法律系統接受此種新型態證據的速度相對快速，對於錄影帶在刑事程序中的使用，有廣泛性的接受及快速的成長⁸⁴⁶，尤其是在使用未成年被害人的偵查中錄影記錄上⁸⁴⁷。而就此等向偵查機關(人員)所為之錄影陳述，其制度設計的最大目的是希望可以此**取代證人在審判中陳述(或減少證人出庭機會)**，其法條設計的模式與證人不能出庭時的傳聞例外規定相近，所以無論是從「陳述的本質」或「制度的目的」來看，皆應納入「在審判中使用證人於庭外陳述許可性」的傳聞議題討論範圍內，也就是說，除了有對錄影證言做專門規定的州外，其它州也可藉由傳聞規定引入錄影證言。

至於美國法院在面對「在審判中使用證人於庭外陳述許可性」時的態度，可以 2004 年的 *Crawford v. Washington* 案⁸⁴⁸ 為界，在該判決之前，只要屬於**傳聞證據之例外情形**即可不受排除傳聞證據之法則之拘束，也就是在具有**特別可信**的基礎下可以取代對質詰問權⁸⁴⁹，而在該判決之後，要使用審判外證人之陳述，必須該向公務員所為之具**證據性的陳述**，係在政府官員偵查犯罪時所做出，且**被告曾經或曾經有機會對陳述人為反詰問**⁸⁵⁰。

⁸⁴³ *People v. Moran*, 39 Cal.App.3d 398, 406-411(1974).

⁸⁴⁴ *People v. Watkins*, 45 Cal.App.4th 485, 488-492(1996).

⁸⁴⁵ *People v. Spooner*, 2001 WL 1646659(Cal.App.3 Dist.), 14,15.

⁸⁴⁶ Jordan S. Gruber, Videotape Evidence,44 Am. Jur. Trials.171, § 1.

⁸⁴⁷ Jordan S. Gruber, Videotape Evidence,44 Am. Jur. Trials.171, §37.5.

⁸⁴⁸ *Crawford v. Washington*,134 S. Ct.1354(2004).

⁸⁴⁹ 崔汴生，美國刑事案件被告與證人對質權利之發展，致理法學第五期，民國九十八年三月，頁 18；陳鈺欽，對質詰問權保障標準取代傳聞法則之研究－以歐洲法發展為例，台灣大學法律學研究所碩士論文，民國 97 年，頁 14。

⁸⁵⁰ *Crawford v. Washington*,124 S.Ct.1354, 1364,1374.

第一款 State v. Price (2005) 案⁸⁵¹

第一目 案例事實

被告被控撫摸一名 4 歲女孩的性部位。該名 4 歲的女孩向偵查員表示被告撫摸其性部位，該陳述係在一錄影會談下被記錄；會談後，護士對女孩做檢查，雖非發現異狀，但護士表示在事發後兩天，性部位的紅腫是可能消退的（而在錄影會談前，被害人的母親發現被害人的性部位有紅腫現象）；偵查員亦對被告偵訊，但被告否認有為性騷擾行為，表示如果真的有碰到也是不小心的。之後被告被起訴，在審判中，法院接受被害人在審判外對母親及對偵查員之陳述，該陳述已經由審前聽證確認其可信性及兒童為審判中證人之適格。審判中，被害人表示已忘記當時所發生的事，被告亦未對其詰問，此外，偵查員和被害人的母親都有到庭陳述其所聽聞之被害人陳述，偵訊中的錄影帶也在陪審團面前被播放，被告並未對此表示異議。被告被定罪，提起上訴⁸⁵²。

第二目 雙方抗辯

被告認為，該被害人已被證實無法記憶其所指控之事實（或是其向偵查員/母親所為之陳述），無法合乎對質詰問條文中被檢驗的能力（資格），所以法院允許其庭外陳述為證據⁸⁵³是違法的，此亦違反 Crawford v. Washington 案的要求，因為被告並沒有事先對其為反詰問的機會⁸⁵⁴。政府方面則提出反駁，認為被害人已出庭作證，被告有機會行使對質詰問⁸⁵⁵。

⁸⁵¹ State v. Price, 127 Wash.App. 193.

⁸⁵² State v. Price, 127 Wash.App. 193, 196-198.

⁸⁵³ 依 RCW 9A.44.120，此為對性侵害被害證人為 10 歲以下的特殊傳聞例外規定。

⁸⁵⁴ State v. Price, 127 Wash.App. 193, 199.

⁸⁵⁵ State v. Price, 127 Wash.App. 193, 199.

第三目 法院意見

上訴法院則認為，被告雖提出 Rohrich 案⁸⁵⁶為例，該案中認為兒童被害人必須站上證人席並描述在庭外陳述中所指控的性侵害事實方合乎「傳聞例外規定」及「第六修正案對質詰問條款」的要求；但是，在之後的 Clark 案⁸⁵⁷中，法院對 Rohrich 所為之限制加以澄清，認為在以下的情形接受傳聞並不違反「第六修正案對質詰問條款」：傳聞的陳述者到庭為證人，且被詢問有關案件的事實及庭外陳述內容，被告亦被提供詰問證人之機會⁸⁵⁸。另外，2004 年所發生的 Grasso 案⁸⁵⁹對於本案很具啓示性，因為案件事實頗為相似：證人亦有到庭陳述，但被問及案件事實及庭外陳述內容時表示已不復記憶，但法院仍採取該庭外陳述為證據，最高法院亦支持，認為在此情形下的陳述仍然合乎第六修正案的要求，且此時被告有公平的機會去詰問證人。Rohrich 案的問題出在檢察官在法庭上根本未就「案發事實」及「庭外陳述內容」為詢問⁸⁶⁰。就此觀之，本案之結論應同 Grasso 案；另外，Crawford v. Washington 案於此並不適用，因為其並不是用來處理證人有到庭的情形⁸⁶¹。

但本案的 Armstrong 法官表示不同意見。其認為在 Grasso 案中，兒童除了作證表示不記得案件事實外，還表示其向護士所為之庭外陳述為真實，最高法院的相對多數意見認為這樣有合乎第六修正案，且被告有被給予充分的行使對質詰問機會。但是如同相對多數的意見，Grasso 案只有有限的判決先例價值，且並不具有約束力⁸⁶²。Clark 案與 Grasso 案的不同處在於，其有詢問到案件事實的部分，可已有充分的機會行使對質詰問；與本案相較，Clark 案中的證人除了表示忘記所指摘的案發事實外，還有表示其先前的庭外陳述說謊，並否認遭性侵害，而本

⁸⁵⁶ State v. Rohrich, 132 Wash.2d 472, 481(1997).

⁸⁵⁷ State v. Clark, 139 Wash.2d 152 (1999).

⁸⁵⁸ State v. Clark, 139 Wash.2d 152, 159.

⁸⁵⁹ In Re Personal Restraint of Grasso, 151 Wash.2d 1(2004).

⁸⁶⁰ In Re Personal Restraint of Grasso, 151 Wash.2d 1, 6-7,9-10,16-18.

⁸⁶¹ State v. Price, 127 Wash.App. 193, 201.

⁸⁶² In re Isadore, 151 Wash.2d 294, 302(2004).

案中的證人卻只說「忘記了」，並沒有提供任何其他資訊，故無法受有效的詰問，且其它的證據（母親及偵查員的證詞）並非其親身經歷，以被害人的庭外陳述為證已違反第六修正案⁸⁶³。

本案上訴至華盛頓最高法院，最高法院亦支持上訴法院的看法，認為對質詰問條款並無法保證被檢方所傳喚的證人可以不遺忘的給予證言，相反的，只要被告有給予充足及公平的機會藉由對質詰問去探究陳述，以至於提醒陪審團對於該證言的證據評價即為已足⁸⁶⁴。但也有反對意見，Alexander 法官認為，對於本案中的證人無法為有效、充分的對質詰問，採取其庭外陳述已違反第六修正案的要求，其贊同前述 Armstrong 法官的理由⁸⁶⁵。

第二款 State v. Hacheny (2007) 案⁸⁶⁶

第一目 案例事實

被告被控謀殺其太太，在審判前，有三位證人表示無法在審判期日間出庭作證：其中有兩位將移民至蘇格蘭，另一位將前往玻利維亞進行營建工程。三位證人在審前經傳喚而為之陳述有被錄影，且在審判中被當作證據使用，做為代替其於審判中陳述之用，被告上訴，認為允許使用錄影證言以代替審判中之陳述與憲法第六修正案相違背⁸⁶⁷。

⁸⁶³ State v. Price, 127 Wash.App. 193, 207-209.

⁸⁶⁴ State v. Price, 158 Wash.2d 630, 641, 650-651 (2006).

⁸⁶⁵ State v. Price, 158 Wash.2d 630, 651-654.

⁸⁶⁶ State v. Hacheny, 158 P.3d 1152.

⁸⁶⁷ State v. Hacheny, 158 P.3d 1152, 1155-1156, 1161. 本案所涉及到兩個相關的傳聞規定為：RCW 10.52.060 及 RCW 7.69B 030。前者規定，審前口頭訊問之陳述，如是在被告與（或）其律師在場時取得，則如果之後審判時證人無法出庭，則該陳述可為證據—如果這些陳述應該被法院允許做為證據時；後者也是類似規定，但有一些保障措施，必須將訊問日期通知被告並給予在場之人詰問證人之機會，如果之後證人（陳述者）因精神或心理狀態無法出庭時，方可以此為證。崔汴生，美國刑事案件被告與證人對質權利之發展，致理法學第五期，民國九十八年三月，頁 13。

第二目 被告抗辯及法院意見

第一審法院認定，在審判前，這三位證人就已很明確的表示審判中不會在國內，且短期內無法（也不會）有返國計畫，且在偵查中訊問時被告有在場，其律師也有對證人為詰問；在審判中，州提出證明該三位證人確實在國外，並提出欲以錄影證言代替審判中陳述，被告反對，認為州未採取適當措施證明證人確實無法到庭，也沒有採取確保證人到庭的措施⁸⁶⁸。被告上訴，認為審判法官允許陪審團觀看審判中無法到庭證人的審前陳述錄影，違反第六修正案對質詰問權⁸⁶⁹。上訴法院（本案中為州最高法院）認為，在本案中，三位證人有接受傳喚且一直到離境前都保持可被傳喚，且記錄中也未顯示檢察官有向證人表示審判中無須到庭，沒有證人的傳喚義務被免除，有兩位證人在傳票中註明其無法在 2002 年內返國，另一位證人則表示營建工程很複雜，計畫無法更動，因此，審判法官可以合理歸納出三位證人返國做證是很困難的結論。再者，證人於審前陳述時，被告有在場，其律師亦有對證人詰問，所以也知道證人無法在審判中到庭的事實；而此三位證人所提供的證言內容，也可以從其他證人的證言中得出，所以並非只基於該錄影證言即將被告定罪。故被告的對質詰問權未被侵害⁸⁷⁰。

本案之後有上到聯邦最高法院（U.S. Supreme Court），但聯邦最高法院並未有要求下級法院將卷宗移送以供審查見解的動作⁸⁷¹。

第三目 其它意見

有認為這樣的結果是華州法院誤打誤撞的結果，因為在 *Crawford v. Washington* 案前，陳述人無法到庭是允許傳聞證據的要件，但在 *Crawford v.*

⁸⁶⁸ *State v. Hacheny*, 158 P.3d 1152, 1161.

⁸⁶⁹ *State v. Hacheny*, 158 P.3d, 1156.

⁸⁷⁰ *State v. Hacheny*, 158 P.3d, 1156, 1161-1163.

⁸⁷¹ *Hacheny v. Washington*, 128 S.Ct. 1079(2008). „denying certiorari”，即「拒絕調取案卷複審的令狀」，其中的 *certiorari*，中文譯作「移審令狀」或「調審令」，係指上級法院為重新審查下級法院的某一決定而發出的一種令狀，在美國，此用於複審法律問題，糾正錯誤及防止下級法院濫權；最高法院「拒絕調取案卷複審的令狀」，意謂未可自行決定任何法律爭議。簡明大英百科全書中文版 4，中華書局股份有限公司出版，初版，民國 77 年 6 月，頁 304-305；大美百科全書 6，光復書局企業股份有限公司出版，初版七刷，民國 84 年 11 月，頁 32-33。

Washington 案後，卻正好相反，如果庭外陳述具證據性質，唯有檢察官能嚴謹的尋求陳述者出庭做證，才能做為證據。也就是說，在 Crawford v. Washington 案後，法院不能只提出陳述者不能出庭，而未證明檢察官已盡一切努力尋求證人出庭做證，即可使用審前陳述作為證據⁸⁷²。

第三項 德國法院實務

以下，將以判決或決議中，說明德國法院就「證人審前的偵訊錄音錄影資料」在審判中作為「代替證人當庭陳述的證據」及「輔助已到庭證人之陳述的證據」；以及就「未經被告挑戰、詰問」之證詞為主要定罪依據⁸⁷³的看法或態度。

第一款 代替證人當庭陳述

此部分涉及到兩個決議⁸⁷⁴及一個判決⁸⁷⁵，將討論德國刑事訴訟法第 255a 條第 2 項之「參與權行使」、「補充詰問之操作」及「與同法第 252 條的相互關係」。

第一目 參與權行使

依據德國刑事訴訟法第 255a 條第 2 項，要以「偵查中」法官訊問證人的錄影記錄代替「審判中」證人當庭陳述的前提之一，必須被告及其律師在該訊問中有參與機會。實務上曾發生以下的爭議：在對未成年女童的性侵害案件中，有被告的律師表示，其雖然在證人受訊問時和被告透過影音設備的方式加以參與，但是因為「無法就證人在之前的受訊問資料」加以檢閱，所以「無法就該證人先前的陳述矛盾之處」加以質疑，從實體公平的觀點而言，其並未有適當的參與⁸⁷⁶。

⁸⁷² Tegland's Litigation Today, Sept. 2007.轉引自 崔汴生，美國刑事案件被告與證人對質權利之發展，致理法學第五期，民國九十八年三月，頁 14。

⁸⁷³ 與前述情形不同的是，此則判決（BGHSt 51,150）主要在處理的是德國刑事訴訟法第 168c 條與歐洲人權公約第 6 條第 3 項第 d 款的關係，決議中雖未特別提到第 58a 條或第 255a 條，但由於在審判中的論罪證據包括了證人在偵訊時的錄影記錄，所以仍然於此加以介紹。

⁸⁷⁴ BGH, Beschl. v. 15.4.2003- 1 StR 64/03(LG München I)=BGHSt 48,268=StV 12/2003, S. 650-656；BGH, Beschl. v. 12.2.2004- 1 StR 566/03(LG Stuttgart)=NSTZ 2004, Heft 6, S. 348-349.

⁸⁷⁵ BGH, Urt. v. 12.2.2004- 3 StR 185/03(LG Duisburg)=BGHSt 49,72=StV 5/2004, S. 247-250.

⁸⁷⁶ BGH, StV 12/2003, S. 651.

法院則認為，依據德國刑事訴訟法第 255a 條第 2 項第 1 句的「有機會參與」，播放影音記錄的合法性並不以對「先前全部或部分的文件」的「檢視權」為必要，應該依照其他特別規定的要件或限制來操作（可參照同法第 147 條第 2 項），也就是說，歐洲人權公約第 6 條第 3 項第 d 款的詰問權不會因為可能無法檢視先前的文件而受損，它可以透過參與影音訊問及向陳述者提問來保障，其擔保範圍不包括就當前偵查階段的理解⁸⁷⁷，這樣「詰問可能性」上的限制，是因為考量到證人和被害人更優位的保護⁸⁷⁸，考量到調查目的的確保，拒絕閱卷的可能性及證據保全利益的存在，普遍的澄清義務及發現真實無法完全被顧及⁸⁷⁹；不過，如果從訴訟照料義務的觀點，或是在程序正義的促進上，顧慮到之後審判程序的可能，讓辯方能預先審查先前訊問的證人筆錄或是開放截至目前為止的偵查結果，將使得辯方得以提出適宜的詰問及相應的抗辯，普遍認為是有意義的；而如果律師在影音訊問前無法行使閱卷權，則必須為補充訊問的機率會增加⁸⁸⁰。

另外，就被告在場權的部分，有判決指出，依據刑事訴訟法第 255a 條第 2 項第 1 句，其所謂的「有參與的機會」，除了在訊問時在場的權利外，還特別包括了向證人提出問題及指責，雖然依據這裡的法條文字，被告的律師也有一起參與的機會，但如被告本身會因為被法官以同法第 168c 條為由排除在場，此時即無法合乎同法第 255a 條第 2 項的前提要件，依據同法第 168c 條第 3 項，當被告被完全一或更確切的說完全沒有通知被告（同法第 168c 條第 5 項）時，即排除了依據第 255a 條第 2 項第 1 句以審前證人的錄影記錄代替當庭陳述的適用機會，因為法條並不考慮這樣的排除是合法或違法⁸⁸¹。不過，還是有學說持反對意見，認為當被告依同法第 168c 條為由合法排除在場時，透過其律師（也許是指定的）的參與，可以補償被告的不利⁸⁸²，這涉及到對第 255a 條第 2 項第 1 句後半段的解釋問題：有一種解釋認為，只有在合乎第 168c 條或其它規範的限制下，

⁸⁷⁷ BGH, StV 12/2003, S. 651.

⁸⁷⁸ BGH, StV 12/2003, S.651-652.

⁸⁷⁹ BGH, StV 12/2003, S. 651.

⁸⁸⁰ BGH, StV 12/2003, S..652.

⁸⁸¹ BGH, StV 5/2004, S. 249.

⁸⁸² Diemer in KK 5.A.,§255a Rdnr.10 ; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 4.Aufl., Rdnr. 1328; Pfeiffer, StPO 4. A., §255a Rdnr.3. 轉引自 BGH, StV 5/2004, S. 249.

「參與的可能性」才必須被保障；但是這樣的解釋方法與明確的法條文字不合，就此而言，同法第 255a 條第 2 項第 1 句-偏離了第 168c 條中對於被告和辯護人間不同的規定-，以「累積性」的被告和其律師的參與權可能為前提要件，而當被告在證人訊問時的**在場權**被排除時，即不能以「被告參與的機會」為理由。另外一種解釋方法，同樣也反對立法者對規定（以錄影證言代替當庭陳述）使用範圍的有意限縮，因為只有依照同法第 168c 條第 2 項，被告才會被允許在場。如果將依「第 168c 條第 3 項排除被告在場」的情形，解釋為**仍有**「第 255a 條第 2 項第 1 句後半段」的適用，可能終究還是無法和「以辯護人有效辯護保障被告須保護的利益」相一致，而第 255a 條第 2 項第 1 句正好是以「取代於庭上被詰問」的「保護幼年證人」為目的，所為的更廣泛的直接審理原則的違反，就此而言，似乎是將審判程序提前至偵查階段，必須要能保證證人在訊問中能被提問，就其可能的陳述不足加以澄清或影響其證據價值。為了達到此目的，通常在偵查程序的這個階段還未就卷宗加以審閱的律師，只有在和被告一起在訊問證人時在場的情形下，才能實現目的－被告和律師沒有必要和證人在同一個空間內，依第 168e 條以同步影音轉播方式，透過法官中介提出問題，即已足夠保障其在場權⁸⁸³。

第二目 補充詰問之操作

關於在審判程序為補充詰問的必要性，可以依法官的澄清義務（第 244 條第 2 項）來操作，例如在錄影訊問後，又產生進一步的證據成果，其與證人的陳述有許多實質上的不一致，或有需要提出更多的問題加以澄清⁸⁸⁴，就這點而言，還是要依照個案情形來判斷⁸⁸⁵；在審判程序中，是依照聲請證據調查的原則處理－當證人提出一個新的主張為證據，且該主張在之前的訊問記錄中係未被聽聞到的⁸⁸⁶。依第 255a 條第 2 項第 1 句，當被告和律師已經參與了證人訊問，是否要以播放審訊記錄以代替傳喚證人到庭做證，應視同在審判程序中對已傳喚過的證人

⁸⁸³ BGH, StV 5/2004, S. 250.

⁸⁸⁴ BGH, StV 12/2003, S. 652.

⁸⁸⁵ BGH, StV 12/2003, S. 652.

⁸⁸⁶ BGH, StV 12/2003, S. 652.

重複審訊的判斷⁸⁸⁷。

另外，也有其它決議提到，在第 255a 條第 2 項的情形，事實審法官首先要問自己一個問題：是否證人在審判中之訊問可以依據第 255a 條第 2 項被取代。就此點來說，他必須考量到該規定的目的—係在於避免多次訊問以保護幼年證人，當證人被要求在審判程序中出現時，他要這樣的使用播放影音記錄來替代訊問；在例外的情形下，在審判程序中對證人的補充訊問，將依照澄清義務或證據聲請有必要而定⁸⁸⁸。

第三目 與同法第 252 條的相互關係

刑事訴訟法第 252 條規定，雖然證人在審判程序中才行使拒絕證言權，仍然不得朗讀審判程序之前訊問證人所得之證言。承前所述，就本條的操作上，依照少數學說和實務意見，將排除法官訊問的情形，也就是在訊問主體是法官時，只要當時法官已依法告知證人（在這樣的身分、地位時），且證人也已了解該告知，使用禁止在此即無適用⁸⁸⁹。這樣的見解最初是基於檢察官和警察缺乏告知義務，但自《刑事訴訟法與法院組織法的修正法（StPÄG）》於 1964 年 12 月 19 日通過後，告知義務在檢察官和警察間也必須適用，此時區別的原因就在於法官訊問的高品質⁸⁹⁰，但近來已有對於該見解的質疑—因為既然警察、檢察官及法官各有同樣的告知義務，並對一個依法訊問的過程加以擔保，則所有的訊問都應相同處理，法官在偵查程序中的訊問並不存有一個特別的品質⁸⁹¹。

因此，同樣的問題也會出現在第 255a 條第 2 項，證人是否可以事後再主張「拒絕證言權」，而使先前受訊問的影音記錄無法播放？有判決表示否定立場，係基於以下兩點理由：首先，第 255a 條第 2 項的影音訊問，跟先前的草案條文⁸⁹²

⁸⁸⁷ BGH, StV 12/2003, S. 652.

⁸⁸⁸ BGH, NStZ 2004, Heft 6, S. 349.

⁸⁸⁹ BGHSt 2,99,106.此時的做法是把訊問的法官以證人地位加以訊問，則該證人先前之陳述可做為判決依據。Beulke, Strafprozessrecht,10.Aufl., 2008, Rn. 420.

⁸⁹⁰ BGHSt 21,218,219; BGHSt 49,72,77.

⁸⁹¹ Beulke, Strafprozessrecht,10.Aufl., 2008, Rn. 420.

⁸⁹² BT-Dr 13/4983,S.3,7-8.該版本的條文文號為第 250 條第 2 項，與最後定案的第 255a 條第 2 項

相互比較，可以發現最後定案的條文，是將「審判程序的某部分前置到偵查程序」，藉由被告和其辯護人的參與機會，來補償之後對被告所造成的不利，此時證人已無法再支配其證言的使用與否；另外，從條文的設計上來看，第 255a 條的第 2 項不同於第 1 項的文字，故無同法第 252 條之適用⁸⁹³。不過，這部分的見解未有判決支持（nicht entscheidungstragend）⁸⁹⁴。

第二款 輔助已到庭證人之陳述

觀察第 255a 條（尤其是第 2 項），其係在規定代替證人當庭受訊問的情形，是故，如果只是用「錄影筆錄」來補充、檢驗證人陳述，則同法的第 250 條、第 253 條等規定仍有其適用；該「錄影筆錄」和證人訊問筆錄等同視之，它可以用來證明陳述的穩定性，且因其真實性較高，偵查法官一般而言不會被傳喚訊問，此時並不違反「直接審理原則」，此時該證人在偵查法官面前之陳述，並非同法第 250 條的「透過親自察覺一個人（人證）」，而是將該影音記錄視為「勘驗客體」⁸⁹⁵。

第三款 以「未經被告詰問證詞」為定罪主要依據

該決議⁸⁹⁶所涉及的**案例事實**略為，本案中的兩位被告 S 和 D 被控對一名波蘭籍女子為強制性交及販賣人口罪⁸⁹⁷。該波蘭籍女子（被害人）在接受警察及檢察官偵訊時，皆對 S 和 D 為不利指控。檢察官在 2005 年 8 月 9 日時聲請由偵查法官來訊問被害人，並傳喚被告 S 到場，但未傳喚當時未被認為是被告的 D 到場；偵查法官在同年 8 月 16 日為訊問，該訊問有被錄音錄影及同步轉播至 S 所在的另一個房間，惟當時該被害人不願意配合（該被害人只想回波蘭，不想再經歷這一切，並表示如果被告會聽到其陳述，她會很困擾），甚至想離開偵訊室，

的差別在於，沒有以被告和律師的參與可能為前提要件。

⁸⁹³ BGH, StV 5/2004, S. 250.

⁸⁹⁴ BGH, StV 5/2004, S. 247 ; Löwe Rosenberg kommentar, 26.Aufl., 2008, § 255a Rn. 21.

⁸⁹⁵ BGH, NStZ 2004, Heft 6, S. 349.

⁸⁹⁶ BGH, 1 StR 493/06-Beschl. 29.11.2006(LG München I)=BGHSt 51,150=NJW 4/2007, S. 237-240.

⁸⁹⁷ BGH, NJW 4/2007, S. 237.

所以偵查法官不讓 S 繼續參與接下來的訊問程序。另一方面，S 的辯護人在同年的 8 月 3 日就已將簽名的委任狀向檢察官遞交，並在 8 月 4 日被送達到司法機關的收發處，但不知何故，一直到 8 月 19 日及 8 月 24 日，該委任狀才被呈交給負責的檢察官及偵查法官，所以在 8 月 16 日的訊問程序中，S 的辯護人並未被通知，而偵查法官沒有再對證人（被害人）採取其他的訊問措施，因為被害人已經離境⁸⁹⁸。在審判程序中，有 4 個筆錄被朗讀，1 個偵查法官訊問的影音記錄被播放，地方法院並傳喚偵查法官及 3 個警員出庭作證，被害人則未出現在法庭中，因其已在偵查中最後一次訊問後返回波蘭⁸⁹⁹。

被告上訴，指出因為在偵查程序中的失誤，使被告對被害人的對質詰問權受到侵害，因為被害人的陳述並未透過陳述以外的足夠觀點加以支持，判決的依據沒有基礎⁹⁰⁰。**最高法院**認為，歐洲人權公約第 6 條第 3 項第 d 款是同條第 1 項的一個具體面向，其保障被告詰問敵性證人的權利，但並不是一定要在被告在場的審判程序中進行，當證人只有在偵查程序或其他審判程序外被訊問時，必須要給與被告在證人陳述當時或之後予以詰問（由被告或透過其辯護人）的機會，但是當被告未有機會為反對詰問時，並不當然違反公約的要求，必須要視整體程序（包括證據調查和證據評價的方式）是否公平而定⁹⁰¹，而在審查程序是否公平時，依照歐洲人權法院的判決，特別重要的是「被告無法詰問是否可歸責於國家司法機構」，雖然司法機構應該要採取積極的行動以確保證人得被被告詰問，但如果還是不可能的，就無需負責，歐洲人權法院認為，如果司法機關已盡力卻仍失敗，則以無法受詰問的證人證詞為判決基礎是可能的，只要不是以此為唯一或決定性的證據，且透過該陳述以外的證據加以支持，在證據評價上必須特別小心—尤其是在偵查階段就已經發生的公約違反情形⁹⁰²。

以**最高法院的見解來審查本案**情形，對被告 S 的辯護人而言，法院未於偵查法官訊問證人前通知其到場，違反刑事訴訟法第 168c 條第 5 項第 1 句的通知義

⁸⁹⁸ BGH, NJW 4/2007, S. 238.

⁸⁹⁹ BGH, NJW 4/2007, S. 237.

⁹⁰⁰ BGH, NJW 4/2007, S. 238.

⁹⁰¹ BGH, NJW 4/2007, S. 238.

⁹⁰² BGH, NJW 4/2007, S. 239.

務，因其委任狀已於 8 月 3 日送達司法機關，通知義務的違反並不用考慮是故意、過失或是誤判有法定的例外事由；至於被告 S 本身，雖然一開始有在場，但之後因為被害人的不滿而遭偵查法官排除，其尚未行使任何訊問—雖然依據刑事庭的判斷，於此並無同法第 168c 條第 3 項的排除事由，這樣的排除應該要以辯護人代行詰問為保障。而被告 D 的部分，其未於偵查法官訊問證人前被通知，同樣違反第 168c 條第 5 項第 1 句，雖然檢察官還未正式控告他，但其被告地位已經形成，因為被害人在 2005 年 8 月 2 日及 3 日的警察訊問中，已經對 D 為不利指控，至遲在檢察官聲請偵查法官訊問時已成為被告。另外，依據第 168c 條第 5 項第 2 句—也就是「有害調查結果得不為通知」的要件，並無意考慮到依同法第 58a 條及第 168e 條所為的隔離訊問，而「有害調查結果得不為通知」的要件也未因此被刑事庭審查通過，特別是就另一方面而言，當時指定義務辯護人可能是有必要的⁹⁰³。而在證據評價的部分，雖然原審有引用其他的證據，但都不足以支持判決有罪的基礎，如被害人第一次向警察的陳述，此非屬證詞以外的證據；被害人懷孕的事實也無法確認犯罪事實（是否被強制性交）；雖然有兩名證人當庭陳述其所注意到被害人和被告在電車內的爭執，也無法足夠的佐證犯罪事實發生，只能算是對證人的純粹評價⁹⁰⁴。綜上所述，最高法院以侵害被告對質詰問權為由，廢棄原判決⁹⁰⁵。

第四項 歐洲人權法院判決

歐洲人權法院係一跨區域的審判機構，也是歐洲人權公約執行的最重要機構⁹⁰⁶，透過歐洲人權法院的判決，可以對其會員國施加影響力，也是對各國裁判及相關規範的再一次審查，使跨國的人權共識得以建立，以增加人民對審判的信任。以下，將以數則有關在**審判中以證人審前錄影證言**為證據的判決，說明從普世人權的角度看待此議題的見解。由於所搜尋到的判決在案件事實上具有很大的

⁹⁰³ BGH, NJW 4/2007, S. 239.

⁹⁰⁴ BGH, NJW 4/2007, S. 239-240.

⁹⁰⁵ BGH, NJW 4/2007, S. 240.

⁹⁰⁶ 張文貞，*跨國憲政主義的合縱與連橫：歐洲人權法院及內國憲法法院關係初探*，台灣大學法律學院人權研究中心 第二屆歐洲人權裁判研討會第四場書面資料，2007 年 4 月 28 日，頁 5。

相似性，所以將以整理歸納的方式加以呈現，而非個別判決的分別論述。

第一款 所涉案件⁹⁰⁷

在歐洲人權法院的判決中，有以**證人審前錄影證言**為證據，且就其在審判中被當作證據使用有與人權公約結合做特別論述者，其案件事實皆涉及對**非成年人的性濫用**（包括性騷擾、性虐待、性侵害）犯罪，而且加害者與被害人間並非不認識的關係，多為被害人的鄰居、老師或是父母。在審判中，被害人與警察或是醫生的審前錄影會談陳述被播放，並且代替了被害人的當庭陳述—於審判中，被害人皆沒有被要求出席，而被告方也無法對其為當庭詰問。聲請人（被告）認為，這樣的做法違反了歐洲人權公約第 6 條第 1 項的「公平審判原則」及同條第 3 項第 d 款的「對質詰問權」要求。

第二款 處理原則

首先，法院認為，歐洲人權公約第 6 條第 3 項第 d 款的「對質詰問權」保障，是同條第 1 項「公平審判原則」的具體面向之一，所以應該合併檢驗⁹⁰⁸。

法院的意見主要可歸納成以下兩部分：一是關於「**證據使用**」，歐洲人權法院一再強調，「證據容許性」優先由內國法規定，因為在多數情形下，係由內國法院加以評斷其面前的證據，公約的機能只是確認整體程序，包括證據的採取是否公平。所有的證據一般而言，都必須在被告在場的公開聽證中被呈現出來，以供對抗性的爭辯，然而，使用在警方調查和法院調查階段所取得的陳述為證據，其本身並不當然和歐洲人權公約第 6 條第 1 項及同條第 3 項第 d 款相衝突，如果在有考慮到被告的權利之下⁹⁰⁹。

⁹⁰⁷ S.N. v. Sweden, Judgment of 2 July 2002 (no. 34209/96); W v. Finland, Judgment of 24 April 2007 (no. 14151/02); B v. Finland, Judgment of 24 April 2007 (no. 17122/02); A.L. v. Finland, Judgment of 27 January 2009 (no. 23220/04); W.S. v. Poland, Judgment of 19 June 2007, (no. 21508/02).

⁹⁰⁸ S.N. v. Sweden, §43; W v. Finland, §42; B v. Finland, §40; A.L. v. Finland, §23; W.S. v. Poland, §39.

⁹⁰⁹ S.N. v. Sweden, §44; W v. Finland, §43; B v. Finland, §41; A.L. v. Finland, §36; W.S. v. Poland, §55.

二是關於「公約第 6 條第 1 項及同條第 3 項第 d 款」的解釋及適用，公約第 6 條並不能被解釋為要求在所有的情形下，問題都必須由被告或律師以交互詰問或其他方式直接表達，但至少要給予被告適當且可能的機會去挑戰及詰問敵性證人，時點可以是在陳述做成當時或之後⁹¹⁰，也就是說，公約第 6 條並不是保證被告有無限制的權利去確保證人到庭，內國法院有權決定合宜的聆聽證人方式⁹¹¹；而當遇到**性侵害**案件時，法院必須考量其在刑事程序中的特殊面向，這樣的程序中必須要為被害人的經歷設想－特別是不想見到被告這點，尤其是當被害人是未成年人時更需特別注意，在判斷被告是否有受到公平審判時，必須要考慮到保障被害人的私人生活，因此，法院接受在涉及性侵害的刑事程序中，在與被告權利有效且適當的行使相一致的情形下，可以採取特定的措施以保護被害人，而為了確保被告的權利，司法單位被要求採取一定措施以平衡被告因此所受之不利⁹¹²；另外，不能單獨或決定性的依據未經被告挑戰過的證詞定罪，而政府方面往往以**還有其他證據**來抗辯，但這些證據都只是間接的證明被害人人格及陳述可信性，如與被害人會談的醫生或是被害人先前的陳述對象，這些人並未親身經歷案件事實，其證詞無法和被害人作為證人的陳述相同評價⁹¹³，在考量欠缺其它物理性證據及人證的情形下，所判之罪名或刑度可能會有所減縮⁹¹⁴。

承上可知，當被告無法親自向證人直接詰問，判斷國內法院是否有對被告權利做適當的措施以補償其所受之限制時，歐洲人權法院主要會考量以下幾點：被告是否可透過第三人向證人提問、在訊問證人的同時，被告是否得間接在場、訊問證人的過程是否有錄音錄影以供法院判斷證詞的可信性，其中尤以前兩項最為重要⁹¹⁵：在 *S.N. v. Sweden* 案的被告律師雖然在證人訊問時不在場，但這是律師

⁹¹⁰ *S.N. v. Sweden*, §44 ; *W v. Finland*, §43 ; *B v. Finland*, §41 ; *A.L. v. Finland*, §36 ; *W.S. v. Poland*, §55.

⁹¹¹ *S.N. v. Sweden*, §44 ; *W v. Finland*, §43 ; *A.L. v. Finland*, §37 ; *W.S. v. Poland*, §54.

⁹¹² *S.N. v. Sweden*, §47 ; *W v. Finland*, §45 ; *B v. Finland*, §43 ; *A.L. v. Finland*, §39 ; *W.S. v. Poland*, §57. 要特別強調的是，即使是在涉及未成年被害人的性侵害犯罪案件，如果只以**未經被告挑戰的證詞**為定罪的**唯一（或決定性）依據**，也無法合乎歐洲人權公約第 6 條的要求。 *P.S. v. Germany*, Judgment of 20 December 2001 (no. 33900/96), §§23-26, 30-32.

⁹¹³ *W v. Finland*, §47 ; *A.L. v. Finland*, §41.

⁹¹⁴ *S.N. v. Sweden*, §18 ; *W v. Finland*, §20.

⁹¹⁵ 陳鈺歆，對質詰問權保障標準取代傳聞法則之研究－以歐洲法發展為例，台灣大學法律學研

同意的，雖然律師無法透過通訊設備在另一個房間觀察證人作證情形，但律師有和偵查員事先討論要問哪些問題，且之後透過聆聽錄音帶及檢視副本的方式確認問題都有訊問，也沒有要求再開訊問，這並不違反對質詰問權⁹¹⁶；與此相較，W v. Finland 案及 A.L. v. Finland 案，被告或其律師從頭到尾都沒有機會詰問證人，違反公約要求⁹¹⁷；雖然「有證人訊問的錄影」並不能代替證人受詰問⁹¹⁸，但某程度可以做為一個保障機制，尤其是在完全沒有錄影記錄的情形下，法院更無法檢測作證情形⁹¹⁹。

第五項 我國法院判決

第一款 偵訊的錄音錄影內容與筆錄不符時的解決方法

依據我國法院的看法，就偵查中對證人的訊問，沒有錄音錄影也不違法⁹²⁰；而如果有錄音錄影，亦非法所不許，但如果有和筆錄不一致之處，宜參照刑事訴訟法第 100 條之 1 第 2 項之相同法理，對不符該部分的筆錄，排除其證據能力⁹²¹。不過，既然沒有要求強制錄音，必要時錄影，卻可以參照刑事訴訟法第 100 條之 1 第 2 項之「相同法理」，就不符該部分筆錄的證據能力加以排除，似有爭議——畢竟在與被告相較非強制錄音錄影的情形下，為何要有一樣的、強烈的法律效果？所謂「相同法理」的實質內涵為何？是否存在可以參照刑事訴訟法第 100 條之 1 第 2 項的充分基礎？實有疑問。但依據司法院所提出的刑事訴訟法草案

究所碩士論文，民國 97 年，頁 62。

⁹¹⁶ S.N. v. Sweden, §§13,49-51.

⁹¹⁷ A.L. v. Finland, §42；W v. Finland, §47.

⁹¹⁸ W v. Finland, §§46-47.

⁹¹⁹ Vladimir Romanov v. Russia, Judgment of 24 July 2008 (no. 41461/02), §§105-106.

⁹²⁰ 最高法院 98 年度台上字第 813 號判決、最高法院 97 年度台上字第 6174 號判決、最高法院 96 年度台上字第 6168 號判決、最高法院 97 年度台上字第 3430 號判決、最高法院 97 年度台上字第 6487 號判決、最高法院 96 年度台上字第 4922 號判決、最高法院 97 年度台上字第 3991 號判決、最高法院 95 年度台上字第 3052 號判決參照。

⁹²¹ 最高法院 96 年度台上字第 6168 號判決、最高法院 97 年度台上字第 3430 號判決、最高法院 97 年度台上字第 6487 號判決、最高法院 96 年度台上字第 4922 號判決參照。

⁹²²，第 192 條的內容將作修正，即明文規定證人訊問時準用第 100 條之 1 第 1 項及第 2 項⁹²³。

第二款 主要的適用案型

依據所搜尋到的相關判決，會需要將偵（警）訊時證人陳述的錄音錄影作為證據，主要可以依之後審判時證人「有無到庭」區分成兩種情況：如果證人「有」到庭，但是主張「當時所說的內容與筆錄記載不符」⁹²⁴，筆錄既與實際陳述容不符，依刑事訴訟法第 159 之 1 條第 2 項，其可信性可能受到質疑；或是證人到庭後所說與當初偵（警）訊時有所不同，有依刑事訴訟法第 159 之 2 條判斷是否「前陳述」具「特別可信性」⁹²⁵。如果證人「未」到庭，但是想要採取其於偵（警）訊時的陳述筆錄內容，則必須判斷其是否具有「特別可信性」而可成為傳聞例外⁹²⁶。其中，以為了要證明前陳述具有「特別可信性」而應採為證據的情形最多，也就是將「前陳述有無錄音錄影」作為判斷可信性的要件之一，但是對於「特別可信性」並沒有決定性的證明效果，由於「可信性」指的是陳述時的**外部環境**，包括陳述當時之原因、過程、內容、功能等外在環境，綜合陳述人之觀察、記憶、表達是否正確及有無偽證之各種因素予以判斷，無法僅因「有錄音錄影」就具「特別可信性」⁹²⁷，也不能僅因「未錄音錄影」就斷言無「可信性」⁹²⁸，或只因「未妥善保存錄音錄影記錄」就認為「不可信」⁹²⁹。另外，當有「證人陳述是否出於

⁹²² 其於民國 100 年 3 月 11 日第 138 次院會中所公布。

⁹²³ 刑事訴訟法部分條文修正草案條文對照表，
<http://jirs.judicial.gov.tw/GNNWS/NNWSS003.asp?Search=y&MuchInfo=>（最後瀏覽日期：2011 年 4 月 24 日）

⁹²⁴ 台北地方法院 96 年度矚重訴字第 1 號判決、最高法院 99 年度台上字第 4508 號判決參照。

⁹²⁵ 最高法院 96 年度台上字第 6168 號判決、最高法院 98 年度台上字第 1983 號判決、最高法院 99 年度台上字第 3127 號判決、最高法院 98 年度台上字第 6279 號判決、最高法院 97 年度台上字第 6563 號判決、最高法院 96 年度台上字第 7670 號判決參照。

⁹²⁶ 最高法院 99 年度台上字第 4905 號判決。

⁹²⁷ 最高法院 99 年度台上字第 3127 號判決、最高法院 99 年度台上字第 2788 號判決、最高法院 98 年度台上字第 3831 號判決、最高法院 97 年度台上字第 515 號判決、最高法院 96 年度台上字第 7670 號判決參照。

⁹²⁸ 最高法院 96 年度台上字第 6168 號判決、最高法院 97 年度台上字第 6563 號判決參照。

⁹²⁹ 最高法院 98 年度台上字第 1535 號判決參照。

真意」⁹³⁰的疑慮，或是要釐清「證人受訊問程序是否合法」，例如是否告知作證義務及偽證處罰⁹³¹時，也有搜尋到以偵訊中影音記錄為證據的判決。

另外，從判決中可以發現，勘驗**警察訊問的影音記錄**機率遠大於**檢察官訊問的影音記錄**，而且警詢的影音記錄「載具」皆為**錄音帶**⁹³²，檢察官的偵訊影音記錄「載具」皆為**錄影帶**⁹³³。此似可看出檢察機關和警察機關間的器材設備差異，以及對警察機關的訊問品質有較多的質疑及不信任。如果想要提升警詢的品質和公信力，或許必須加強相關硬體設備以及人力資源的素質，畢竟作為第一線的偵查人員，可以取得與事實發生較接近的資訊，這對之後的偵查及審判而言意義重大，不應等閒視之。

第三款 證據方法及調查方式

依照上述所查詢到的法院判決，可以發現法院多將偵（警）訊中的證人陳述錄音錄影作為「特別可信性」或是「程序是否合法」的判斷標準，所使用的是錄音錄影所呈現的「陳述時外在狀態」部分。由於此部分並非陳述內容，故必須透過個人的**感官知覺（視覺、聽覺）**為調查，因該等「影音記錄」並不具備「可朗讀性」，無法直接從「證據載具」⁹³⁴而判讀其內部資料，非傳統的文書證據⁹³⁵，

⁹³⁰ 最高法院 99 年度台上字第 4508 號判決參照。

⁹³¹ 最高法院 96 年度台上字第 4365 號判決參照。

⁹³² 最高法院 99 年度台上字第 4508 號判決、最高法院 99 年度台上字第 3127 號判決、最高法院 99 年度台上字第 2566 號判決、最高法院 99 年度台上字第 1296 號判決、最高法院 99 年度台上字第 12 號判決、最高法院 98 年度台上字第 6279 號判決、最高法院 98 年度台上字第 3831 號判決、最高法院 98 年度台上字第 752 號判決、最高法院 97 年度台上字第 6563 號判決、最高法院 97 年度台上字第 515 號判決、最高法院 96 年度台上字第 7670 號判決、最高法院 96 年度台上字第 6168 號判決、最高法院 99 年度台上字第 4906 號判決、最高法院 99 年度台上字第 3010 號判決參照。

⁹³³ 最高法院 96 年度台上字第 4365 號判決、最高法院 99 年度台上字第 12 號判決、最高法院 96 年度台上字第 4922 號判決參照。

⁹³⁴ 指的是可儲存證據資料的新型態科技設備，例如錄音、錄影、電磁記錄。何賴傑，錄音、錄影、電磁記錄等之調查（刑事訴訟法第一六五條之一第二項），全國律師第 8 卷第 9 期，2004 年 9 月，頁 34。

⁹³⁵ 何賴傑，錄音、錄影、電磁記錄等之調查（刑事訴訟法第一六五條之一第二項），全國律師第 8 卷第 9 期，2004 年 9 月，頁 36。

所以應為我國法「法定證據方法」中的「勘驗（刑事訴訟法第 212 條至第 219 條）」⁹³⁶；但是，亦有認為只要將該等「證據載具」內所載資料顯現，且能為人類所理解者，即具有「可讀性」，刑事訴訟法第 165 之 1 條似因此而生，將其定位成與刑法上意義一致的「準文書」⁹³⁷，納入「書證證據方法」，須以適當設備加以顯示，使其可被辨認或告以要旨。上述兩種解釋方法，在確認「證據方法」上的結論並不相同—前者認為是**物證**，後者則是以「準文書」的方式進入**書證**範圍；但是在採取的「調查程序」上，差異不大—原則上皆是以**適當科技設備顯式影音記錄內容**。

所以，即使未增定刑事訴訟法第 165 之 1 條，實務上向來所採取的「勘驗」方式，與新法通過後並無任何區別⁹³⁸；而考量到現實因素，因未必皆能在法庭上親為勘驗，故不得不允許檢察機關於第一時間先為勘驗，其後再將**勘驗筆錄**提出於法庭，以「書證」方式加以調查，構成直接審理原則之例外⁹³⁹。但是，如果依照刑事訴訟法第 165 之 1 條，「朗讀先前的勘驗筆錄」似不合乎條文上所規定的「以適當設備加以顯示或告以要旨」；而如果從「準文書」為「書證」之一種的立場出發，更可能有違反直接審理原則的疑慮。

由於我國實務的操作模式並未將「影音記錄的證人陳述」作為直接性的證據。不過，從其所中所包含的內容本質而言，仍為一「審判外」對「檢察官或警察」的陳述，只是使用影音設備加以記錄。故即使以「錄音錄影技術」加以保存，並無法透過刑事訴訟法第 165 之 1 條第 2 項（或第 212 條到第 219 條的勘驗規定），以「書證（或物證）」的型態取得直接的證據能力—因其本質仍為「人證」

⁹³⁶ 雖然依據德國刑事訴訟法第 255a 條，將證人訊問影帶於審判中播放準用筆錄朗讀的規定，似將錄影記錄與訊問筆錄等同視之。Beulke, Strafprozessrecht, 10. Aufl., 2008, Rn. 430 k；但德國通說還是認為，立法者只是想適用**書證代替人證**之同一標準，錄影記錄的調查方式還是以勘驗為之。KK-Diemer, StPO, 5. Aufl., § 255a Rn. 1. 轉引自 前揭註，頁 38。

⁹³⁷ 刑事訴訟法九十二年修定資料彙編，五南圖書出版股份有限公司，2003 年 3 月初版一刷，頁 92。

⁹³⁸ 何賴傑，錄音、錄影、電磁記錄等之調查（刑事訴訟法第一六五條之一第二項），全國律師第 8 卷第 9 期，2004 年 9 月，頁 37；相關判決可參照，林鈺雄，刑事訴訟法（上），自版，2010 年 9 月 6 版 1 刷，頁 573，註 129。

⁹³⁹ 何賴傑，錄音、錄影、電磁記錄等之調查（刑事訴訟法第一六五條之一第二項），全國律師第 8 卷第 9 期，2004 年 9 月，頁 36。

的供述證據，若干以「機械力拍錄，未為人為操控」而自可取得證據能力⁹⁴⁰的論述理由，忽略了傳聞證據以「人類陳述」為前提的依據，雖我國法對此沒有為特殊規定，但從本質出發仍可導出適用傳聞規定的結論⁹⁴¹，且上開的實務見解皆將該影音記錄作為「彈劾證人證詞」的依據，因其非以其陳述內容為認定事實之依據，故才不合乎傳聞的定義，但不表示該等影音記錄絕無傳聞法則適用餘地。

因此，如係以「證人之陳述內容」為認定事實之依據，即為「人證」證據方法，必須依照人證方式調查—原則上要到庭具結陳述，未至審判庭的證人所為之陳述，還是要合乎**特別法或刑事訴訟法的傳聞例外規定**，才可作為審判中的證據。

第二節 外國法院與我國法院實務之比較

承上述整理可知，在**外國法院**的部分，可以看出歐洲人權公約（法院）的影響力。在處理涉及「未成年被害人的性侵害案件」時，法院都試圖在「保護被害人」及「保障被告權利」間找到平衡，也以此檢驗本國制度是否能合乎這樣的要求，透過「現代科技設備的使用」以及「辯護人的參與」，希望能對發現真相有所助益；另外，雖然肯認被告權利的重要性，也要求國家在這方面必須要進一切可能的努力，但也承認在若干情形不得不犧牲或無法歸責於國家的例外，但是在證據評價的時候，法院還是必須特別小心「沒有經過對質詰問」的證詞，尤其是當陳述者是被害人或是未成年人的情形；而對於刑事訴訟程序的觀察重心，也從以往的審判程序轉到偵查程序中。在**我國法院**部分，就「證人審前的影音陳述」的證據使用上，從對其的證據方法及調查方式定位的混亂，顯示出對於新型科技運用規範的不足和陌生；在所表示的證據效果上，只把「證人審前的影音陳述」作為**輔助性**的證據，且不具有絕對的證據優勢，因此證人仍無法以此免於出庭，此看似對被告權利保障甚周，但在某程度上卻忽略了被害人的利益，尤其是在性

⁹⁴⁰ 本田正義、桂正昭，傳聞法則の例外，法律實務講座第八卷，證據法(1)，頁 1940；齊藤金，刑事訴訟法上卷，頁 260。轉引自 王德麟，從證據法則論像片錄音帶之證據能力：以刑事訴訟為中心，中興大學法律研究所，民國 74 年 5 月，頁 86。國內亦有判決有相近看法，如最高法院 91 年度台上字第 2363 號判決、最高法院 92 年度台上字第 3920 號判決。

⁹⁴¹ 林俊益，我國傳聞法則之例外規定—檢察官之訊問筆錄，《傳聞法則 理論與實踐》，元照出版，2004 年 9 月二版 1 刷，頁 134；林俊益，我國傳聞法則之基本規定，《傳聞法則 理論與實踐》，元照出版，2004 年 9 月二版 1 刷，頁 103。

侵害案件中，「減述條例」欲減少證人重複陳述的宗旨未能確實履踐，實屬可惜。而在準用對被告錄音錄影的規定通過後，對證人訊問予以錄音錄影將成為強制要求，與文書筆錄相較又更具完整性及重現性，法院是否仍然認為其功能僅止於輔助？其所彰顯的意義是否仍不具絕對的優勢性？其本身是否可以直接引為傳聞例外？等爭議，都有再思考的必要。

第三節 本章結論

整體觀之，從一開始對於影音記錄「定位以及調查方式」的不明確，到實際適用時的「可有可無」效果，可以看出我國對於此項議題的陌生及漠不關心；立法者對於偵查中證人「影音記錄」在**審判中使用的**其他相關規範，並未有同等的重視，或根本不認為有需要特別規定或對現狀作審視的必要。拙見以為，在偵查中對證人訊問全面錄音（有必要時錄影）的立法草案出來之後，應該藉此機會，一併將在審判中的使用規定及現狀作徹底的檢討，使影音記錄能發揮更大的功能。

第八章 審判中使用的其他問題－律師的法庭外陳述

第一節 爭議起源

一般而言，審判中的活動將以**法庭內**為中心，檢辯雙方的攻防亦在此進行，法官從公正的第三人角度，透過觀察兩造的互動，依法、依證據加以審判；但是，由於在先前的偵查階段，檢察官就「偵辦進度」及「調查資訊取捨」有絕對的主導權，在律師沒有閱卷權的情形下，形成了**單方面**的「資訊優勢」，造成「武器不平等」的現象。是故，為了當事人的利益，有些辯護人會以發表「**庭外言論**」的方式行使其辯護權，除了平衡「輿論一面倒」的目的外⁹⁴²，也可能試圖影響法官的心證⁹⁴³。另外，辯護人也可能採取「**公布卷證**」的方式以為主張，例如播放偵訊錄音（影）帶，其中的內容為被告、證人受不當訊問的事實發生經過，以表達對偵查過程的不滿或是對相關證據的質疑，對此行為的定位，雖有認為與一般發表庭外言論並不相同⁹⁴⁴，然拙見以為，如果從言論自由的保障來看，能表現出**相當意義且一般大眾皆可理解**的舉動，也應納入其保護範圍內，即所謂的「**象徵性言論**」⁹⁴⁵，故也算是庭外陳述的一種方式⁹⁴⁶；而且從辯護人的角度來看，這些

⁹⁴² 張升星，律師「司法外陳述」及其界限，東吳法研論集第 6 卷，民國 99 年 6 月，頁 105。

⁹⁴³ 針對 98 年 12 月 9 日中國時報 A 14 版時論廣場「妨害司法罪何其重」及自由時報 A 15 版自由廣場「律師慘了」二篇投書，法務部說明，
http://www.lawtw.com/article.php?template=article_content&area=free_browse&parent_path=,1,2169,1481,&job_id=155821&article_category_id=2145&article_id=84275（最後瀏覽日期：民國 100 年 4 月 24 日）

⁹⁴⁴ 邱忠義，公開播放證人、共同正犯偵訊光碟學術研討會與談記錄，台灣本土法學雜誌第 151 期，2010 年 5 月 1 日，頁 69-70。邱氏在此提及，依照美國律師 Brian Kennedy 所著之《美國法律倫理》一書中表示，雖然有允許法庭外言論的例外，但只能評論式的講，不包括公布卷證。但筆者翻閱本書之中譯本（商周出版，2005 年 7 月初版），並未發現這樣的具體論述。

⁹⁴⁵ 林子儀，言論自由導論，《台灣憲法之縱剖橫切》，初版 1 刷，元照出版社，2002 年 12 月，頁 145-146。

⁹⁴⁶ 肯認該議題涉及律師「法庭外陳述」的關鍵問題者，如 張升星，律師「司法外陳述」及其界限，東吳法研論集第 6 卷，民國 99 年 6 月，頁 141；認為公開播放光碟甚至是公開卷證資料，經常是針對該案發表意見或相關言論，必須在言論自由脈絡下討論者，如 尤伯祥，站在民主與專制的十字路口-反對以刑罰箝制律師發表職責上言論之自由，全國律師 3 月號，2009 年 3

都算是爲了當事人利益而爲的一種有別於「傳統法庭內辯護行爲」的「辯護策略」。當然，即使承認發表「庭外言論」和「公布卷證」都可算是廣義的「陳述」行爲，而實際上也常一併發生，但是由於其表達方式的不同，也使得其所造成的影響層面的不同：比起純粹的發表「評論」，公布卷證顯得更具說服力，但也增加了「卷證」因「外流」所可能被複製、變異及大量傳播的機會；而「影音性」的卷證（如真訊的錄音錄影帶）比起一般的「文字型」卷證，除了更容易被複製及大量傳播外，「影音」所造成的印象及渲染力也會大於單純的「書面文字」，所以還是可能，也有必要依據其造成的影響而作相應的個別規定。故以下所欲討論之「法庭外陳述」行爲，將包括「純粹發表評論」以及「具體公開卷證」。

以我國曾發生的情形爲例，除了最近一次的**陳前總統國務機要費案**，辯護律師於法院審理過程中，以召開記者會的模式播放證人偵訊光碟，並指控檢察官偵查違法外⁹⁴⁷，在之前和之後都發生過多起辯護律師「公布被告或證人偵訊錄音帶、錄影帶或偵訊筆錄」的案例⁹⁴⁸，引發了檢辯雙方對於該行爲適法性的激烈爭辯；而國外也曾發生此類律師的法庭外陳述行爲⁹⁴⁹，亦引發了不少討論，但與我國不同的是，外國法制對此類行爲有作出具體的規定，所以多就上開行爲「是否有合乎相應規定要求」及「相關規定是否合理」等較爲具體、有依據的討論。以下，將從這些相關規定及其討論中，就我國引進該制度是否合適、必要的立法論

月，頁 9。

另外，用於規範庭外言論的規定，如英國的間接藐視法庭罪，其中一種行爲態樣即爲「在法院審判前公布證據」。段重民，論藐視法庭罪，政大法學評論第 38 期，民國 77 年 12 月，頁 141-142；美國的藐視法庭罪也可能用於，法官在個案中已表示資料怎麼用或不能怎麼用，或是只能看不能抄出去，或能抄出去但不能開記者會等，但卻不被遵守時，還是可能構成藐視法庭罪。李榮耕，公開播放證人、共同正犯偵訊光碟學術研討會與談記錄，台灣本土法學雜誌第 151 期，2010 年 5 月 1 日，頁 77-78。

⁹⁴⁷ 《扁案 再攻防扁辦公布光碟「檢脅迫式取證」》，自由時報電子報，2009 年 2 月 24 日，<http://www.libertytimes.com.tw/2009/new/feb/24/today-p2.htm>（最後瀏覽日期：民國 101 年 4 月 24 日）

⁹⁴⁸ 邱忠義，偵查中錄音錄影與偵查筆錄可信性之關係—兼論訴訟目的外使用證據之影響，檢察新論第 7 期，2010 年 1 月，頁 37 註 39。

⁹⁴⁹ 相關案例可參考 張升星，律師「司法外陳述」及其界限，東吳法研論集第 6 卷，民國 99 年 6 月，頁 116-119；段重民，論藐視法庭罪，政大法學評論第 38 期，民國 77 年 12 月，頁 138-143,152-157。

探討。

第二節 對律師法庭外陳述限制與否的考慮基礎

首先，之所以想要加以**限制**的目的在於，避免此類行為影響審判的「公平性」，雖然審判中已非如偵查階段所採取的「不公開」原則，其採取的「公開審判原則」，目的在於避免秘密審判所造成的危險⁹⁵⁰，但如果公開反而有害審判公正、公平，還是應該加以限制。再者，如同前述，就非自願進入程序的人—例如證人，其對於自己的資訊是否將因「審判公開」而當然失去**秘密性**或失去**掌控的能力**？此「不能」也「不宜」逕以「有作證義務」而將其合理化，否則可能還停留在舊時代「把證人當作發現真實的工具或客體之一」的思考，證人的人權也應該要加以重視⁹⁵¹。另外，尤其是在有公布具體卷證的情形，更可能發生該類資訊流出後對於證人的傷害—例如被犯罪組織運用⁹⁵²，而當其所流出的資訊是以**影音記錄工具**為載體時，其可複製、易廣泛流傳、容易變造的特性，更將加深這類危險的發生可能以及影響範圍。

於此同時，也有**反對**就此行為作限制的聲音。因為律師多出於為「當事人利益」考量而決定相關的辯護策略，**一律禁止**將影響律師「辯護權」⁹⁵³的行使，如果因此使得「當事人利益」受損，則辯護制度作為**平衡**「武器不平等」的功能將被弱化，律師的「言論自由」也將受限制；且囿於國內目前「名嘴爆料」、「媒體未審先判」、「檢察官不遵守偵查不公開」的特殊局勢，為避免被告的權益受損，律師為「庭外辯護」乃不得不為的辦法⁹⁵⁴，且參考國外立法例⁹⁵⁵亦非全面禁止（其

⁹⁵⁰ 吳綺雲 譯，「法庭開庭電視錄影案」判決，德國聯邦憲法法院裁判選輯（十一），司法院出版，民國 93 年 10 月 1 日，頁 132-133。

⁹⁵¹ 林鈺雄，司法的侏儷紀化，中國時報 A15 版，2009 年 3 月 1 日。

⁹⁵² 邱忠義，公開播放證人、共同正犯偵訊光碟學術研討會與談記錄，台灣本土法學雜誌第 151 期，2010 年 5 月 1 日，頁 69。

⁹⁵³ 依釋字第 654 號，被告有受公平審判的權利（憲法第 16 條），出於正當法律程序的要求，被告應享有受律師協助的權利。是故以此為基礎，律師的辯護權應享有憲法上保障的地位。顧立雄發言，《律師倫理、辯護制度與檢察官偵查作為之衝突研討會》，2010 年 10 月 30 日。

⁹⁵⁴ 蘇友辰，偵訊光碟公開揭露適法性的探討，全國律師 3 月號，2009 年 3 月，頁 33；尤伯祥，公開播放證人、共同正犯偵訊光碟學術研討會與談記錄，台灣本土法學雜誌第 151 期，2010 年 5

設有例外)，外國法院在操作時也有一套衡量標準。另外，從人民「知的權利」⁹⁵⁶角度出發，對於偵查過程中的不合法的行為－尤其是不正取供的行為，人民有權知道，也應該知道⁹⁵⁷。而就前述「支持限制（甚至是全面禁止）律師庭外陳述」者所謂的公開卷證將侵害證人隱私權或資訊自決的論述，則有贊同也有反對的聲音⁹⁵⁸。

第三節 外國法制相關規定的內容及其目的

以下，將以曾被拿出來討論的外國立法制度加以介紹。因其規範種類的不同，可以區分成以下四種模式。

第一項 刑法規範

第一款 藐視法庭罪

「藐視法庭罪」起源於英國，後完備於美國⁹⁵⁹。一般而言，有所謂的針對「法庭內」行為為處罰對象的「直接藐視法庭罪」；以及針對「法庭外」所發生之行為為處罰對象，尤其是以批評審理中的訴訟案件，即所謂的「間接藐視法庭罪」⁹⁶⁰，後者為此處欲討論的對象。

英國最早是依據普通法的傳統所賦予的固有權而「防止或處罰任何導致妨

月 1 日，頁 65；羅秉成，《公開偵訊光碟，有何不可？》，中國時報 A15 版，民國 98 年 2 月 26 日。

⁹⁵⁵ 見本章第三節。

⁹⁵⁶ 依釋字第 509 號、第 678 號，憲法第 11 條言論自由的功能，包括滿足人民「知的權利」。

⁹⁵⁷ 尤伯祥，公開播放證人、共同正犯偵訊光碟學術研討會與談記錄，台灣本土法學雜誌第 151 期，2010 年 5 月 1 日，頁 64-65。

⁹⁵⁸ 此部分討論，請參見第三章第一節之討論。而即使肯認會有證人因公布卷證而造成權利侵害，也可以使用其它相關法律，如刑法、個資法或民法侵權法等加以規範，不需要制定限制此行為的相關罰則。尤伯祥，站在民主與專制的十字路口－反對以刑罰箝制律師發表職責上言論之自由，全國律師 3 月號，2009 年 3 月，頁 17。

⁹⁵⁹ 段重民，論藐視法庭罪，政大法學評論，民國 77 年 12 月，第 38 期，頁 150-151。

⁹⁶⁰ 段重民，論藐視法庭罪，政大法學評論，民國 77 年 12 月，第 38 期，頁 116。

礙、損害或濫用執法程序的行為」⁹⁶¹，而律師的庭外陳述被視為當然構成藐視法庭而遭受處罰，但由於上開標準過於恣意及嚴厲而遭受批評⁹⁶²，甚至被歐洲人權法院質疑，因此英國國會在 1981 年時另行制定「藐視法庭法 (Contempt of Court Act 1981)」⁹⁶³加以規範，但先前的習慣法傳統並不因此被全盤取代⁹⁶⁴。規定就特定訴訟程序發表干涉司法評論之處罰⁹⁶⁵，避免陪審員、證人及一般平民因欠缺法律專業訓練而受影響⁹⁶⁶，然該等評論必須要對爭議中的案件造成實質的危險（傷害、成見）⁹⁶⁷，常見的情形包括在審判前評論「可能傷害法院公正性（如評論被告性格、公布有罪自白等）」、或「可能傷害法院認定事實真相能力（如阻止法院聽取所有證據、在審判前公布證據）」，審判後（宣判前、上訴中）適用該罪的可能性大幅降低，其主要理由是因為陪審團被職業法官取代，而法官通常被認為較能免疫於外界之不當影響⁹⁶⁸，但也有質疑未必如此的聲音⁹⁶⁹；另外，也有若干阻卻違法事由，如涉及到「善意」評論公共事務或與一般公共利益之事項—但是必須限於「附隨討論 (is merely incidental to the discussion)」的情形⁹⁷⁰。

至於美國，在聯邦部分，首次於《1789 年法官法 (The Judiciary Act of 1789)》加以規範，但之後受到聯邦法典 (18 U.S.C.) 第 401 條第 1 項的限制，已無法以

⁹⁶¹ Sunday Times v. United Kingdom, Judgement of 26 April 1979 (no. 6538/74), § 18.

⁹⁶² Stephen J. Krause, Punishing the Press: Using Contempt of Court to Secure the Right to a Fair Trial, 76 B.U. Law Review 537, 539-540 (1996). 轉引自 張升星，律師「司法外陳述」及其界限，東吳法研論集第 6 卷，民國 99 年 6 月，頁 122。

⁹⁶³ 以下條文內容來源，<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/49>（最後瀏覽日期：2011 年 4 月 24 日）

⁹⁶⁴ 段重民，論藐視法庭罪，政大法學評論，民國 77 年 12 月，第 38 期，頁 129。

⁹⁶⁵ 《1981 年藐視法庭法》至今仍有適用，但條文有若干修正。依據該法第 2 條，其所限制的行為是「publication」，即包括以言語、文字、節目或其他溝通方式，向大眾公告周知的「發表 (publication)」行為。

⁹⁶⁶ 段重民，論藐視法庭罪，政大法學評論，民國 77 年 12 月，第 38 期，頁 138。

⁹⁶⁷ 《1981 年藐視法庭法》第 2 條第 2 項，就先前習慣法的操作法加上實質(危險)及嚴重(傷害)要件，使言論自由獲得較大空間。段重民，論藐視法庭罪，政大法學評論，民國 77 年 12 月，第 38 期，頁 137。

⁹⁶⁸ 段重民，論藐視法庭罪，政大法學評論，民國 77 年 12 月，第 38 期，頁 138-142。

⁹⁶⁹ 段重民，論藐視法庭罪，政大法學評論，民國 77 年 12 月，第 38 期，頁 142。

⁹⁷⁰ 《1981 年藐視法庭法》第 5 條。

此處罰法庭外評論⁹⁷¹；至於各州並不受此拘束，只是相關限制必須受到聯邦最高法院裁判的檢驗，各州多採取評論會產生「明顯而立即的危險」加以操作—即以所使用的文字，使用時之客觀情勢，以及文字性質加以判斷⁹⁷²，因為這必須依賴司法機關舉證，但是很難證明⁹⁷³，所以成罪的機率並不是很大。

從相關介紹的文章中所引用的判決可以發現，英國比較多用來直接處罰**媒體本身**，而美國多半是處理**被告利用新聞媒體發聲**的情形，是否因為所適用情形不同而在標準上有所差異？另外，雖然條文規範對象並不限制適用主體，但用來處理律師庭外陳述的機率似乎不高，而如果要適用在律師的情形，拙見以為，比較值得參考的應該是美國的判斷標準—因為這同樣涉及辯護行為行使的限制問題。

另外，在法務部所發布的新聞稿中⁹⁷⁴，還特別提到德國法院組織法（GVG）第 177 條及第 178 條有「藐視法庭罪」的相關規定。其條文規範內容為：第 177 條是就當事人、被告、證人、專家證人或其它非程序參與者（主要指的是旁聽者）對規定不服從者，可要求其離開現場；第 178 條是就當事人、被告、證人、專家證人或其它非程序參與者（如旁聽者）的**不適當行為**加以處罰。不過，第 177 條的適用前提必須是「人」不離開法庭時，才能要求或強制驅離現場⁹⁷⁵；並且多數德國學說不認為該條可適用於「辯護人」—因其與法官和檢察官為同等地位的「司法機構」，雖然有過反對的意見（BGH NJW 1977,437f.），認為在極端（例外）情形下仍可針對辯護人使用⁹⁷⁶，但此與法條文字明顯不合且沒有法依據⁹⁷⁷。而第

⁹⁷¹ 該條限制必須是在**法庭內或法庭附近（so near thereto）**，依據聯邦最高法院 Nye v. United States（313U.S.33, 45-49(1941)）的解釋，此已明文禁止直接以此處罰法庭外的評論。

⁹⁷² Schenck v. United States, 249 U.S. 47, 52(1919).

⁹⁷³ 段重民，論藐視法庭罪，政大法學評論，民國 77 年 12 月，第 38 期，頁 152-157。

⁹⁷⁴ 針對 98 年 12 月 9 日中國時報 A 14 版時論廣場「妨害司法罪何其重」及自由時報 A 15 版自由廣場「律師慘了」二篇投書，法務部說明，
http://www.lawtw.com/article.php?template=article_content&area=free_browse&parent_path=,1,2169,1481,&job_id=155821&article_category_id=2145&article_id=84275（最後瀏覽日期：2011 年 4 月 14 日）

⁹⁷⁵ Kissel/Mayer, Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar, 4. Aufl., 2005, § 177 Rn. 2,7.

⁹⁷⁶ Kissel/Mayer, Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar, 4. Aufl., 2005, §177 Rn. 41.

⁹⁷⁷ Karlsruher Kommentar zur StPO, 5. Aufl., 2003, § 177 Rn. 2.

178 條，同樣也基於多數學說意見不得用於辯護人⁹⁷⁸，而且在構成要件上，必須限於發生在„in die Sitzung” — 要在審判程序進行的期間，且要發生在審判發生的一切空間（法庭或是其它場所主人同意的地方）⁹⁷⁹。所以拙見以為，雖然這兩條的規範目的也是在於以「受擔保」的程序進行過程**確保**「審判客觀性」⁹⁸⁰，但是不能以此作為規範律師庭外言論的基礎，只能算是維持法庭內秩序的規定。

第二款 德國刑法第 353d 條第 3 款

該款內容規定，「將刑事訴訟、行政罰程序或懲戒程序的起訴書或其它官方文件，在未經公開審理程序討論或程序結束前，將其全部或重要部分，以原文方式公開者，處一年以下有期徒刑或罰金。」在討論本條可否作為限制律師「庭外陳述」的立法依據時，有幾個該法條在操作上應注意的點需要了解。

首先，在「客觀構成要件」中的「行為客體」上，所謂的「其它官方文件(andere amtliche Schriftstücke)」，並不包括附於刑事卷宗上**非文字性**的證據，如照片或草圖⁹⁸¹，也就是僅限於以文字記錄方式表現思想者⁹⁸²；至於「錄音錄影帶」等**影音載體**合不合乎所謂的「文字性」要求？雖然德國刑法第 11 條第 3 項把作為思想表現方式的「錄音錄影帶」視同「文書(Schriften)」，照理說應該可以包括在內，但有認為這只適用在刑法條文有明文準用第 11 條第 3 項的情形，所以在像第 267 條以下的偽造文書罪，還有像第 93 條以下，或更確切的說是第 353b 條第 2 項的「文書形式表現的秘密」上都不大適用，因為從規範目的而言，其所包含對象的方式（性質）必須更詳細的規定⁹⁸³；且對其而言，第 11 條第 3 項的「文書

⁹⁷⁸ Kissel/Mayer, Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar, 4. Aufl., 2005, § 178 Rn. 4,5.

⁹⁷⁹ Kissel/Mayer, Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar, 4. Aufl., 2005, §178 Rn.2.

⁹⁸⁰ BVerfG NJW 2007, 2840.

⁹⁸¹ Leipziger Kommentar StGB, 12.Aufl., 2009, § 353d Nr. 3,Rn. 44.

⁹⁸² Münchener Kommentar zum StGB,1. Aufl., 2006, § 353d Nr. 1,Rn. 32.

⁹⁸³ Schönke/Schröder/Lenckner/Perron, Strafgesetzbuch, 28. Aufl., 2010, § 11,Rn. 68.

此外，第 353d 條第 3 款的官方文件解釋，原則上會比同條第 1、2 款來得寬，因為在條文上，第 3 款並未要求一定要涉及構成要件事實(die Sache betreffenden amtlichen Schriftstücks)。Münchener Kommentar zum StGB, 1. Aufl., 2006, § 353d Nr. 3,Rn. 65.但是除此之外，關於文件的解釋應仍可參照。

（Schriften）」與「文件（Schriftstücke）」的概念無法等量齊觀⁹⁸⁴。至於在「**犯罪主體**」上則沒有作限制⁹⁸⁵，甚至基於條文的雙重保護目的（見下述），被告和程序參與者（如檢察官）都在範圍內⁹⁸⁶，律師當然也可能為犯罪主體⁹⁸⁷。

另外，關於本款的「**保護法益**」而言，包括「確保程序參與者—尤其是參審員和證人—不會先產生偏見」⁹⁸⁸，以及「透過禁止公開官方文件保護涉及程序者（包括被告）被鄙視」⁹⁸⁹；前者看起來跟前述英美的「藐視法庭罪」頗為相近，後者則比較考慮到保障程序參與者的權利。不過在這種「複數法益保護」的構成要件中，當只有一個法益被侵害時，是否仍構成犯罪？即如果是「被告或程序參與者同意」而公布，是否仍在禁止範圍內？此處涉及的是數個保護法益間的關係，在學說上有兩種不同的觀點：一個是「**選擇性（alternative）保護**」，即**部分損害**就構成**整體不法**，此兩種法益間是獨立的關係，不互相影響；另一個是「**累積性（kumulative）保護**」，即**全部損害**才構成**整體不法**，法益組合間的關係是彼此累積疊加，相互間不可分立，要保護的是整體利益，僅有部分法益受損，則**整體不法**仍未滿足⁹⁹⁰。以上開標準套用到本款上來看，如果考慮到本款只限定在「刑事、行政罰及懲戒程序」，是因為考慮到此類程序的相關者較容易受到鄙視的危險，在這些程序中可能無法僅取決於陪審團或證人的「不具偏見」—因為陪審團不是只存在條文中規定的三種程序，而證人在其它程序中所受的影響可能還

⁹⁸⁴ Münchener Kommentar zum StGB, 1. Aufl., 2006, §353d Nr.1,Rn.32.

⁹⁸⁵ BVerfGE 71,206,214.透過 1974 年 EGStGB（Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch，刑法典施行法）使本來針對新聞為處罰對象的條文成為一般性的犯罪類型。Kindhäuser/Neumann/Paeffgen Strafgesetzbuch, 3.Aufl., 2010, § 353d Nr. 3,Rn. 29.

⁹⁸⁶ Leipziger Kommentar StGB, 12.Aufl., 2009, § 353d Nr. 3,Rn. 54.

⁹⁸⁷ 檢察官赴德國考察報告，行政院所屬各機關因公出國人員出國報告書，民國 99 年 12 月，頁 12。210.241.21.164/OpenFront/report_download.aspx?sysId=C09903648...（最後瀏覽日期：2011 年 4 月 21 日）但該訪談中的德國律師亦提到，實際上檢察官和律師都很常接受媒體訪問，並提供卷宗內資料給媒體。

⁹⁸⁸ BVerfGE 71,206,218.

⁹⁸⁹ BVerfGE 71,206,219.

⁹⁹⁰ 車浩，複數法益下的被害人同意—優勢法益說之提倡，中國刑事法雜誌 9 月號，2008 年，頁 34-35。

更大⁹⁹¹的理由，可能會採取採「**法益累積性 (kumulativ)**」論；但是如果認為本款的兩個保護法益並非如「**累積性保護法益**」構成要件的無法切割，可能就會傾向「**法益選擇性 (alternative)**」理論，只要兩個法益中有一個符合即可成罪⁹⁹²，也就是說即使是被告本身所為亦可能成為處罰對象，無法因同意或係其提供文件就不成罪，也跟是否會加重被告罪名無關⁹⁹³，此說為目前通說⁹⁹⁴。如果採取後者，似乎對於「**司法不受影響**」更為重視，如果採取前者則必須要加入「**程序參與者**」的意志考量，法條成罪的機率也比較小。

而在「**構成要件行為**」上，雖然條文規定「**禁止原文公開**」，但在非常例外的情形，還是可能允許以**原文**方式公布資訊—本款並不要求對於起訴書或其它官方文件所包括的檔案或過程默不吭聲，因此如果偵查機關先前有被評價為犯罪的侮辱表現，還是應該允許原文呈現⁹⁹⁵；「**公開**」不一定要使用最常見的「**大眾傳播媒體**」，只要可以使「**不確定誰及多少人**」感知即可，不包括只用於緊密連接的某一群人—從外部來看是有明確界限範圍的情形⁹⁹⁶。

至於在「**違法性**」事由上，包括了特別法（例如程序法）規定的公開權利，以及總則所規範的一般性阻卻違法事由，例如被告（或其它程序相關人）以「**逐字公布起訴書（或其他文書）**」為緊急避難（德國刑法第 34 條），以對抗公眾（官方）的預先評價⁹⁹⁷。

⁹⁹¹ Leipziger Kommentar StGB, 12. Aufl., 2009, § 353d Nr. 3, Rn. 39.

⁹⁹² Leipziger Kommentar StGB, 12. Aufl., 2009, § 353d Nr. 3, Rn. 39. 另外，可以參考德國通說對於第 164 條誣告罪的說法：雖然該條**保護司法也保護他人不受無權的官方追究**，但其間存在的是一種「**選擇性關係**」，被誣告人的同意反而會加重官方所受的欺騙，所以被誣告人的同意是完全沒有意義的。Sternberg-Lieben, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 1997, S. 93. 轉引自 車浩，複數法益下的被害人同意—優勢法益說之提倡，中國刑事法雜誌 9 月號，2008 年，頁 35。

⁹⁹³ Schönke/Schröder/Lenckner/Perron, Strafgesetzbuch, 28. Aufl., 2010, § 353d, Rn. 40.

⁹⁹⁴ Leipziger Kommentar StGB, 12. Aufl., 2009, § 353d Nr. 3, Rn. 39.

⁹⁹⁵ Leipziger Kommentar StGB, 12. Aufl., 2009, § 353d Nr. 3, Rn. 60.

⁹⁹⁶ Leipziger Kommentar StGB, 12. Aufl., 2009, § 353d Nr. 3, Rn. 56.

⁹⁹⁷ Leipziger Kommentar StGB, 12. Aufl., 2009, § 353d Nr. 3, Rn. 61.

第二項 刑事訴訟法規範

相較於傳統的法庭內辯護，有些國家的刑事訴訟法規中還特別就「訴訟外目的」的使用加以規範，某程度上也將造成律師為辯護陳述的限制。如在日本**刑事訴訟法**中，即明定不能以條文所揭示的「訴訟外目的」而將證據交付或提示他人⁹⁹⁸，律師如果基於「對價」而取得**財產上利益或其他利益**之目的提示或交付證據，將加以處罰⁹⁹⁹。而須特別注意的是，同法第 40 條第 1 項雖然規定在起訴後，辯護人得閱覽、抄錄裁判所保存與訴訟有關之證據書類、證物¹⁰⁰⁰，檢察官預定請求調查之證據書類與證物亦應預先給被告之辯護人有閱覽機會¹⁰⁰¹，但對於「證人的證詞」，大部分的見解參考日本最高裁判所判例¹⁰⁰²以及美國實務的看法，傾向在檢察官對證人的主詢問結束後才開示，避免證人作證前受到騷擾¹⁰⁰³；另外，如果該書證或物證是特殊案件（性犯罪）被害人的訊問記錄媒體，則根本不允許抄錄¹⁰⁰⁴。**英國**部分，在「在刑事程序中取得最佳證據(Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings)」，簡稱 ABE」特別提到，依據《**1999 青少年審判及刑事證據法**》第 27 條對兒童及欠缺防禦能力的成年證人所為之訊問影音記錄，在合乎證人及司法利益下，可以用於「訓練或其他公務上的理由」，如研究或避免

⁹⁹⁸ 日本刑事訴訟法第 281 條之 4。條文原文及中譯，請見 邱忠義，證據開示及目的外使用之禁止，軍法專刊第 53 卷第 3 期，頁 111-112 註 68。條文中指的「訴訟目的」，即限於**為了準備本案被告所涉案件訴訟之準備**，至於與被告之防禦或辯護活動相關的正當目的並不在允許範圍內，但這與日本辯護士聯合會於 2003 年所提出的意見書主張明顯衝突。詳見 邱忠義，證據開示及目的外使用之禁止，軍法專刊第 53 卷第 3 期，民國 96 年 6 月，頁 107-108。

⁹⁹⁹ 日本刑事訴訟法第 281 條之 5。條文原文及中譯，請見邱忠義，證據開示及目的外使用之禁止，軍法專刊第 53 卷第 3 期，頁 111-112 註 68。

¹⁰⁰⁰ 條文原文及中譯，請見邱忠義，證據開示及目的外使用之禁止，軍法專刊第 53 卷第 3 期，民國 96 年 6 月，頁 100 註 29。

¹⁰⁰¹ 日本刑事訴訟法第 299 條第 1 項。條文原文及中譯，請見邱忠義，證據開示及目的外使用之禁止，軍法專刊第 53 卷第 3 期，民國 96 年 6 月，頁 100-101 註 30。

¹⁰⁰² 邱忠義，證據開示及目的外使用之禁止，軍法專刊第 53 卷第 3 期，民國 96 年 6 月，頁 103 註 40。

¹⁰⁰³ 邱忠義，證據開示及目的外使用之禁止，軍法專刊第 53 卷第 3 期，民國 96 年 6 月，頁 104。

¹⁰⁰⁴ 日本刑事訴訟法第 40 條第 2 項。條文原文及中譯，請見 邱忠義，證據開示及目的外使用之禁止，軍法專刊第 53 卷第 3 期，民國 96 年 6 月，頁 105 註 48。

特殊犯罪再發生等，但必須保證不是任何人想看就能看到，證人同意後必須加以記錄¹⁰⁰⁵。德國刑事訴訟法第 58a 條第 2 項第 6 句提到，要交付影音記錄複製品給有閱卷權者必須是基於「用於刑事追訴目的且對於真相查明確有必要（第 2 項第 1 句）」，否則必須要得到證人同意：此處所謂的「刑事追訴目的」並不僅限於其所為證人的刑事程序中，還包括在錄音錄影時還未進行的刑事程序，甚至是將該證人作為被告的刑事程序亦可；「其它程序」，指的是如家事法院或少年法庭；「其他目的」，例如用於損害賠償¹⁰⁰⁶。以此標準來看，辯護人的庭外辯護行為不見得會被排除。另外，在閱卷權行使的方式上，相關文獻上亦有提及，為了有助於「有效」的辯護，辯護人可以把卷宗的影本轉交（weitergeben）給第三人，例如專家或和他的辯護人團隊，被告的民法上代理人也被允許轉交。不允許的是出讓摘錄內容給媒體（Presse）或以其他的方式使媒體知悉¹⁰⁰⁷；但如果涉及到的是依同法第 58a 條所為的錄音錄影資訊，依據該條第 2 項第 4 句規定，不得再複製與再轉交。

第三項 禁聲令

禁聲令（gag order）是美國法中對於法庭外陳述眾多限制手段之一，其特殊性有兩點：一為事前防範措施，二為欠缺實定法上依據，係由判決先例¹⁰⁰⁸加以累積發展而來¹⁰⁰⁹。其得由被告或檢察官方面聲請，也可由法院主動核發¹⁰¹⁰，

¹⁰⁰⁵ Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings : Guidance on Interviewing Victims and Witnesses, and Using Special Measures)」 Appendices JJ10.1.

<http://anitp.mai.gov.ro/ro/docs/metodologii/Achieving%20Best%20Evidence%20a%20Guide%20for%20interviewing%20victims.pdf>（最後瀏覽日期：2011 年 4 月 24 日）

¹⁰⁰⁶ Huber, Beck'scher Online-Kommentar, §58a Rn. 15-16.

¹⁰⁰⁷ Löwe Rosenberg Kommentar, 26. Aufl., 2008, §147 Rn 129. 轉引自 Wessing, Beck'scher Online-Kommentar, §147 Rn. 21.

¹⁰⁰⁸ 禁聲令起源於 1966 年聯邦最高法院的 Sheppard v. Maxwell 案，聯邦最高法院認為法院有權採取相關的控制措施，以避免不利的新聞侵害被告受公平審判的權利，其中之一即是認為法院有權禁止律師、當事人、證人或法庭職員就會引發偏見的事項發表庭外言論。384 U.S. 333,359(1966).

¹⁰⁰⁹ 謝志明，當言論自由衝擊公平審判—美國法對於訴訟參與人法庭外陳述之限制，檢察新論第 7 期，2010 年 1 月，頁 279-280。

¹⁰¹⁰ Capital Cities Media, Inc. v. Toodle, 463 U.S. 1303, 1305(1983).

當法院預期媒體將對案件為有偏見的報導時，得禁止一般人（通常是針對兩造當事人、證人、律師及承辦員警、法庭職員等；當然也可以針對非訴訟當事人，如媒體¹⁰¹¹）就**某些特定內容**（如被告自白、犯罪前科、測謊結果或是證人身份及其信用，不一而足¹⁰¹²）發表法庭外言論，從偏見資訊的「源頭」遏止偏見性報導¹⁰¹³，如果違反禁聲令內容，將構成「藐視法庭罪」¹⁰¹⁴。核發禁聲令時，其所限制的內容必須**明確**，不能過於模糊¹⁰¹⁵，也不能太過廣泛，法院必須決定在本案中何種言論會影響審判¹⁰¹⁶；其次，法院必須審查是否有其他「足以達成目的」但「侵害更小」的手段，如對陪審團的預先審查或審判地的變更等¹⁰¹⁷；最後，還要就「言論自由」和「公平審判」加以衡量，考慮限制是否合憲，考量的標準法院實務並不一致¹⁰¹⁸，學說意見亦無定論¹⁰¹⁹。但對於**律師**為禁聲令規範對象

¹⁰¹¹ 謝志明，當言論自由衝擊公平審判—美國法對於訴訟參與人法庭外陳述之限制，檢察新論第7期，2010年1月，頁280-281。

¹⁰¹² Jonathan Eric Pahl, *Court-Ordered Restrictions on Trial Participant Speech*, 57 *Duke L.J.* 1113, 1127-1130(2008).轉引自張升星，律師「司法外陳述」及其界限，東吳法研論集第6卷，民國99年6月，頁130。

¹⁰¹³ 謝志明，當言論自由衝擊公平審判—美國法對於訴訟參與人法庭外陳述之限制，檢察新論第7期，2010年1月，頁280。

¹⁰¹⁴ 雖然依據聯邦最高法院 *Nye v. United States* (313 U.S.33, 45-49(1941)) 的解釋，因為受到聯邦法典(18 U.S.C.)第401條第1項的限制，已無法以此處罰法庭外評論；但是同條還有第3項的規定，可以就不服從或抵抗法院書面命令或要求者予以處罰。所以如果先前已存有此等禁聲令，還為所禁止之事由者，還是可以處罰。相關判決可參考 *United States v. Tijerina*, 412 F.2d 661, 663, 666-667(10th Cir. 1969)。

¹⁰¹⁵ *Smith v. Goguen*, 415 U.S. 566, 572-573(1974)。

¹⁰¹⁶ 謝志明，當言論自由衝擊公平審判—美國法對於訴訟參與人法庭外陳述之限制，檢察新論第7期，2010年1月，頁281。

¹⁰¹⁷ 謝志明，當言論自由衝擊公平審判—美國法對於訴訟參與人法庭外陳述之限制，檢察新論第7期，2010年1月，頁281。

¹⁰¹⁸ 其基本上可以分成3類：「明顯而立即（或嚴重且逼近）的危險」、「有導致嚴重偏見的重大可能性」、「有導致偏見的合理可能性」。詳見謝志明，當言論自由衝擊公平審判—美國法對於訴訟參與人法庭外陳述之限制，檢察新論第7期，2010年1月，頁281。

¹⁰¹⁹ 有認為應揚棄「合理可能性」標準，亦有認為應一律以「明顯而立即的危險」。Jonathan Eric Pahl, *Court-Ordered Restrictions on Trial Participant Speech*, 57 *Duke L.J.* 1113, 1141(2008)；Michael E. Swartz, *Trial Participant Speech Restrictions: Gagging First Amendment Rights*, 90 *COLUM. L.REV.* 1411, 1444(1990).轉引自謝志明，當言論自由衝擊公平審判—美國法對於訴訟參與人法庭

時，有法院認為律師身為法庭官員（**office of the court**），有被委托的責任不從事於「會提高被告傷害或影響司法公平」的公眾辯論，且加上律師可以透過證據開示及與被告溝通而取得特殊資訊，其言論會被認為特別具有權威性，所以對律師的言論限制要更嚴格¹⁰²⁰；但也有認為律師和被告不用以不同標準區分¹⁰²¹。

禁聲令（gag order）的最大批評是沒有有效的救濟措施—雖然不是不能上訴¹⁰²²，但因為審判繼續進行，一旦本案做成判決，對禁聲令的上訴將喪失訴之利益，故無法達到救濟效果¹⁰²³。

第四項 倫理規範

由於律師的「法庭外言論」通常係出於**辯護策略**的考量，而「辯護」當然是律師職業行為的重心。對於特定職業的行為人，考量到其「職業目的」、「職業性質」以及「對社會的影響力」，會有一套對於所屬成員所要求的行為規範，一般稱之為「倫理規範」¹⁰²⁴。以下，將以英國、美國及德國的相關規定加以介紹。

第一款 英國

英國界律師採取正式的專業倫理規範是在二十世紀中葉以後，依據《1933

外陳述之限制，檢察新論第 7 期，2010 年 1 月，頁 282。

¹⁰²⁰ *United States v. Carmichael*, 326 F. Supp. 2d 1267,1294(M.D. Ala. 2004).由於本案之限制針對的是被告而不是律師，所以不用如 *Gentile v. State Bar of Nevada*, 501 U.S. 1030, 1074(1991)的結論認為該言論須受較嚴格之限制。

¹⁰²¹ *United States v. Brown*, 218 F.3d 415, 427-428(2000)認為不存在有這種「明確的區別」。

¹⁰²² 上訴依據有以下兩者：一為如同禁制令般依 28 U.S.C.§1292(a)(1)上訴，*Bailey v. Systems Innovation, Inc.*, 852 F.2d 93, 96-97(3d Cir. 1988)；或是如同終局命令(final decisions)一般，依 28 U.S.C.§1291，由附隨命令理論(collateral order doctrine)提起上訴。謝志明，當言論自由衝擊公平審判—美國法對於訴訟參與人法庭外陳述之限制，檢察新論第 7 期，2010 年 1 月，頁 282 註 27。

¹⁰²³ 謝志明，當言論自由衝擊公平審判—美國法對於訴訟參與人法庭外陳述之限制，檢察新論第 7 期，2010 年 1 月，頁 282 註 27。

¹⁰²⁴ 王惠光，法律倫理學講義，福匯企管顧問有限公司出版，2007 年，頁 1-5；王寶蒞，理性與倫理—法律倫理規範教學的價值基礎，《法律倫理核心價值探討》，新學林出版，2007 年 7 月 1 版 1 刷，頁 117-119；姜世明，律師倫理法，新學林出版，2008 年 10 月 1 版 1 刷，頁 3-4。

年律師法 (Solicitors Act 1933)》及其後變更爲《1974 年律師法 (Solicitors Act 1974)》，英格蘭律師公會有權制定律師專業行爲規範，因此律師公會自 1960 年開始將有關律師行爲之規範及解釋整理於《律師專業行爲指南 (Guide to the Professional Conduct of Solicitors)》，且不斷修正及增加，嗣後又制定《律師職業規則 (Solicitors' Practice Rules)》，作爲專業行爲規範的主要架構，而律師公會也陸續對職業規則的規定作各個條文的補充，形成龐大的規範系統¹⁰²⁵。而針對大律師 (Barrister)¹⁰²⁶，1981 年英格蘭大律師協會也公布了大律師行爲規則加以規範¹⁰²⁷。

針對**律師**部分，就其對訴訟案件在媒體的公開言論加以規定，如不得藐視法院¹⁰²⁸、不得在新聞或時事媒體上就正 (曾經) 被委託的案件發表個人意見或觀點¹⁰²⁹，同時，無論是否屬於其個人意見或觀點，不得將在法庭內言論提供副本或給當時不在場之媒體¹⁰³⁰、需得到委託人同意¹⁰³¹；而**大律師**亦不得於訴訟案件結果完

¹⁰²⁵ 蔡雲璽，〈律師倫理規範法制研究〉—以我國、美國 (加州) 及英國 (英格蘭) 法制爲比較，台灣大學社會科學院國家發展研究所碩士論文，民國 96 年，頁 51。

¹⁰²⁶ 其與律師 (Solicitor) 不同，必須受過四個法律學院其中之一的訓練，一旦取得律師協會的執業許可，即可繼續執業，不用像一般的律師需每年換照；但 1997 年以後取得執業許可的大律師在開始執業三年內仍需繼續接受執業訓練，否則會被停業。蔡雲璽，〈律師倫理規範法制研究〉—以我國、美國 (加州) 及英國 (英格蘭) 法制爲比較，台灣大學社會科學院國家發展研究所碩士論文，民國 96 年，頁 49。

¹⁰²⁷ 蔡雲璽，〈律師倫理規範法制研究〉—以我國、美國 (加州) 及英國 (英格蘭) 法制爲比較，台灣大學社會科學院國家發展研究所碩士論文，民國 96 年，頁 51。

¹⁰²⁸ The Guide to the Professional Conduct of Solicitors (1999) 21.8 惟該準則自 2007 年 7 月 1 日後不再適用，但是依照 2007 年律師行爲規則 (Solicitors' Code of Conduct), Rule 11.03, Guidance 11.21, 還是規範了同樣的內容。新版條文請參照 <http://www.sra.org.uk> (最後瀏覽日期：2011 年 4 月 24 日)

¹⁰²⁹ The Law Society's Code of Advocacy, 6.3.

http://www.lawsociety.org.uk/documents/downloads/Profethics_Advocacy.pdf (最後瀏覽日期：2011 年 4 月 24 日) 這是在搭配舊法 (前揭註) 時的參考。

¹⁰³⁰ 蔡雲璽，〈律師倫理規範法制研究〉—以我國、美國 (加州) 及英國 (英格蘭) 法制爲比較，台灣大學社會科學院國家發展研究所碩士論文，民國 96 年，頁 86。

¹⁰³¹ The Guide to the Professional Conduct of Solicitors (1999) 21.8 惟該準則自 2007 年 7 月 1 日後不再適用，但是依照 2007 年律師行爲規則 (Solicitors' Code of Conduct), Rule 4.01, 4.04; Guidance 32-40, 還是規範了同樣的內容。

全確定前，對任何媒體公開有關受任案件議題或事實的個人意見或觀點¹⁰³²，但可以告知「委任人的觀點和目的」、「案件事實及涉之議題」¹⁰³³；對於其他案件，如果要發表公開言論，還是要取得委任人同意，避免影響司法運作及威信¹⁰³⁴，也保障大律師對案件的獨立地位¹⁰³⁵。

第二款 美國

美國聯邦及各州之律師倫理規範，均對律師之法庭外陳述有所規定¹⁰³⁶。以許多州都接受其形式的《美國法曹協會專業行為模範規則（ABA Model Rules of Professional Conduct）》¹⁰³⁷為例，在第 3.6 條 a 中規定，參與調查或訴訟的律師，不應發表「其明知或可得而知會造成公眾偏見」的言論¹⁰³⁸，同條 b 中則列舉了 7

¹⁰³² The Code of Conduct of the Barrister, 709.1.

¹⁰³³ Guidelines for Barristers on Commenting to the Media on Cases, <http://www.barstandardsboard.org.uk/search/?query=media&filter=&sort=relevance&col=2&startdate=0&xsl=xml&page=1>（最後瀏覽日期：2011 年 4 月 24 日）

¹⁰³⁴ The Code of Conduct of the Barrister 301(a)(ii).

¹⁰³⁵ Guidelines for Barristers on Commenting to the Media on Cases, <http://www.barstandardsboard.org.uk/search/?query=media&filter=&sort=relevance&col=2&startdate=0&xsl=xml&page=1>（最後瀏覽日期：2011 年 4 月 24 日）

¹⁰³⁶ 謝志明，當言論自由衝擊公平審判—美國法對於訴訟參與人法庭外陳述之限制，檢察新論第 7 期，2010 年 1 月，頁 282。

¹⁰³⁷ 因為該協會內的成員並不以律師為限，故不宜譯為「美國律師公會」。郭乃嘉譯，美國法律倫理，喬周出版，2005 年初版，頁 12 註 1。

該模範規則的立法史，可以追溯到 1977 年 ABA 委員會就「職業標準衡量」的指定一直到 2005 年，包括了第一次呈交給 ABA 的模範規則版本、模範規則的採納以及許多對於該規則的補充。多數州都跟隨該模範規則的形式制定，例外的只有加州。

http://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct.html（最後瀏覽日期：2011 年 4 月 24 日）

¹⁰³⁸ 該規則第 3.6 條(a). 條文原文及中譯，請見：

http://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/rule_3_6_trial_publicity.html（最後瀏覽日期：2011 年 4 月 24 日）；謝志明，當言論自由衝擊公平審判—美國法對於訴訟參與人法庭外陳述之限制，檢察新論第 7 期，2010 年 1 月，頁 284。

款例外可以陳述的內容¹⁰³⁹，但在同條 c 中規定，儘管有 a 的要求，但當一個理性的律師相信係保護其委託人免於重大不當偏見之影響所必要，且產生該偏見之公開非由律師或其委託人所為，律師得發表言論，但應以緩和最近之不利公開資訊為限¹⁰⁴⁰。此為因應 1991 年 *Gentile v. State Bar of Nevada* 案的判決意見加以修正後的內容¹⁰⁴¹，該判決認為採取「重大可能性」標準並未違憲，因為顧及律師在「資訊取得」上以及「在程序中的地位（身為法庭官員）」都更具影響力，所以會採取相對於媒體而言較寬鬆的標準¹⁰⁴²。加州最早的律師倫理規範是《加州專業行為規則（California Rules of Professional Conduct，簡稱 CRPC）》，之後並未如同其他州一般採取前述 ABA 模範規則的體系，因為考量到其固有之法令及長期形成的判例系統，在 1989 年二度對 CRPC 作修正，並於 1992 年生效。其中第 5-120 條對於庭外言論加以規範，要求正參與或曾參與某一事件調查或訴訟的會員¹⁰⁴³，如果明知或可得知悉其言論將被傳送於公眾（即公開聲明）且會對該事件的司法程序造成重大偏見的高度可能，則不得發表該庭外言論¹⁰⁴⁴，但還是規定了仍得陳述的事項¹⁰⁴⁵—此與前述 ABA 規則的規定非常相似，而且也作了如同 ABA 第 3.6 條 c 的平衡言論例外規定¹⁰⁴⁶；本條的註解也對本條的操作列出一些指導原則。

¹⁰³⁹ 例如所涉主張、罪名及抗辯；公共記錄中的資訊；該進行中事項的調查等。條文原文及中譯，請見謝志明，當言論自由衝擊公平審判—美國法對於訴訟參與人法庭外陳述之限制，檢察新論第 7 期，2010 年 1 月，頁 284。

¹⁰⁴⁰ 另外，該規則第 3.8 條(f)也要求檢察官除非有助於正當執法，否則不應發表其內容極可能加重公眾對被告譴責之庭外言論，以防止調查人員作成本條或第 3.6 條的言論。條文原文及中譯，請見謝志明，當言論自由衝擊公平審判—美國法對於訴訟參與人法庭外陳述之限制，檢察新論第 7 期，2010 年 1 月，頁 284。

¹⁰⁴¹ 謝志明，當言論自由衝擊公平審判—美國法對於訴訟參與人法庭外陳述之限制，檢察新論第 7 期，2010 年 1 月，頁 284。

¹⁰⁴² *Gentile v. State Bar of Nevada*, 501 U.S. 1030, 1074(1991).

¹⁰⁴³ 第 5-120 條 A。

¹⁰⁴⁴ 在第 5-120 條的註解中特別提到，本條同樣適用於檢察官和刑事訴訟律師。

¹⁰⁴⁵ 第 5-120 條 B。

¹⁰⁴⁶ 第 5-120 條 C。

第三款 德國

德國舊的律師倫理規範第 14 條有規定，當卷宗有被濫行使用於「訴訟外目的」之虞者，卷宗內容不得公開¹⁰⁴⁷。就此點而言，保護委託人在程序中合理的利益是重要的（或是對律師而言是重要的），也只有在此範圍內，律師允許把其所知的卷宗資訊告知其它人，絕對不允許爲了造成「影響力」或「注意力」而提供媒體「新聞標題」，或是基於其他類似目的將卷宗資訊公開；他既不允許爲了自己或是其它人，從卷宗取得利益，且該利益與程序目的無關（政治利益，經濟和投機利益等）¹⁰⁴⁸。另外，在「社會轟動案件」上，大眾傳播媒體常常對於取得第一手還有和律師相關的資訊感到興趣。只有爲了程序利益，才能允許要求事實資訊的公開，在此範圍內，只要剛好沒有保密義務的要求，律師才會被允許如此使用其所知的資訊。但此時必須對律師要求更多的責任和敏銳度，通常大眾不會只看重「客觀的事實」，而是在意「希望得知驚人事件的滿足」及「事件的轟動性」，而在參與的過程中，律師應當要扮演好角色。一般而言，這樣的作法對於委託人的幫助很小或根本沒有，甚至可能不利於案件，所以就此會自覺性的減少使用¹⁰⁴⁹。

但前述倫理規範因未經委任立法（沒有授權聯邦律師代表大會制定規範），已於 1987 年被宣告違憲，之後轉變成新的職業法（*Berufsordnung für Rechtsanwälte*，簡稱 BORA）；新的職業法中沒有保留這條條文，而是以其他的法律（如保密規範、刑法或刑事訴訟法）加以規範¹⁰⁵⁰。有批評認爲，該職業規則沒有對律師的閱卷權作出進一步的說明，更確切的說，它應該要擔保及保證律師的閱卷權的合理使用，不辜負法律對其的信任；特別是在「刑事程序」中，對

¹⁰⁴⁷ Lingenberg/Hummel/Zuch/Eich, Kommentar zur den Grundsätzen des anwaltlichen Standesrechts, 2.Aufl., 1988, S. 215.

¹⁰⁴⁸ Lingenberg/Hummel/Zuch/Eich, Kommentar zur den Grundsätzen des anwaltlichen Standesrechts, 2.Aufl., 1988, § 14 Rz. 5.

¹⁰⁴⁹ Lingenberg/Hummel/Zuch/Eich, Kommentar zur den Grundsätzen des anwaltlichen Standesrechts, 2.Aufl., 1988, §14 Rz. 6.

¹⁰⁵⁰ 姜世明，公開播放證人、共同正犯偵訊光碟學術研討會與談記錄，台灣本土法學雜誌第 151 期，2010 年 5 月 1 日，頁 95,103。

於律師的閱卷權限制要明確，使得法院卷宗因此外流的危險得以避免，作為司法機關的一員，應盡可能保護卷宗內容不被濫用及保持卷宗完整¹⁰⁵¹。

第五項 小結

依據上開所整理的規定，首先，從**條文文字及所建立的具體案型**來看，有規範抽象的「發表評論」，也有針對具體的「公布卷證行為」，就後者而言，又包括了「影音訊問記錄」及「概括性的卷證」兩種客體；而其餘的規範要件也並不完全相同。以「影音記錄」而言，基於其便於傳播及複製的特性，為了避免陳述者的影像及聲音外流而被濫用，日本刑事訴訟法甚至直接禁止該等資料被閱卷取得，德國刑事訴訟法也禁止此類資訊被再複製及再轉交。這是依據不同表現方式所可能造成的影響所作的相異規定，但這並不影響其皆置於「言論自由」討論框架下的本質。

再者，從所選擇的**規範基礎**而言，有「刑法」、「刑事訴訟法」、「禁聲令」、「倫理規範」四種模式，正好體現了該議題所涉及的相關面向及複雜性；在**規範模式**上，多採取原則禁止，但例外允許評論或公開的「衡平立法」，試圖平衡「保護法院得不受干擾而為公平審判」與「律師為當事人利益所為必要之辯護行為」間的緊張關係。在觀察這些條文時，除了對條文文字的解釋及涵攝外，也應該一併注意法院對於實際案例的檢驗過程及結論，以及相關規定的立法目的，才能對於所要規範的行為有具體及正確的認知。

第四節 我國相關的立法建議

在陳前總統國務機要費案的律師團公布偵訊錄影帶後，該行為的適法性引起了不少爭議以及討論。法務部的新聞稿中指出，「近年來辯護人、被告持檢閱卷宗證物所得之證據資料，召開記者會，公布卷證資料，做訴訟外抗爭，引起輿論壓力，造成公審，干擾司法獨立審判之情事，日益嚴重，類此行為皆嚴重妨害國家司法權之正確行使，阻礙事實真相的發現，斷傷司法公信力。惟我國現行法律

¹⁰⁵¹ Pawlita, *Anwaltsblatt*, herausgegeben vom Deutschen Anwaltsverein, 1986, 1, 2. 轉引自 Wolfgang, *Anwaltliche Berufsordnung*, 3. Aufl., 2006, S. 341-342.

對此行為並無刑事處罰規定，招致民眾諸多批評，認為我國現行法律規範不足，縱容亂象」，而「觀諸外國立法例，對於上開行為多訂有刑事處罰。為確保國家司法權正確行使，發現事實真相，維護司法公信力，法務部乃參酌外國立法例，研擬相關規範，提交法務部刑法研究修正小組會議討論」¹⁰⁵²；另外，在**刑事訴訟法**的部分，也有邱忠義檢察官建議的個人版本，針對律師在法庭外公布卷證的「非訴訟目的行為」加以規範¹⁰⁵³。因此以下將就相關（或可能適用）的刑法及刑事訴訟法羅列如下，並與上開所介紹的外國立法例相互參照比較，就規範增定的基礎及內容加以評析。

第一項 刑法部分

第一款 草案介紹

一、刑法第 172 條之 3 草案「卷證資料不當使用罪」

本條規定，持有或知悉證據資料之人，在涉訟案件訴訟程序終結前，將持有或知悉相關證據資料之重要部分，於訴訟程序外為不正當之使用者，處 1 年以下有期徒刑、拘役或 30 萬元以下罰金¹⁰⁵⁴。而依據法務部的聲明，本條並不是只針對律師，而也包括檢察官在內的一般人；其所稱「證據資料」包括證據資料本身（例如訊問錄音帶、錄影帶或監聽錄音帶）或其替代品（筆錄或譯文）。若節錄、摘

¹⁰⁵² 針對 98 年 12 月 9 日中國時報 A 14 版時論廣場「妨害司法罪何其重」及自由時報 A 15 版自由廣場「律師慘了」二篇投書，法務部說明，

http://www.lawtw.com/article.php?template=article_content&area=free_browse&parent_path=,1,2169,1481,&job_id=155821&article_category_id=2145&article_id=84275（最後瀏覽日期：2011 年 4 月 24 日）。較為詳細的條文內容，將參照 尤伯祥，威武！法務部的歲末好禮來了！，

http://www.jrf.org.tw/newjrf/RTE/myform_detail.asp?id=2436（最後瀏覽日期：2011 年 4 月 24 日）

¹⁰⁵³ 邱忠義，偵查中錄音錄影與偵查筆錄可信性之關係—兼論訴訟目的外使用證據之影響，檢察新論第 7 期，2010 年 1 月，頁 43；邱忠義，證據開示及目的外使用之禁止，軍法專刊第 53 卷第 3 期，民國 96 年 6 月，頁 112-113。雖前篇文章的發表時間晚於後篇，然兩篇文章的條文規定不完全相同，為求完整將兩個版本的條文並列呈現，並就不同之處稍加說明。

¹⁰⁵⁴ 尤伯祥，威武！法務部的歲末好禮來了！，

http://www.jrf.org.tw/newjrf/RTE/myform_detail.asp?id=2436（最後瀏覽日期：2011 年 4 月 24 日）

錄該證據資料內容，例如：影印複製部分筆錄，基於同一保護目的，亦屬於本條所稱之證據資料，以免行爲人取巧規避。若依據判決書所載內容或依法庭旁聽所得訊息，撰文評論、開記者會或名嘴評論，並不在處罰之列¹⁰⁵⁵。

二、刑法第 172 條之 4 草案「藐視法庭罪」

本條規定，法官審判時或於檢察官偵查時，爲不當之言詞、動作，或違反法官、檢察官之命令或指揮、或妨害司法程序之進行者，處 6 月以下有期徒刑、拘役或 9 千元以下罰金¹⁰⁵⁶。依據法務部的聲明，法庭秩序之維持，乃訴訟程序得以順利進行所必要，而法庭之莊嚴肅穆，亦應予維護，以建立司法威信；並參照日本裁判法第 73 條、德國法院組織法第 177 條、第 178 條及美國聯邦刑法典第 401 條至 403 條等藐視法庭之相關規定¹⁰⁵⁷。

第二款 評析

一、共通的問題：體系位置怪異

首先，從立法目的可以看出這兩條是爲了**避免司法權之妨害**，從刑法分則的體系上來看應該列在妨害司法罪章（第八章到第十一章）¹⁰⁵⁸。由此觀之，雖然草案是放在第十章，看起來合乎體系要求，但是第十章主要是規範「偽證及誣

¹⁰⁵⁵ 針對 98 年 12 月 9 日中國時報 A 14 版時論廣場「妨害司法罪何其重」及自由時報 A 15 版自由廣場「律師慘了」二篇投書，法務部說明，
http://www.lawtw.com/article.php?template=article_content&area=free_browse&parent_path=,1,2169,1481,&job_id=155821&article_category_id=2145&article_id=84275（最後瀏覽日期：2011 年 4 月 24 日）

¹⁰⁵⁶ 尤伯祥，威武！法務部的歲末好禮來了！，
http://www.jrf.org.tw/newjrf/RTE/myform_detail.asp?id=2436（最後瀏覽日期：2011 年 4 月 24 日）

¹⁰⁵⁷ 針對 98 年 12 月 9 日中國時報 A 14 版時論廣場「妨害司法罪何其重」及自由時報 A 15 版自由廣場「律師慘了」二篇投書，法務部說明，
http://www.lawtw.com/article.php?template=article_content&area=free_browse&parent_path=,1,2169,1481,&job_id=155821&article_category_id=2145&article_id=84275（最後瀏覽日期：2011 年 4 月 24 日）

¹⁰⁵⁸ 邱忠義，公開播放證人、共同正犯偵訊光碟學術研討會與談記錄，台灣本土法學雜誌第 151 期，2010 年 5 月 1 日，頁 85。

告」，而草案的這兩條規範內容跟「偽證及誣告」並沒有關係，而且使用「之幾」的條號也容易讓人誤解和第 172 條有一定程度的相關性，但事實上根本沒有相關性。拙見以為，如果真有規範必要且在體系中找不到適當定位，是否考慮另闢專章加以規範，似較為妥適。

二、草案第 172 條之 3 的部分

(一)之所以需要以專條規定的目的，係因認為目前既有的刑法規定無法涵蓋至此一因為該部分資訊已因依法閱卷取得而非秘密，但是鑒於此資訊外流所造成的危險，例如日本曾發生的流入暴力集團組織的案例，可能對於人格權及司法權造成更大的侵害，所以參考日本刑事訴訟法第 281 之 5 條及德國刑法第 353d 條第 3 款的立法例，彌補現有法律規範不足的漏洞¹⁰⁵⁹。就此論述，可以推知本條的目的是想要「**避免因卷證外流可能對證人等所造成的侵害**」，以及「**避免司法審判受到干擾**」，以下將從這兩點出發，提出幾點思考。

1 就「**避免因卷證外流可能對證人等所造成的侵害**」部分，即使認為這些資訊都因「已合法閱卷」而當然喪失秘密性，無法由刑法的妨害秘密罪章處罰，但是否表示就該部分資訊會當然因為「公開」而無法主張隱私權保障？事實上，資料公開時，資料所有者會考量公開的**對象或情境或範圍**，不代表從此放棄對資料的掌控，該資料還是應該在蒐集的目的範圍內使用；第一次的公開授權不代表就失去對資料的自主性¹⁰⁶⁰。以此觀之，證人即使在作證時同意被錄音錄影，但最多也只能認知道會被用於審判、會被律師閱卷取得，但可能很難想像被拿到大眾媒體上播放、流傳，或甚至被犯罪集團利用的情形，個人對於自己的影像、聲音還是有決定如何使用的權利，不會因為作證義務就當然失去對資訊掌控的能力。而從立法所引證的日本實際發生的情形中可知，其所要保護的應該是所謂的「**資訊自決的人格權**」；雖然依照大法官的論述，這也屬與隱私權之一環¹⁰⁶¹，但這種有別於以往「被動」、「防衛」的隱私權概念，而是對個人資訊「積極」的加以「支

¹⁰⁵⁹ 邱忠義，公開播放證人、共同正犯偵訊光碟學術研討會與談記錄，台灣本土法學雜誌第 151 期，2010 年 5 月 1 日，頁 69,84。

¹⁰⁶⁰ 簡郁庭，個人資訊揭露案例之研究－以隱私權保障為中心，台灣大學社會科學院國家發展研究所碩士論文，民國 97 年，頁 153,169。

¹⁰⁶¹ 釋字第 603 號主文參照。

配」的新興權利，是否適合以刑法加以規範？有論者以為基於其特性，並不適合透過刑法加以規範或保護¹⁰⁶²，而即使對於此類行為有附隨的侵犯應以刑法加以限制，其目的也不在只是個人權益的保障而已¹⁰⁶³；是故對於此種正在成長、擴張，且表現型態多樣化無法明確定型的概念，並不適合全面性的以刑法加以保障，以免破壞刑法的補充性或謙抑性¹⁰⁶⁴。

一般而言，就此類積極性的權利，會另外立法加以處理¹⁰⁶⁵。目前可以參考的是針對個人資料的蒐集及使用加以規範的「個人資料保護法」¹⁰⁶⁶，其與舊法「電腦處理個人資料保護法」相較，擴大了保護資料的範圍，不再以「電腦處理」的個人資料為限，也將對個人資料的定義放寬至「其他得以...『間接』方式識別個人之資料」¹⁰⁶⁷，另外也不再以法律明文規定或經指定的非公務機關為限，而將自然人、法人或團體¹⁰⁶⁸，除另有同法第 51 條第 1 項¹⁰⁶⁹的情形外，皆納入新法規範範圍，且其刑罰罰則¹⁰⁷⁰並不輕於草案的規定，處罰的方式也不只有刑罰

¹⁰⁶² 平川宗信，刑法各論，有斐閣，1995 年，頁 285-259。轉引自 李茂生，刑法秘密罪章新修條文評釋，月旦法學雜誌第 51 期，1999 年 8 月，頁 95。

¹⁰⁶³ 李茂生，刑法秘密罪章新修條文評釋，月旦法學雜誌第 51 期，1999 年 8 月，頁 95。

¹⁰⁶⁴ 竹內正，「名譽・プライバシーと刑法」，刑法と現代社會，嵯峨野書院，1987 年，頁 120-121。轉引自 李茂生，刑法秘密罪章新修條文評釋，月旦法學雜誌第 51 期，1999 年 8 月，頁 95。

¹⁰⁶⁵ 李茂生，刑法秘密罪章新修條文評釋，月旦法學雜誌第 51 期，1999 年 8 月，頁 95。

¹⁰⁶⁶ 其於 2010 年 4 月立法院通過，且於同年 5 月 26 日經總統公布，但是除了第 19-22 條及第 43 條的刪除自公布日實施外，其餘條文施行日尚待行政院決定。劉定基，「個人資料保護法」初論，台灣法學雜誌第 159 期，2010 年 9 月 1 日，頁 1 註 1。

¹⁰⁶⁷ 新法第 2 條第 1 款。不過，由於本款的立法方式採取「兩段式」：前段列舉，後段以「直接或間接」可得識別為概括性說明。證人的聲音、影像既不在前段列舉中，且除了如證人保密的特殊情形外，不用透過影音記錄本就已可得識別該證人。可能造成涵攝上的困擾。

¹⁰⁶⁸ 新法第 2 條第 8 款。

¹⁰⁶⁹ 「有下列情形之一者，不適用本法規定：一、自然人為單純個人或家庭活動之目的，而蒐集、處理或利用個人資料。二、於公開場所或公開活動中所蒐集、處理或利用之未與其他個人資料結合之影音資料。」

¹⁰⁷⁰ 參考新法第 41 條，如果非公務機關違反第 20 條第 1 項的使用規定（原則上應於蒐集目的的特定範圍內為之）者，足生損害於他人者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣二十萬元以下罰金。

一種¹⁰⁷¹，是否可以將「律師對於閱卷取得的有關他人的個人資料的使用行為」納入「個人資料保護法」範疇？以更能體現所欲保護的目的，值得考慮。

2就「**避免司法審判受到干擾**」的部分，是否真能因為該條的訂定而達到效果？亦非無疑。在其所引用的外國立法例中，就德國刑法第353d條第3款的規定，是否能達到所謂的「**司法不受干擾**」的目的，就頗受質疑：有認為其所採取的「禁止事前原文公布起訴書或其它官方文件」方式，並不能達到其所謂的「使程序參與者沒有偏見」，因為這並不能阻止對程序對象的討論，程序參與者無法經由本條規定而不受影響¹⁰⁷²；而程序相關者（如被告）也無法因為此規定而免受鄙視，因為這條將促使使用自己的文字以規避原文，這對於程序相關者而言不見得比較有利¹⁰⁷³，認為本條並不存在任何保護法益而應該廢除¹⁰⁷⁴。是故，以刑法保障此目的的的必要性和妥適性並非當然無疑。

(二)至於引為立法參考的外國立法例：德國刑法第353d條第3款及日本刑事訴訟法的第281之5條，其是否足以支撐我國為此類刑事規定的基礎？必須注意其所適用的制度及相關條文與我國現行實務與規定（或草案）的差異：

1德國刑法第353d條第3款，其所保護的法益在於「確保程序參與者－尤其是陪審員和證人－不會先產生偏見」，以及「透過禁止公開官方文件保護涉及程序者（包括被告）被鄙視」¹⁰⁷⁵，但有未必能以此規定達到其保護法益的批評，已如

¹⁰⁷¹ 新法第 47 條，可以命其改正，及處罰鍰新臺幣五萬元以上五十萬元以下，屆期未改正可以按次處罰。

¹⁰⁷² BT-Dr 16/576, S.6.

¹⁰⁷³ BT-Dr 16/576, S.6.

¹⁰⁷⁴ BT-Dr 16/576, S.6. ; BT-Dr 9/2089, S.1,2,4.

¹⁰⁷⁵ 有所謂本條乃「就防止目的外使用與妨礙秘密罪之間的法律漏洞填補」。邱忠義，公開播放證人、共同正犯偵訊光碟學術研討會與談記錄，台灣本土法學雜誌第 151 期，2010 年 5 月 1 日，頁 84。

惟筆者在查詢德國刑法註釋書時並未發現此點論述，且參酌之後的法務部聲明稿中，僅將此論述作為日本刑事訴訟法相關規定的立法目的，就德國刑法部分的說明為「旨亦在避免非法律專業之參審法官或證人在公開討論程序前受到訴訟文件內容先入為主之強大作用而影響審判客觀性」，似有加以區隔之意。針對 98 年 12 月 9 日中國時報 A 14 版時論廣場「妨害司法罪何其重」及自由時報 A 15 版自由廣場「律師慘了」二篇投書，法務部說明，

http://www.lawtw.com/article.php?template=article_content&area=free_browse&parent_path=,1,2169,1481,&job_id=155821&article_category_id=2145&article_id=84275（最後瀏覽日期：2011 年 4 月

前述。此外，德國的刑事訴訟制度與實務運作的情形也不大相同：依據刑事訴訟法第147條第2項，在偵查中律師是**有機會閱卷**的，這與我國在偵查中**完全沒有律師閱卷權**的規定差異甚大；而且在德國，「每天都有律師、檢察官接受媒體訪問，並將卷宗內的資料提供給媒體，尤其是該偵查中案件引起公眾的興趣」¹⁰⁷⁶，這種檢辯雙方間武器及資訊的差異，與我國相較是比較小的。

2 就日本刑事訴訟法的第 281 之 5 條，對於「被告或被告關係人」，將所取得的證據做「程序或案件準備以外目的」的使用時，如複製、交付或提示，將處一年以下有期徒刑或五十萬日圓以下之罰金；對於「辯護人或辯護關係人」，**基於對價關係取得利益的目的**，將所取得的證據做「程序或案件準備以外目的」的使用，也應為同樣處罰。也就是加上了「對價取得利益」的要件加以限制，而不是只要用於「非準備案件或程序的目的」就一律以刑法規範，此與我國的規定也並不一致。

三、草案第 172 條之 4 的部分

承前項第一款的外國法介紹，藐視法庭罪可以區分成「直接」及「間接」兩種，前者是針對「法庭內」行為，後者是「法庭外」行為。依據上開標準，本條草案可以拆成兩段：「法官審判時或於檢察官偵查時，為不當之言詞、動作，或違反法官、檢察官之命令或指揮」比較接近「直接藐視法庭罪」，「法官審判時或於檢察官偵查時，為妨害司法程序之進行」應可視為「間接藐視法庭罪」；**律師法庭外陳述**的行為比較可能被認為是「妨害司法程序之進行」的「間接藐視法庭罪」行為—除非是先前已經有要求不得為此行為的命令或指揮，才會被歸到「直接藐視法庭罪」。就此而言，筆者提出以下幾點思考。

(一)從前項第一款的外國法介紹可知，以「間接藐視法庭罪」處罰庭外言論的機率，在美國已很不常見；法務部聲明以「美國聯邦刑法典第 401 條至 403 條」為支持基礎，其實並不穩固。另外，德國法院組織法第 177 條第 178 條的規定，依據前項第一款可知，其比較接近「直接藐視法庭罪」，而且也不適用於律師，

24 日)

¹⁰⁷⁶ 檢察官赴德國考察報告，行政院所屬各機關因公出國人員出國報告書，民國 99 年 12 月，頁 13。210.241.21.164/OpenFront/report_download.aspx?sysId=C09903648... (最後瀏覽日期：2011 年 4 月 24 日)

這是在引為立法基礎時需要注意的。

(二)就保護對象而言，「間接藐視法庭罪」(「直接藐視法庭罪」亦同)在前述英美法制中在於保護審判程序，本條草案中將保護對象擴及「檢察官偵查中」，理由為何？並未提出相關說明。而所謂的「妨害司法程序之進行」所指為何？草案中也沒有相關的說明，這將造成操作和認定上的困難¹⁰⁷⁷。

第二項 刑事訴訟法部分

第一款 規定介紹

第 33 條	A 版 ¹⁰⁷⁸	B 版 ¹⁰⁷⁹
第 1 項	辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。無辯護人之被告於審判中得預納費用請求付與卷內筆錄之影本。但訴訟程序進行中之錄音錄影內容，不在此限。	辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。
第 2 項	卷宗、證物及筆錄之內容與被告被訴之事實無關或足以妨害另案之偵查，或涉及當事人或第三人之隱私或業務機密者，法院得限制之。	無辯護人之被告於審判中得預納費用請求付與卷內筆錄之影本。但筆錄之內容與被告被訴事實或足以妨害另案之偵查，或涉及當事人或第三人之隱私或業務秘密者，法院得限制之。

¹⁰⁷⁷ 尤伯祥，威武！法務部的歲末好禮來了！，

http://www.jrf.org.tw/newjrf/RTE/myform_detail.asp?id=2436（最後瀏覽日期：2011年4月24日）

¹⁰⁷⁸ 邱忠義，偵查中錄音錄影與偵查筆錄可信性之關係—兼論訴訟目的外使用證據之影響，檢察新論第7期，2010年1月，頁43。

¹⁰⁷⁹ 邱忠義，證據開示及目的外使用之禁止，軍法專刊第53卷第3期，民國96年6月，頁112-113。

第 3 項	辯護人應自行保管依第 1 項規定所抄錄或攝影之卷宗及證物。被告依第 1 項規定所取得之筆錄影本，亦同。	辯護人應自行保管依第 1 項規定所抄錄或攝影之卷宗及證物。被告依前項規定所取得之筆錄影本，亦同。
第 4 項	辯護人或其業務上佐理人不得將依第 1 項規定所抄錄或攝影之卷宗或證物，於訴訟程序外為不當之使用。被告或其輔佐人就被告依第 1 項規定所取得之筆錄影本，亦同。	辯護人或其業務上佐理人不得將依第 1 項規定所抄錄或攝影之卷宗或證物，使用於與本案被告所涉案件訴訟之準備目的無關之事項。被告或其輔佐人就被告依第 2 項規定所取得之筆錄影本，亦同。
第 5 項	其他依本法或其他法令規定得抄錄或攝影刑事案件卷宗或證據資料者，準用第 3 項至第 4 項之規定。	辯護人或其業務上佐理人違反前兩項規定，將抄錄或攝影之卷宗或證物交付或提示予被告或其輔佐人以外之他人知悉時，處一年以下有期徒刑、拘役或新臺幣三萬元以下之罰金。
第 6 項		被告或其輔佐人違反第 3 項、第 4 項規定，將辯護人依第 1 項規定抄錄或攝影之卷宗或證物或被告依第 2 項規定所取得之筆錄影本交付或提示予他人知悉時，依前項規定處斷。

第 7 項		其他依本法或其他法令規定得抄錄或攝影刑事案件卷宗或證據資料者，準用第 3 項至第 6 項之規定。
-------	--	--

兩版的條文最大的差異在於，A 版中的第 1 項規定「**訴訟程序進行之錄音錄影內容**」無法轉錄；B 版的第 5 項和第 6 項規定了「**不當使用卷證資料**」的刑罰，其它的只是在條文項次上的變動。

第二款 評析

由於條文中的刑罰罰則已在前述刑法規範中討論，所以在此僅就以下兩點在兩版中差異最大的部分加以評析。

一、「**訴訟程序進行之錄音錄影內容**」轉錄

A 版中明確表示「**訴訟程序進行之錄音錄影內容**」，涉及個人人格權保障，故不容許被告或辯護人轉錄，以免侵害人權¹⁰⁸⁰，也可以作為「**阻止訴訟目的外之使用**」的第一道門檻¹⁰⁸¹；但是在 **B 版**的條文中此內容卻沒有這段。雖然「**禁止轉錄**」是避免卷證外流可能造成侵害的**最直接**辦法，但同時也是對於辯護權、閱卷權**更提前、更直接**的限制。因此有建議較妥適的方法如下：擇期由辯護人、法官助理在法院共同檢視偵訊光碟並製作書面記錄，檢視過程中如發現疑有不當之處，透過光碟畫面所顯示，記錄下疑處，由辯護人具狀釋明非任意性之具體行為、態樣及結果，便於日後勘驗；如果檢視中未發現疑問，則辯護人需具狀撤回證據調查之聲請¹⁰⁸²。此建議看起來似乎兼顧**辯護利益及人格權保障**，而且這個方式與前述德國在處理對「**錄音錄影資料閱卷**」時曾採取的實務作法相似：考量

¹⁰⁸⁰ 邱忠義，禁止將閱卷所得資料為訴訟目的外使用及拷貝訴訟影音內容－辯護人行為規範與責任，公開播放證人、共同正犯偵訊光碟學術研討會 書面資料，2009 年 4 月 3 日，頁 5。

¹⁰⁸¹ 邱忠義，禁止將閱卷所得資料為訴訟目的外使用及拷貝訴訟影音內容－辯護人行為規範與責任，公開播放證人、共同正犯偵訊光碟學術研討會 書面資料，2009 年 4 月 3 日，頁 4。

¹⁰⁸² 陳文琪，偵查中錄音錄影與偵查筆錄可信性之關係－兼論訴訟目的外使用證據之影響，檢察新論第 7 期，2010 年 1 月，頁 20-21。

對兒童證人人格權可能產生的濫用危險，將閱卷權限制在司法機關內；但是這種處理方式除了受到辯護人的批評外，也不合乎機關空間不敷使用的情形。我國如果採取這樣的方式，勢必也會遇到同樣的問題；而德國之後透過「禁止複製及再轉交的方式」代替了「閱卷權地點限制」的做法，是不是表示「即使無法完全避免外流可能產生的危險」，但仍囿於現實而「不得不為」的退讓？值得深思。

二、「於訴訟程序外為不正當之使用」與「使用於與本案被告所涉案件訴訟之準備目的無關之事項」

首先必須就這兩個要件加以解釋：前者（A 版）的「訴訟程序」不限於刑事訴訟程序，基於證據共通的考量，還包括民事及行政訴訟；「不正當之使用」部分，「正當理由」與否屬與阻卻違法事由，宜就個案依社會相當性判定，如果是「用來開記者會作訴訟外抗爭，以塑造輿論，影響審判」屬於不正當使用；**正當使用**的例子包括為更生保護、獄政管理、司法政策、教學訓練或向司法、偵查機關舉發不法偵訊人員，而為非「**散布性**」使用等¹⁰⁸³。後者（B 版）的「與本案被告所涉案件訴訟之準備目的無關之事項」，參考日本刑事訴訟法的規定，並不包括「與被告之防禦活動或辯護活動有關之正當目的」，而只限於「本案被告所涉案件訴訟之準備」¹⁰⁸⁴。

就 A 版的規定而言，是否正當取決的是「社會相當性」，所依據的判斷標準並不確定，且可能隨時變動，「記者會公開偵訊錄音錄影帶」到底是不是一定「不正當」？並非可以立刻判定，這需要有更多的說明及論證基礎，當然包括傾聽**整體社會**的聲音；而我國對於條文所規範的行為並不熟悉，是否有足夠的基礎運作所謂的「社會相當性」？實令人質疑。而在 B 版的規定，似乎就是為了解決 A 版的問題而做的更明確的限制—因為「與被告之防禦活動或辯護活動有關之正當目的」可以涵蓋到以開記者會作訴訟抗爭的情形，為了防堵此等行為，所以使用「本案被告所涉案件訴訟之準備」的文字，但是這也是出於立法目的及條文解釋的結果，不然從字面上來看，「為當事人辯護」難道不能算是「準備訴訟案件」

¹⁰⁸³ 邱忠義，偵查中錄音錄影與偵查筆錄可信性之關係—兼論訴訟目的外使用證據之影響，檢察新論第 7 期，2010 年 1 月，頁 44。

¹⁰⁸⁴ 邱忠義，證據開示及目的外使用之禁止，軍法專刊第 53 卷第 3 期，民國 96 年 6 月，頁 107-108。

的一環？而且本條沒有例外許可（或是要一併考量）的事由，一旦被歸為非「準備訴訟案件」之目的，就不得為之；但日本刑事訴訟法第 281 之 4 條有特別在條文中表示，如果作了條文規定目的外的行為，還是應該考慮「被告防禦權、所複製內容、行為目的及形態、是否侵害關係人名譽、私生活或事業安定、其調查方法及其他情事¹⁰⁸⁵」，與此相較，我國的草案規定似乎過於獨斷。

第五節 本章結論

針對律師的「法庭外陳述行為」，鑒於其可能對整體程序和訴訟相關人可能造成的影響，外國立法例不乏有對此行為的相關規範，但由於這樣的規範將限制律師的辯護權，甚或影響到被告本身的權益，所以在規範要件上，大多設有例外規定，或是容許在某些特殊情況下可以為此庭外陳述行為；而在考量該行為是否違反規定時，也必須斟酌一切情形及所產生的影響加以判斷，以求妥善評價該行為。我國在參考他國立法例時，除了注意條文內容的解釋外，還必須注意外國法制及其他配套措施，還有該條文的現狀發展及實務態度，以求能完整、正確的解讀規範的目的。就上開我國的草案來看，雖然引述了不少外國立法例，但似乎輕忽了與我國訴訟制度不同¹⁰⁸⁶的外國法規定所可能造成的適用衝突，且似乎只著重個別條文的規定，而沒有一併了解其在實務上的運作情形以及所引發的爭議；也沒有就我國現有的規範思考適用的可能性。另外，相較於外國法制的多層次規範（如美國），以及經由條文或實務操作下的例外允許情形，我國的規定似乎缺乏成熟的「社會相當性」基礎作支撐，尤其是當對於條文的要件存在著不同解讀時，將造成適用及判斷上的困擾，似乎意味著需要更謹慎、更全面的立法妥適性與否的思考。

¹⁰⁸⁵ 條文原文及中譯，請見 邱忠義，證據開示及目的外使用之禁止，軍法專刊第 53 卷第 3 期，民國 96 年 6 月，頁 111-112。

¹⁰⁸⁶ 其所引用的立法例國家幾乎都有非職業法官參與，以及在審判前辯護人可以透過閱卷或證據開示制度檢視相關資訊的訴訟制度，相較於我國全部皆為職業法官且審判前律師無法閱卷的情形，實存在著極大差異。不過，參考前述（第三章第三節第三項第四款）相關的實證報告，即使在全由職業法官負責審判的情形，也不能確保完全不會受到外界聲音的影響。

第九章 結論

作為在刑事程序中，陳述自己對待證事實的所見所聞的第三人角色的「證人」，對於刑事程序**發現真實**的目的而言是重要的，但也因為如此，課予證人的**義務**及所造成的**負擔**遠大於其可享有的**權利**，「程序的不友善」及「人證本身的易於變動」，造成其在程序中的不穩定，為了確保刑事訴究的目的能夠達成，勢必要給予相應的保護措施以增加證人進入程序的動機及意願，但同時也因為證言的複雜形成過程，尤其容易因時間遺忘或被扭曲的特性，也使得證人的證言必須要有檢驗的機會，否則將影響其他相關者的權益，也無益於發現真實。

就我國目前對於「證人偵訊中錄音錄影」的規定來看，似不認為「偵訊中錄音錄影的規定」會對證人或其它程序參與者造成影響（或認為僅是微不足道的），是故在**一般證人**部分僅以「行政規則」加以規範，給予偵查機關相當的裁量權，對於整體訊問程序也沒有作特殊的設計，至於影音記錄的檢視上，則依「刑事訴訟法第 33 條第 1 項」及「法院辦理刑事案件、少年事件訴訟文書之影印、攝影、抄錄費用徵收標準」第 6 條、「各級法院刑事、行政訴訟及少年保護事件律師閱卷要點」第 19 點為轉拷影音光碟的基礎，但對於是否可以再複製、再轉讓或為其他用途，則未有明確規定。而在**性侵害被害人**部分，則以「**性侵害案件減少被害人重複陳述作業要點**」及相關的實施要點或注意事項為主要規範依據，雖然其層級仍為「行政規則」，但出於保護性侵害犯罪被害人的目的，在訊問程序上有作特別的設計，在保存方面也特別強調對於隱私權的保護，惟有些許規定與一般證人的規定並不相同，且與實際操作的結果不符，亦有若干未作特別規定的部分，可能還是必須參考對一般證人的規定，而受限於目前的刑事程序框架，被害人保護的目的未必能夠達到。不過，在司法院於民國 100 年 3 月 11 日第 138 次院會所公布的刑事訴訟法修正條文，就第 192 條訊問證人的準用規定，擴及到第 100 條之 1 及之 2 的適用，透過「全程錄音（有必要時錄影）」的方式來擔保程序的公平。此似乎是對於證人在偵查中被錄音錄影的重視，以法律代替原先的行政規則，且將適用主體擴大到所有的證人，但卻忽略了現有規範下所表現出的**資源有限性**及**偵查彈性化**的需求，也未考慮賦予該影音記錄明確、特殊的法律效果；而一旦新法通過，現行規範的存廢以及法院既有態度的調整與否，還有對於

性侵害被害人的規範部分有無需要調整？等問題，在立法理由中都看不出有思考或討論過的痕跡，甚為可惜。

相較於我國對於該議題的陌生，外國法制（德國、美國和英國）對此早有相應的法律規定，從證人保護的角度出發，並以該訊問記錄代替審判中證人陳述作為審判中最重要法律效果，並透過實證不斷的加以修正規定設計，以求能合乎**證人保護**的要求：透過讓**被告或辯護人**提前參與的方式，彌補之後審判中未能當庭詰問證人的缺憾，也平衡代替證人受訊問的強大法律效果；一方面盡可能的避免證人受二次訊問或在法院面對被告所造成的困擾、傷害，一方面也努力的使被告方的權益可以被確保，要求法院在評價時必須特別小心。我國的立法者似乎欠缺這樣的態度：並未查覺（或根本不願意）到思考、設計一套能保護證人，但同時也顧及被告權利，不妨害司法發現真實的制度的必要；雖然不一定要一味的仿照外國法制，但既然外國法已經有相關的制度設計及實證資料，應該要在立法時多方參考，並確實討論可行性與否，才算是穩妥的立法態度。

而對於上開影音記錄「訴訟外使用」的相關規範，在相關重大爭議發生後，我國倒是十分積極的尋找相關的外國立法例且試圖引進（包括刑法及刑事訴訟法）。但是在參考的過程中，對於外國相關的制度背景及配套措施（尤其是與我國制度迥異的部分），以及對於相關法條的構成要件解釋、法益保護以及施行的情形，並沒有全面性、完整的理解，這將造成各方解釋不同所可能造成的適用爭議，似乎有些操之過急；尤其是某些需要「社會相當性」運作的構成要件或行為的認知共識，我國目前情形是否已足以應付、處理，都必須提出詳細、清楚的驗證及說明，才能夠正當化新規定的立法需要，也才能達到想要達到的目的。

◎參考文獻

壹、中文文獻

一、專書

- 大美百科全書 6，光復書局企業股份有限公司出版，初版七刷，民國 84 年 11 月。
- 內政部家庭暴力及性侵害防治委員會 編，性侵害案件減少被害人重複陳述作業工作手冊，內政部家庭暴力及性侵害防治委員會出版，民國 95 年 6 月 2 版。
- 王兆鵬、陳運財等著，傳聞法則理論與實踐，元照出版，2004 年 9 月 2 版 1 刷。
- 王惠光，法律倫理學講義，福匯企管顧問有限公司出版，2007 年。
- 王寶蒞，理性與倫理－法律倫理規範教學的價值基礎，《法律倫理核心價值探討》，新學林出版，2007 年 7 月 1 版 1 刷。
- 朱石炎，刑事訴訟法論，三民書局出版，2009 年 8 月修訂 2 版。
- 字形匯典第 35 冊 第 7 集，聯貫出版社出版，民國 90 年 9 月 1 日初版。
- 伊莉莎白·羅芙托斯、凱薩琳·柯茜著，林淑貞譯，辯方證人，商周出版社，2005 年 12 月 26 日二版。
- 刑事訴訟法九十二年修定資料彙編，五南圖書出版股份有限公司，2003 年 3 月初版一刷。
- 何明洲，犯罪偵查原理與實務，中央警察大學出版，民國 98 年 4 月。
- 汪建成 劉廣三 著，刑事證據學，群眾出版社，2000 年 1 月 1 版。
- 呂伯濤、孟向榮，中國古代告狀與判案，台灣商務印書館發行，1999 年 2 月。
- 吳俊毅，辯護人論，正典出版文化有限公司，2009 年 1 月 1 版。
- 林鈺雄，刑事訴訟法（上）（下），2010 年 9 月 6 版，自版。
- 林鈺雄，證人概念與對質詰問權－以歐洲人權法院相關裁判為中心－，《刑事程序與國際人權》，元照出版，2007 年 12 月初版 1 刷。
- 林山田，刑事程序法，五南圖書公司，2001 年 9 月。
- 林子儀，言論自由導論，《台灣憲法之縱剖橫切》，初版 1 刷，元照出版社。
- 柯耀程，職權進行與當事人進行模式之省思，《刑事程序理念與重建》，元照出版，2009 年 9 月初版 1 刷。
- 法治斌·董保城，憲法新論，元照出版，2005 年 10 月 3 版 1 刷。
- 姜世明，律師倫理法，新學林出版，2008 年 10 月 1 版 1 刷。
- 張德美，從公堂走向法庭 清末民初訴訟制度改革研究，中國政法大學出版社，2009 年 7 月 1 版。

張明偉，談刑事程序筆錄制作之實然與應然，《改良式的證據法則與刑事訴訟》，五南圖書出版有限公司，2008年5月初版1刷。

許宗力，論國會對行政命令之監督，《法與國家權力》，元照出版，1992年。

許文義，個人資料保護法論，三民書局出版，民國90年初版一刷。

黃立，民法總則，初版，三民總經銷，1994年。

葉俊榮，行政命令，《行政法（上）》，元照出版，2006年10月3版1刷。

蔡墩銘，審判心理學，水牛圖書出版公司，民國75年7月30日。

簡明大英百科全書中文版4，中華書局股份有限公司出版，初版，民國77年6月。

辭源正續編合訂本，商務印書館編審出版，民國51年2月。

Arthur Best 著，蔡秋明、蔡兆誠、郭乃嘉譯，證據法入門，元照出版社，2003年4月出版二刷。

Brian Kennedy 著，郭乃嘉譯，美國法律倫理，2005年7月28日初版，商周出版社。

Christian Starck 著，李建良譯，基本權利之保護義務，《法學、憲法法院審判權與基本權利》，元照出版社，2006年7月初版。

Thomas A. Mauet 著，蔡秋明、方家駿譯，訴訟技巧，商周出版社，2008年5月8日2版。

Wayne R. LaFave/ Jerold H. Israel/ Nancy J. King 原著，卞建林、沙麗金等譯，刑事訴訟法（上冊），中國政法大學出版社，2003年。

二、博碩士論文

王德麟，從證據法則論相片、錄影帶之證據能力—以刑事訴訟為中心，中興大學法律系研究所碩士論文，民國74年。

王己由，新聞審判之研究，文化大學新聞研究所，民國95年。

李維凱，我國刑事警察人員執行偵訊之研究，中央警察大學刑事警察研究所碩士論文，民國98年。

李幼妃，律師辯護權之行使對刑事審判結果之影響，台北大學犯罪學研究所碩士論文，民國98年。

吳文淵，對質詰問與秘密證人保護之研究，國防大學國防管理學院法律研究所碩士論文，民國98年。

吳梓榕，一般偵查措施的合憲性控制—從偵查程序之自由形成原則出發，政治大學法律學研究所碩士論文，民國98年。

林宛怡，以犯罪偵查為目的之 DNA 資料保存—以歐洲人權公約第八條為中心，政治大學法律學研究所碩士論文，民國98年。

紀文勝，刑事訴訟程序中證人保護之研究，中正大學犯罪防治研究所碩士論文，民國93年。

徐國楨，偵訊者 被偵訊者與律師對偵訊室環境知覺之研究，中正大學犯罪防治研究所碩士論文，民國 89 年。

胡勝琳，偵訊理論與實務之研究，中央警官學校警政研究所碩士論文，民國 76 年。

甯若秦，被告於審判上證據調查聲請之探討-以德國刑事訴訟法為中心-，政治大學法律學研究所碩士論文，民國 98 年。

陳鈺歆，對質詰問權保障標準取代傳聞法則之研究－以歐洲法發展為例，台灣大學法律學研究所碩士論文，民國 97 年。

雲惠鈴，論刑事訴訟程序中證人地位之建構，中正大學法律研究所碩士論文，民國 98 年。

蔡錦祥，偵訊室空間布局之研究，國立台北科技大學建築與都市設計研究所碩士論文，民國 92 年。

蔡雲璽，律師倫理規範法制研究-以我國、美國（加州）及英國（英格蘭）法制為比較，台灣大學社會科學院國家發展研究所碩士論文，民國 96 年。

劉秋伶，數位證據之刑事證據調查程序，政治大學法律學研究所碩士論文，民國 99 年。

謝協昌，論犯罪被害人在刑事訴訟程序之權利保護－以性犯罪被害人之權利保護為中心，台大法律研究所博士論文，民國 94 年。

簡郁庭，個人資訊揭露案例之研究－以隱私權保障為中心，台灣大學社會科學院國家發展研究所碩士論文，民國 97 年。

三、期刊、研討會文章及報紙投書

王燦槐，性侵害防治中心在司法流程中的角色---減少被害人重複陳述作業之評析，亞洲家庭暴力與性侵害期刊第 1 卷第 1 期，2005 年 12 月，頁 111-135。

公開播放證人、共同正犯偵訊光碟學術研討會與談記錄，台灣本土法學雜誌第 151 期，2010 年 5 月 1 日，頁 60-104。

尤伯祥，站在民主與專制的十字路口－反對以刑罰箝制律師發表職責上言論之自由，全國律師 3 月號，2009 年 3 月，頁 8-18。

何賴傑，共犯不利其他共犯之陳述與共同被告地位，台灣本土法學雜誌第 55 期，2004 年 2 月，頁 137-147。

何賴傑，錄音、錄影、電磁記錄等之調查（刑事訴訟法第一六五條之一第二項），全國律師第 8 卷第 9 期，2004 年 9 月，頁 33-38。

李晞，論中國古代證人制度及現代借鑒，法制與社會，2007 年 5 月，頁 347-348。

吳維雅，「你相不相信孩子」？－論兒童性侵害案件中之兒童證人及專家證人兼評台灣高等法院 92 年少連上訴字第 218 號刑事判決，檢察新論第 1 期，2007 年 1 月，頁 131-151。

邱忠義，偵查中錄音錄影與偵查筆錄可信性之關係－兼論訴訟目的外使用證據之影響，檢察新論第 7 期，2010 年 1 月，頁 25-46。

邱忠義，證據開示及目的外使用禁止，軍法專刊第 53 卷第 3 期，民國 93 年 3 月，頁 93-115。

- 吳巡龍，辯護人是否有權複製偵訊光碟，台灣本土法學雜誌第 119 期，2009 年 1 月 1 日，頁 163-167。
- 吳巡龍，美國對刑事訴訟兩造對抗制度之修正－證據開示程序，法學叢刊第 185 期，民國 91 年 1 月，頁 41-56。
- 李錫棟，警察資料蒐集權之界限－以集會遊行現場活動之資料蒐集為例，警學叢刊第 38 卷第 5 期，2007 年 11 月，頁 111-126。
- 李震山，來者猶可追，正視個人資料保護問題－司法院大法官釋字第 603 號解釋評析，台灣本土法學雜誌第 76 期，2005 年 11 月，頁 222-234。
- 李惠宗，裁判書上網公開與個人資訊自決權的衝突，月旦法學雜誌第 154 期，2008 年 3 月，頁 21-34。
- 李茂生，刑法秘密罪章新修條文評釋，月旦法學雜誌第 51 期，1999 年 8 月，頁 93-114。
- 吳綺雲 譯，「法庭開庭電視錄影案」判決，德國聯邦憲法法院裁判選輯（十一），司法院出版，民國 93 年 10 月 1 日，頁 119-143。
- 林秀怡、黃啓賓，各國刑事司法有關未成年人作證能力之比較研究，國境警察學報第 2 期，2003 年 10 月，頁 99-130。
- 林承與，新聞自由與公平審判關聯性之實證研究，民意研究季刊第 214 期，2000 年 10 月，頁 129-156。
- 林鈺雄，司法的侏儷紀化，中國時報 A10 版 時論廣場。
- 林學銘，新修正法庭錄音相關法規合憲性之探討，法令月刊第 54 卷第 11 期，2003 年 11 月，頁 38-44。
- 姚淑文、張錦麗，「性侵害案件減少被害人重複陳述方案」推動後的結果與未來發展方向，律師雜誌第 301 期，民國 93 年 10 月，頁 40-54。
- 祖偉，中國古代“據供詞定罪”刑事證據首要規則及理據解析，法治與社會發展 2008 年第 1 期（總第 79 期），頁 47-62。
- 郭瑞蘭，裁判書上網公開與個人資料之保護，司法周刊第 1384 期，2008 年 4 月 10 日，第 2 版。
- 段重民，論藐視法庭罪，政大法學評論第 38 期，民國 77 年 12 月，頁 113-186。
- 陳文琪，偵查中錄音錄影與偵查筆錄可信性之關係－兼論訴訟目的外使用證據之影響，檢察新論第 7 期，2010 年 1 月，頁 3-24。
- 陳運財，論偵查不公開之適用範圍及其例外，全國律師 9 月號，2009 年 9 月，頁 25-39。
- 陳運財，監聽之性質及其法律規範，東海法學研究第 13 期，1998 年 12 月，頁 137-161。
- 陳起行，資訊隱私權法理探討－以美國法為中心，政大法學評論第 64 期，民國 89 年 12 月，頁 297-341。
- 張濤，淺論法院檔案電子化，新鄉學院學報(社會科學版)第 23 卷第 1 期，2009 年 2 月，頁 77-78。
- 張嘉尹，違憲審查中之基本權客觀功能，月旦法學雜誌第 185 期，2010 年 10 月，頁 17-38。

- 張純，淺析刑事證據開示制度—以英、美模式為基礎之比較與借鑒，金卡工程·經濟與法第 7 期，2010 年，頁 51-52。
- 崔汴生，美國刑事案件被告與證人對質權利之發展，致理法學第五期，民國九十八年三月，頁 3-21。
- 張文貞，跨國憲政主義的合縱與連橫：歐洲人權法院及內國憲法法院關係初探，台灣大學法律學院人權研究中心 第二屆歐洲人權裁判研討會第四場書面資料，2007 年 4 月 28 日。
- 張淳淙，偵查中錄音錄影與偵查筆錄可信性之關係—與談意見（一），檢察新論第 7 期，2010 年 1 月，頁 47-61。
- 張麗卿，論像片與錄影帶之證據能力，軍法專刊第 33 卷第 12 期，民國 76 年 12 月，頁 16-26。
- 張升星，律師「司法外陳述」及其界限，東吳法研論集第六卷，民國 99 年 6 月，頁 103-146。
- 彭文正、蕭憲文，犯罪新聞報導對於司法官「認知」、「追訴」及「判決」的影響，台大法學論叢第 35 卷第 3 期，民國 95 年 5 月，頁 107-193。
- 楊雲驊，德國刑事訴訟法對傳聞證據的處理，台灣本土法學雜誌第 43 期，2003 年 2 月，頁 106-110。
- 楊雲驊，證據使用禁止在個案上的判斷過程—以電話分機聆聽案為例，東吳大學法律學報第 13 卷第 2 期，民國 91 年 2 月，頁 61-102。
- 鄭牧民、易海輝，論中國古代證據制度的基本特點，湖南科技大學學報（社會科學版）第 10 卷第 2 期，2007 年 3 月，頁 82-89。
- 劉至剛，從證人記憶探討刑事訴訟法第 159 條，法令月刊第 60 卷第 5 期，2009 年 5 月，頁 63-74。
- 蔡達智，開放空間中的隱私權保障，月旦法學雜誌第 145 期，2007 年 6 月，頁 127-146。
- 《播放光碟，不具殺傷力》，聯合報 A4 版要聞，2009 年 2 月 4 日。
- 盧映潔，犯罪被害人保護在德國法中的發展-以犯罪被害人在刑事訴訟程序中的地位以及「犯罪人與被害人均衡協商暨再復原」制度為探討中心，台大法學論叢第 34 卷第 3 期，民國 94 年 5 月，頁 165-276。
- 盧映潔，犯罪被害人在德國刑事訴訟程序中的地位與保護之介紹，刑事法雜誌第 53 卷第 2 期，2009 年 4 月，頁 103-135。
- 謝志明，當言論自由衝擊公平審判—美國法對於訴訟參與人法庭外陳述之限制，檢察新論第 7 期，2010 年 1 月，頁 278-286。
- 羅秉成，《公開偵訊光碟，有何不可？》，中國時報 A15 版，民國 98 年 2 月 26 日。
- 蘇友辰，偵訊光碟公開揭露適法性的探討，全國律師 3 月號，2009 年 3 月，頁 33-36。
- 顧立雄發言，律師倫理、辯護制度與檢察官偵查作為之衝突（研討會），2010 年 10 月 30 日。

四、網路資源

98 年司法統計年報，<http://www.judicial.gov.tw/juds/index1.htm>

尤伯祥，爲了逃離侏儸紀，所以公開播放偵訊光碟，財團法人民間司法改革基金會，http://www.jrf.org.tw/newjrf/RTE/myform_detail2.asp?id=2355

尤伯祥，威武！法務部的歲末好禮來了！，
http://www.jrf.org.tw/newjrf/RTE/myform_detail.asp?id=2436

內政部家庭暴力及性侵害防治委員會，2006 年性侵害案件減少被害人重複陳述作業檢討報告，2006 年家庭暴力及性侵害防治網絡願景營專案報告，民國 94 年 12 月 7 日。<http://dspc.moi.gov.tw/public/Attachment/7115164054>

《司法院擬修法 偵訊筆錄、光碟 限訴訟用「萬一黑道大哥學扁律師 誰敢出面作證？」律師公會強烈反對：剝奪大眾監督執法權利》，聯合報 A4 版要聞，2009 年 3 月 7 日。

糾正案文，民國九十一年十月九日，頁 15，
http://www.cy.gov.tw/AP_HOME/Op_Upload/eDoc/糾正案/91/091000110_糾正文.PDF（最後瀏覽日期：2011 年 5 月 30 日）

糾正案文，民國九十二年九月三日，頁 5-6，
http://www.cy.gov.tw/AP_HOME/Op_Upload/eDoc/糾正案/92/092000118_內106曾詠淮糾正案.doc（最後瀏覽日期：2011 年 5 月 30 日）

《法庭外禁播偵訊光碟 律師公會反對》，
<http://www.libertytimes.com.tw/2009/new/mar/7/today-p4-4.htm>

林峰正，馬英九與蘇建和，2007 年 7 月 20 日，
http://www.jrf.org.tw/newjrf/RTE/myform_detail.asp?offset=80&id=2157 刑事訴訟法部分條文修正草案總說明－司法院第 138 次院會核定版
<http://jirs.judicial.gov.tw/GNNWS/NNWSS002.asp?id=62940&flag=1®i=1&key=&MuchInfo=&courtid=>

刑事訴訟法部分條文修正草案條文對照表－司法院第 138 次院會核定版
<http://jirs.judicial.gov.tw/GNNWS/NNWSS002.asp?id=62940&flag=1®i=1&key=&MuchInfo=&courtid=>

《果若造假，必須查辦侯寬仁》，聯合報 A2 版社論，2007 年 7 月 20 日，來源：聯合知識庫(<http://udndata.com/library/>)

《法界：若對筆錄內容有爭議 應以錄音光碟爲準》，中央社，2007 年 7 月 20 日，
http://www.cdnews.com.tw/cdnews_site/docDetail.jsp?coluid=141&docid=100119880

《扁案 再攻防扁辦公布光碟「檢脅迫式取證」》，自由時報電子報，2009 年 2 月 24 日，<http://www.libertytimes.com.tw/2009/new/feb/24/today-p2.htm>

《特別費/侯寬仁筆錄不實？ 律師擬提告瀆職》，
http://www.tvbs.com.tw/news/news_list.asp?no=blue20070719120354

《特偵組反控，斷章取義！檢指律師錯用軟體 陳鎮慧消影音 係情緒不穩禱告去了 檢察官協會指扁律師侵證人隱私》，聯合報 A1 版要聞，2009 年 2 月 4 日。

《針對 98 年 12 月 9 日中國時報 A14 版時論廣場「妨害司法罪何其重」及自由時報 A15 版自由廣場「律師慘了」二篇投書，法務部說明》，
http://www.lawtw.com/article.php?template=article_content&area=free_browse&pare

nt_path=,1,2169,1481,&job_id=155821&article_category_id=2145&article_id=8427
5

陳雪華、洪維屏，數位資訊資源長久保存之探討，
http://tech2.npm.gov.tw/faimp/speakers/may4-e1_ch.pdf（最後瀏覽日期：2011年6月10日）

《辜仲諒要求禁扁公開偵訊光碟台法院竟稱無能為力》，
<http://tw.people.com.cn/BIG5/14812/14875/8973309.html>（最後瀏覽日期：2011年5月30日）

《鄭文龍不懲戒處分 法務部：深表遺憾？》，
http://www.cdnews.com.tw/cdnews_site/docDetail.jsp?coluid=107&docid=100597636

檔案入庫保管及設施建置，http://e-archivist.archives.gov.tw/ch/images/100_8.doc
（最後瀏覽日期：2011年6月10日）

檢察官赴德國考察報告，行政院所屬各機關因公出國人員出國報告書，民國99年12月，頁12。
210.241.21.164/OpenFront/report_download.jsp?sysId=C09903648...

《斷章取義 豈能輕輕放下》，聯合報冷眼集，2007年7月24日，
http://www.cdnews.com.tw/cdnews_site/docDetail.jsp?coluid=141&docid=100122290

貳、英文文獻

一、專書

Spencer/Flin, THE EVIDENCE OF CHILDREN –The Law and the Psychology, London: Blackstone press, 1990.

二、博碩士論文

Debbie Cooper, SPECIAL MEASURES FOR CHILD WITNESSES: A SOCIO-LEGAL STUDY OF CRIMINAL PROCEDURE REFORM, University of Nottingham (the degree of Doctor of Philosophy) , July 2010.

三、期刊文章

Brian Ward, Children's evidence, Solicitors Journal 1992, 644.

Case&Comment, Crim.L.R.2001, June, 473-478.

Case&Comment, Crim.L.R.2003, April, 274-276.

Case&Comment, Crim.L.R.2005, June, 497-500.

D.J. Birch, (4)Children's Evidence, Crim.L.R.1992, April, 262.

Di Birch, Criminal Justice Act 2003 (4)Hearsay: Same Old Story, Same Old Song?, Crim.L.R.2004, July, 556.

Glenn F. Lang, TO SEE OR NOT TO SEE THE DEFENDANT: EXPANDING THE USE OF FLORIDA'S SPECIAL PROCEDURES FOR TAKING THE TESTIMONY OF WITNESSES, 18 Fla. St. U.L. Rev. 321 (1991) .

Judy Cashmore, The Use of Video Technology for Child Witnesses, Monash University Law Review, Vol. 16, No. 2 (1990)

Jean Montoya, SOMETHING NOT SO FUNNY HAPPENED ON THE WAY TO CONVICTION: THE PRETRIAL INTERROGATION OF CHILD WITNESSES, 35 Ariz. L. Rev. 927 (1993) .

Jenny McEwan, In the Box or on the Box? The Pigot Report and Child Witness, Crim. L.R. 1990, June, 363.

J.C. Wilson/G.M. Davies, AN EVALUATION OF THE USE OF VIDEOTAPED EVIDENCE FOR JUVENILE WITNESSES IN CRIMINAL COURTS IN ENGLAND AND WALES, EUROPEAN JOURNAL ON CRIMINAL POLICY AND RESEARCH 1999. Vol. 7, Iss. 1.

J. Spencer, Reformer's Despair, New Law Journal 1991, 787.

Jordan S. Gruber, Videotape Evidence, 44 Am. Jur. Trials. 171.

KEE MacFARLANE, Diagnostic Evaluations and the Use of Videotapes in Child Sexual Abuse Cases, 40 U. Miami L. Rev. 135 (1985) .

Laura C.H. Hoyano, Variations on a Theme by Pigot: Special Measures Directions for Child Witness, Crim. L.R. 2000, April, 250.

Paula E./Samuel M. Hill, Videotaping Children's Testimony: An Empirical View, 85 Mich. L. Rev. 809 (1982) .

PRUDENCE BEIDLER CARR, PLAYING BY ALL THE RULES: HOW TO DEFINE AND PROVIDE A "PRIOR OPPORTUNITY FOR CROSS-EXAMINATION" IN CHILD SEXUAL ABUSE CASES AFTER CRAWFORD V. WASHINGTON, 97 J. Crim. L. & Criminology 631 (2007) .

Scott M. Smith, J.D., Validity, construction, and application of child victims' and child witnesses' rights statute (18 U.S.C.A. § 3509), 121 A.L.R. Fed. 631.

四、網路資源

U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, Officer for Victims of Crime, New Directions from the Field: Victims Rights and Services for the 21st Century, Chapter 17: Child Victims, Section 5: New Directions for Child Victims, Washington, D.C., 2000, p. 388. http://www.ncjrs.gov/ovc_archives/directions/pdf/txt/chap17.pdf

Law Commission Report No. 245, Evidence in Criminal Proceedings: Hearsay and Related Topics, Cm. 3670 (1997), Appendix A, www.lawcom.gov.uk/docs/lc245.pdf

Research Findings No. 100, <http://rds.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs/r100.pdf> Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings, p. 2, <http://www.hertsdirect.org/docs/pdf/connected/group10/666pt38.pdf>

Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings : Guidance on Interviewing Victims and Witnesses, and Using Special Measures) , <http://anitp.mai.gov.ro/ro/docs/metodologii/Achieving%20Best%20Evidence%20a%20Guide%20for%20interviewing%20victims.pdf>

Guidelines for Barristers on Commenting to the Media on Cases,
<http://www.barstandardsboard.org.uk/search/?query=media&filter=&sort=relevance&col=2&startdate=0&xsl=xml&page=1>

參、德文文獻

一、專書

Beck'scher Online-Kommentar,2011.

Beulke,Strafprozessrecht,Auf.10,C.F.Müller Verlag Heidelberg,2008.

Daniela Schmoll,Videovernehmung kindlicher Opfer im Strafprozeß : Verfahrens- und verfassungsrechtliche Lösungen auf der Grundlage des Zeugenschutzgesetzes,Frankfurt am Main, Peter Lang Verlag 1999.

Eisenberg,Ulrich, Beweisrecht der StPO : Spezialkommentar, Aufl.6 ,C.H.Beck, 2008.

Hauser,Der Zeugenbeweis im Strafprozeß mit Berücksichtigung des Zivilprozesses,Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich 1974.

Karlsruher Kommentar zur StPO,Auf.6,2008, Gerd Pfeiffer(Hrsg.) .

Klaus Zacharias,Der gefährdete Zeuge im Strafverfahren,Duncker und Humblot,1997.

Kindhäuser/Neumann/Paeffgen Strafgesetzbuch,3Auf.2010.

Kissel/Mayer,Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar, 4 Auf.,Verlag C.H. Beck München 2005.

Leipziger Kommentar StGB,Band 13,12Auf.,August 2009,Verlags-GmbH,Berlin.

Lingenberg/Hummel/Zuch/Eich, Kommentar zur den Grundsätzen des anwaltlichen Standesrechts,2Auf.,Verlag Dr. Otto Schmidt KG Köln,1988.

Löwe Rosenberg Kommentar,BAND 2,26Auf.,2008.

Maik Scheumer,Videovernehmung kindlicher Zeugen Zur Praxis des Zeugenschutzgesetzes,Göttinger Studien zu den Kriminalwissenschaften Band 2,2007.

Meyer-Goßner,Strafprozessordnung,53Auf.,Verlag C.H. Beck,2010.

Münchener Kommentar zum StGB,1 Auf.,2006.

Pieroth/Schlink,Grundrecht,Staatsrecht II, Auf. 19,C.F. Müller, c2003.

Roxin,Strafverfahrensrecht,Verlag C.H.Beck, 1998.

Sabina Swoboda,Videotechnik im Strafverfahren,Duncker und Humblot,2002.

Schönke/Schröder/Lenckner/Perron, Strafgesetzbuch,28 Auf.,2010.

Stephanie Jost, Kind- und jugendliche Opfer sexuellen Missbrauchs als Zeugen im Strafverfahren Überlegungen zur Rechtsstellung junger Opferzeugen im Strafprozess, 2006.

Wolfgang Hatung, Anwaltliche Berufsordnung,3 Auf.,Verlag C.H. Beck,2006.

二、期刊文章

Rieß, Zeugenschutz bei Vernehmungen im Strafverfahren Das neue Zeugenschutzgesetz vom 30.4.1998, NJW 1998 Heft 44, S.3240-3243.

2.Opferrechtsreformgesetz vom Bundestag beschlossen,NJW –Spezial 2009 Heft15,S.490.

