

國立政治大學法學院碩士在職專班

指導教授：何賴傑 教授

「金融犯罪之刑事證據法則-以金融監理機構角色為例」

The criminal evidence rule of financial crime-the case of financial supervisory organization



研究生：郭榕璇 撰  
中華民國 105 年 1 月

## 謝 辭

取得這個學位的過程無疑是辛苦的，在 101 年我於接受警官訓練時跌倒，跌倒後腦部積血，接受腦部手術，從醫生宣告可能變成植物人的最壞情況甦醒，甦醒後的前二個月認知功能喪失，每天大鬧醫院，連家人都覺得下半輩子我會在安養院度過。認知功能回復後更不好受，我面對半身癱瘓的自己，左手左腳不能動也不走，連我都懷疑自己是否有活下去的勇氣。

也許是天生樂觀個性救了自己，我告訴自己不要想未來也不要想工作，專注於現在，上帝會給我最好的安排。於是，我開始復健，復健過程是非常辛苦的，身體不僅會疼痛，周遭病友的哭喊與醫院的灰色氛圍，更容易讓人意志消沉。復健從練習自己翻身開始，接著學爬、學跪及學站，好幾個月我都是坐著輪椅，接著左手能拿東西，而扶著欄杆跨出第一步的那一天，我高興的傳簡訊給家人，沒想到能走路是這麼蒙主恩的事情。

復健的進步十分緩慢，可以走路後，拿掉輔具是一關，健康時覺得很普通的上下樓梯及手扶梯，都要花很久的時間適應，這樣總共在醫院住了一年。當時，詢問復健師我們這種人要如何重返社會，復健師說從自己買東西開始。一瞬間，我領悟到我從健康且外人認為前途光明的警官，變成一位身障人士，甚至是否能重返社會都是一個未知的可能性。

後來，我告訴自己，雖然我身體復原速度很快，而且我也會繼續復健，但我必須先接受自己是一個身障人士，我已經回不到過去健康的自己，只能在這樣的基礎上努力。十分幸運，我重新回到投信投顧公會繼續上班。在老公的鼓勵下，雖然許多人不看好，但我選擇不放棄政大法碩在職專班的學位，在指導老師何賴傑教授殷殷的指導，及口試委員楊雲驊教授及李榮耕教授的指正下，終於在今年 1 月 20 日論文口試通過。

在這段歷程中，要感謝的人很多，首先是我在長庚醫院的醫生、復建師、兩位看護賴阿姨及陳阿姨，沒有您們在我人生最灰暗的時段鼓勵及陪伴，我沒辦法走過這一段。李宗勳老師、陳新安學長及好友小 O、龍一、小郭、郭致宏、黃淑莉、雅寧、景琦、鴨子、建彥、佩芳、淑娟、文鎮、程凱、怡齡、秀娟··，以及警大師長同學、登山社朋友、金融業的長官及同事和其他在我住院期間探望與鼓勵我的朋友們，我今生難忘，是您們的鼓勵讓我重展笑容，不怕挫折。

可以重新回到投信投顧公會上班，特別感謝黃秘書長、雪慧組長與金融業長官與朋友的支持，金融業的溫暖與信任，讓我可以重新回到職場工作，對於一個身障人士而言，這是極大的鼓勵，也因為回到公會上班，我開始規劃自己未來的事業生活，也才開始進行論文寫作。在此，十分感謝業務組同仁亞蓁、梓賢、駿逸、郁珊、宜靜、采蓉等人幫忙，使我在工作上無後顧之憂，安心準備論文；而在準備論文中，蕭棋云律師與陳立怡律師給我法律專業的建議，使我在法律專業上更進一步，而口試前的焦慮，幫忙影印的劉先生更是安撫我的大救星。

家人與老公的一路支持，是我最大的靠山，能嫁給我的老公是今生最大的福分。在我送到加護病房的那一刻，父親與老公痛哭、姊姊昏倒、母親和哥哥到處奔走，您們的傷心我一直記得，以後我再也不會讓您們擔心受怕；而在住院這段時間，我認識了上帝，這是我心靈最大的支持，每當我喪失自信，就會謹記詩篇 23:4「我雖然行過死蔭的幽谷，也不怕遭害，因為你與我同在，你的杖、你的竿都安慰我。」。經過人生這段歷程，我深信上帝一直保守我，我想人生的下一步就是將自己的所學回饋上帝、榮耀上帝。Amen!!

## 摘 要

本論文說明金融檢查與調查之法律依據，特別是依照金融監督管理委員會組織法第5條，金融監督管理委員會得辦理金融檢查，且擁有準調查權。本論文分析金融監理機關於刑事訴訟之角色與現況，分別就金檢報告與調查結果作為犯罪證據、臺灣證券交易所股份有限公司與財團法人中華民國證券櫃檯買賣中心之交易分析意見書作為犯罪證據；金融監理機關人員為一般證人及金融監理機關就一般業務資料、法規及作業方式疑義函覆等類型，蒐集司法判決實務資料。

本論文說明不自證己罪原則的適用範圍，應視類型提前至金融檢查程序的取證時點，對於人民權益的保障方屬適當，故為保障當事人程序權，可比照期貨交易法第99條第2項之立法，當人民被主管機關要求親自說明時，得選任律師、會計師或其他依法得為辯護之人到場，以落實程序正義。

本論文亦討論專家證人，在我國司法實務，目前並未明確禁止專家證人，但實務判決認為我國鑑定人即等於專家證人，故並無引進之必要。然而，目前鑑定制度並未同意由當事人私請鑑定，且鑑定人之品質仍有落差，因此專家證人之概念仍有引進之必要，由於金融案件的專業性，可比照性侵害犯罪防治法第16條之1明確立法，引進專家證人制度。

本論文認為於我國司法實務可以採納美國法上驗真法則之標準，先由檢察官與自訴代理人證明證據係真實；再引進最佳證據法則，要求當事人就物證或書證提出原本，而非一味採納金融監理機關所作成之報告或書函資料，而應盡可能調取報告或書函作成之依據及原始資料內容，以落實直接審理原則，並透過證據的提出，使被告及其辯護人可以對之詰問。

我國可參考德國「不得拒絕行政程序之陳述，但禁止運用於刑事追訴」之立法方式，其所得之證據原則上僅限於原行政目的使用，若需運用於刑事程序上之證據，可以參採英國立法例需由當事人或其代表提出方得於刑事庭使用，以確保人民不自證己罪權利之保障。

## 論文目錄

第一章 緒論	4
第一節 研究動機、問題意識及題目說明	4
第二節 研究範圍、論文主要章節架構及研究方法	5
第三節 對於金融犯罪調查與處理之現行機制	6
第四節 英國、日本、韓國及美國之金融檢查及調查程序簡介	8
第二章 金融監理機關於刑事訴訟之角色及現況-以證券業為例	12
第一節 金融行政檢查及調查之類型及發動條件	12
第一目 金融檢查及調查之法源依據	12
第二目 金融檢查及調查之類型及實務現況-以證券業為例	14
第三目 金融檢查及調查之強制性和準調查權	17
第二節 金融行政檢查與調查結果於金融刑事案件之運用類型	21
第一目 金檢報告與調查結果作為犯罪證據	21
第二目 證交所與櫃買中心交易分析意見書作為犯罪證據	24
第三節 金融監理機關函覆與陳述於金融刑事案件之運用類型	27
第一目 金融監理機關人員為一般證人	27
第二目 金融監理機關就一般業務資料、法規及作業方式疑義函覆	28
第四節 小節	30
第三章 金融行政檢查及調查程序與不自證己罪原則之調和	32
第一節 不自證己罪原則於我國法之概念	32
第一目 不自證己罪原則適用主體	32
第二目 不自證己罪原則之適用	34
第二節 不自證己罪原則在「非刑事法」領域之發展-以德國法及歐洲人權 法院判決為例	37
第一目 不自證己罪原則在「非刑事法」領域之發展-以德國破產法變革 為例	37
第二目 不自證己罪原則於德國的兩種立法方式	40
第三目 不自證己罪原則在「非刑事法」領域之發展-以歐洲人權法院判 決為例	42
第三節 不自證己罪原則在我國「非刑事法」領域之發展	45
第一目 不自證己罪原則在我國「非刑事法」領域之現況	45
第二目 金融行政檢查及調查與不自證己罪原則之緊張關係	46
第四節 小結	47
第四章 證據能力與證據方法-以金融監理機關角色為例	49
第一節 證據能力與證據方法之概念	49

第二節 我國傳聞法則之基本規定與例外	49
第一目 我國傳聞法則之意義	49
第二目 我國傳聞法則之例外規定	56
第三目 證交所與櫃買中心查核及監視報告之性質	61
第四目 小結	65
第三節 金融監理機關人員為專家證人-以美國證據法為例	65
第一目 美國專家證人之選任及其資格	65
第二目 專家證人概念於我國實務之現況	67
第三目 鑑定人、鑑定證人或專家證人之異同	69
第四目 小結	70
第四節 金融監理機關陳述為專家證言或意見證據	71
第一目 專家證言與意見證據之定義	71
第二目 適於專家證言之主題及詰問方式	72
第五節 小結	74
第五章 證據調查程序之運用-以金融監理機關角色為例	77
第一節 我國證據調查程序之共通原則	77
第一目 各個證據方法之共通原則	77
第二目 刑事證據法則於數位資料之適用及實務發展	80
第三目 金融監理機關金融檢查及調查報告具有多重證據方法的性質	87
第二節 鑑定報告之證據調查程序	89
第一目 鑑定報告與傳聞法則之衝突	89
第二目 評析我國概括選任鑑定制度及私請鑑定制度之發展可能	91
第三目 鑑定意見與專家證言之異同	95
第四目 小結	96
第三節 物證及書證之證據調查程序-以美國證據法為例	96
第一目 我國物證及書證之調查程序	96
第二目 美國聯邦證據法下物證之驗真法則及最佳證據法則	98
第四節 小結	102
第六章 結論與修法建議	104
※參考法規	107
※參考文獻	122



# 第一章 緒論

## 第一節 研究動機、問題意識及題目說明

金融犯罪與其它種類犯罪之樣態有所不同，金融犯罪有六大特性如下：(一)卷證資料的浩繁；(二)法律規範的不明確；(三)結構性、智力性與財產上的職業犯罪；(四)案件的高度社會矚目；(五)偵審人員專業能力不足；(六)公正專業鑑識機制有待建立。尤其是金融犯罪的特性中，法律規範的不明確與公正專業鑑識機制有待建立，這兩點對於刑事審判中證據法則運用的影響<sup>1</sup>。

金融領域有許多授權由行政機關補充之命令，實務上有許多主管機關之「指示」，根本上存在著定位不明的爭議，最有名的是讓許多證券公司負責人纏訟的結構債事件，到底是否存在主管機關「口頭的」行政指導或公司個別行為<sup>2</sup>，不僅影響行政實體法的認定，更直接影響刑事判決結果。

目前金融監理機關的檢查或調查十分重要，金融監理機關的檢查或調查結果往往是刑事檢察機關介入的觸媒；而訴訟進行中，由於金融領域法律規範的不明確性、公正專業鑑識機制不足及司法人員並不擅長金融領域實務及相關法規，故法院於審判進行中經常使用金融監理機關書面文件或要求出庭作證，而這些書面文件或證言則對裁判結果具有莫大的影響力。金融監理機關的金融檢查或調查報告，或法庭上的陳述及書函，在法院審判中具有重要地位，然並無標準處理共識，其於刑事證據法相關證據法則之定位，即是本論文之研究動機與問題意識。

本論文涉及刑事證據法則中，金融監理機關之角色與定位，將會說明不自證己罪原則於我國法之概念，以及不自證己罪原則在「非刑事法」領域之發展，以期探討不自證己罪原則於金融行政檢查或調查適用之可能。再者，本論文將說明傳聞法則及其例外規定；而台灣證券交易所股份有限公司（以下簡稱證交所）與財團法人中華民國證券櫃檯買賣中心（以下簡稱櫃買中心）的查核報告、監視報告及股票交易分析意見書是否為傳聞法則例外規定的特信性文書，其實務與學說之相關爭議。

專家證人之概念已出現於我國裁判實務，故以美國證據法之概念探討金融監理機關可否視之為專家證人。就證據調查程序部分，將說明目前鑑定報告之調查程序，其與傳聞法則之規範，有關實務與學說之爭議。又，本論文將以美國最佳證據法則及驗真法則，來探討我國書證及物證之調查程序，特別是金融

<sup>1</sup> 林孟皇，金融犯罪與刑事審判，元照出版有限公司，2011年9月，頁66-81。

<sup>2</sup> 根據2014年07月11日中時電子報的報導，該報導專訪當時金管會副主委，也是10年前金管會處理結構債風暴的重要見證人呂東英。呂東英坦言，當時金管會對結構債問題的處理方式，係透過中華民國證券投資信託暨顧問商業同業公會來「強力行政指導」，使投信業者不得不接受的作法，的確不符合行政程序，也成為之後引發司法訴訟爭議的最重要源頭，元大證券等諸多券商也因此成為犧牲品。

檢查或調查之報告是金融監理機關查核之結果，若法院逕自採用，而不調查真正的原本資料，是否會有所不當。

## 第二節 研究範圍、論文主要章節架構及研究方法

本論文除了相關文獻及重要判決蒐集，並特別聚焦整理國內資本市場之金融刑事判決中金融監督管理委員會（以下簡稱金管會）、證交所、櫃買中心或其他自律機構（例如：金融同業公會）於刑事訴訟中陳述或書函，或提供物證/書證（包含金融檢查及調查的報告）等，於法院實務判決之處理現況，並與本論文所提之相關證據法則，進行分析研究。

本論文共分六章，第一章第一節部分說明論文研究動機、問題意識及題目說明，第二節部分說明研究範圍、論文主要章節架構及研究方法；第三節說明現行對於金融犯罪之調查與處理之機制及第四節說明英國、日本、韓國及美國之國外制度。第二章主要以證券業為例，說明金融監理機關於刑事訴訟之角色及現況。第一節部分，將說明金融行政檢查及調查之類型及發動條件，並說明金融檢查之法源依據及其類型，且由於金融檢查具有強制性，亦會併同第三章不自證己罪原則加以討論。此外，亦會說明金融監理機關之準調查權。第二節部份金融行政檢查與調查結果於我國金融刑事案件之運用類型，經檢視實務判決運用類型，有實務判決將金檢報告作為犯罪證據，亦將證交所或櫃買中心之交易分析意見書作為犯罪證據。第三節部份說明金融監理機關書函與陳述於我國金融刑事案件之運用類型，部份實務判決將金融監理機關之人員傳喚為證人而視為一般證人，就書函部份有一般業務資料及個案處理之書函，惟此種方式有法官一律採納其書函，並未傳訊為證人後詰問；亦有法官傳訊金融監理機關之承辦人員為證人。

第三章則是探討金融行政檢查及調查程序與不自證己罪原則之關係，第一節部分是說明不自證己罪原則於我國法之概念，包括適用主體為被告及證人。在美國法的傳統下，不自證己罪原則上僅適用於供述證據，然若依歐洲人權公約第 6 條第 1 項，不自證己罪原則屬於公平審判的核心保障範圍，因此涵攝範圍應及於物證，更能保護被告及證人之權益。我國亦有學者提出此項論點，不自證己罪原則之適用將是本節重點。

第二節部分係透過文獻蒐集說明德國法破產法變革，目前德國立法在非刑事法領域有兩種立法方式，第一種是有受刑事追訴之虞者，得拒絕陳述；第二種是不得拒絕陳述，但禁止使用於刑事訴訟。就歐洲人權法院判決部分，本論文將介紹 Funke 案、John Murray 案、Saunders 案及 Allan 案等相關判決，前述判決之分析將說明歐陸不自證己罪原則延伸至非刑事訴訟程序之發展及範圍。第三節部分則是探討不自證己罪原則在我國「非刑事法」領域之發展，本論文將說明我國之現況，並就金融行政檢查及調查之進行與說明不自證己罪原則之運用。

第四章第一節說明證據能力與證據方法之概念，第二節探討我國傳聞法則之基本規定，並以美國證據法則為例，而與我國立法例比較分析，以檢討我國立法與實務之缺失。證交所與櫃買中心的查核與監視報告是否為傳聞法則例外規定的特信性文書，其實務與學說之爭議亦是本節重點。第三節部分探討金融監理機關之人員可否視之為專家證人，專家證人之概念已出現於我國裁判實務。本節將介紹美國證據法對於專家證人選任之規定，亦比較我國鑑定人、鑑定證人與專家證人之制度有何不同。第四節則是探討專家證言及意見證據，在我國立法例，一般證人只能就其感官所能感知的事務作證，惟一定條件下亦得提供意見證據。專家證人基於專業技術及知識提供專家證言，本論文並以美國立法例說明適於專家證言之主題及建議之詰問方式。

第五章探討證據調查程序，第一節先說明我國證據調查程序之共通原則及各個證據方法之特別程序，本論文認為金融監理機關金融檢查及調查或書函，依個案具有物證及書證之性質。又，金融檢查及調查由於涉及大量資料比較與核對，常會使用電腦稽核之方式進行，故本節將會刑事證據法則於數位資料之適用。第二節將討論鑑定報告之調查程序，包括鑑定報告與傳聞法則適用之學說及實務爭議，以及評析我國概括選任鑑定制度，及私請鑑定制度有無發展之可能，最後並說明鑑定意見與專家證言之異同。第三節係說明物證及書證之調查程序，由於我國刑事訴訟法並未對物證及書證真實性部分未有任何規範，因此本論文將說明美國「最佳證據法則」及「驗真法則」。

第六章為結論，將彙整前述章節之討論，本論文認為可以參考期貨交易法第99條第2項之立法，當人民被主管機關要求親自說明時，得選任律師、會計師或其他依法得為辯護之人到場，以落實程序正義；參考性侵害犯罪防治法第16條之1明確立法，引進專家證人。又，可參考美國驗真法則及最佳證據法則及明確訂立金融監理機關之檢查權與調查權之法律依據。最重要在於金融檢查或調查具有強制性，因此得視類型適度受不自證己罪原則之保護，但金融事務複雜需當事人配合，故相對人於行政程序上仍需配合陳述，應參考德國「不得拒絕行政程序之陳述，但禁止運用於刑事追訴」之立法方式，其所得之證據原則上僅限於原行政目的使用，若需運用於刑事程序上之證據，可以參採英國立法例需由當事人或其代表提出方得於刑事庭使用，以確保人民不自證己罪權利之保障。

### 第三節 對於金融犯罪調查與處理之現行機制

為加強偵辦金融、經濟犯罪，我國在幾個面向上均針對金融犯罪強化處理，說明如下<sup>3</sup>：

<sup>3</sup> 最高法院檢查署資料 <http://www.tps.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=23600&ctNode=13480&mp=002>。

## 一、設立特定組織

法務部調查局成立「經濟犯罪防制執行會報」，召集各相關單位，策劃、督導各機關辦理經濟犯罪之防制，並同時成立「經濟犯罪防制中心」。調查局與內政部、外交部、財政部共同組成「追緝外逃經濟犯罪協調小組」專責緝捕外逃經濟罪犯回國投案，接受法律制裁。法務部所屬臺灣高等法院檢察署設置「偵查經濟犯罪中心」及「金融犯罪查緝督導小組」，並同時在各地方法院檢察署成立「經濟犯罪偵辦小組」。金融犯罪查緝督導小組，對所屬各級檢察署承辦之重大經濟犯罪案件，予以個案督導並列管。

## 二、加強司法人員財經專業訓練及其他措施

(一) 定期舉辦檢察官偵查經濟犯罪實務研究會及加強司法官職前訓練之財經課程。

(二) 發揮法務部調查局「經濟犯罪防制執行會報」功能。

(三) 強化臺灣高等法院檢察署「偵查經濟犯罪中心」之組織、職掌與功能。

(四) 拓展國際合作，共同打擊經濟犯罪：

鑒於經濟、金融活動已國際化、自由化，經濟犯罪也由單純的國內行為演變成複雜的跨國行為，為有效打擊跨國性經濟犯罪，法務部所屬各級檢察署及調查局積極加強國際合作打擊犯罪工作，諸如罪犯資料的提供，預警情報的通報、跨國犯罪案件的偵查、罪犯的遞解、偵查技術的交流、專業技能的交換、人員互訪及舉辦或參加國際經濟犯罪研討會等。我國與美國於民國 91 年間簽署「美國台北經濟文化代表處與美國在台協會間之刑事司法互助協定」。最為重要的當屬於 98 年 04 月 26 日所簽署「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」。

(五) 加強與司法院協調聯繫，以期達到專庭審理、速審速決及從重量刑等目標：

法務部與司法院協調後，司法院業已修正「法院辦理重大刑事案件速審速結注意事項」<sup>4</sup>，明定金融犯罪案件經第一審法院院長核定為重大刑事案件者，第二審法院亦列為重大案件，第一審及第二審法院應設立專庭或指定專人辦理該案件，並聯繫最高法院將該案件列為最優先分案。

此外，司法院有感於金融專業知識的龐雜與不足，特別於民國 94 年成立「法院審理重大金融犯罪案件諮詢小組」，為加強該小組之專業諮詢功能，特別商請金管會推薦金融領域之專家，延聘為小組委員，並由刑事廳廳長擔任召集人，統籌小組之運作。金管會推薦之委員共十二人，分別具備金融、會計等相關學能，富有外匯、投資、存款、放款、授信、票券、證券、債券、內部控制、內部管理、衍生性商品、投資顧問等業務專長，並長期投注於金融檢查、稽核等實務工作。該小組將於必要時，不定期召開會議，並視各法院辦案提出之需求，機動指派適當委員前往法院，依法官指示從事諮詢及其他相關事項，以協助法官處理比對帳冊、解讀報表、查核資金流向等事務，以助於妥速審結重大金融犯罪案件。又，依「加強金融犯罪偵查防範作業注意事項」，為提高金融犯罪的

<sup>4</sup> 參考附錄相關法規。

偵查與辦案實效，建立「駐會檢察官機制」，協調法務部指派檢察官與檢察事務官進駐金管會，以結合金融與司法的專業。而駐會檢察官亦有發揮實質功能，金管會轄下各單位一旦發現任何不法情事，皆會於駐會檢察官定期通報。

除了前述機制外，法院審理金融刑事案件，金融監理機關檢查、調查或證交所及櫃買中心的交易監視等，更是法院發現犯罪及援引證據資料的來源與重點。金融監理機關發動金融業務檢查或調查，發現有異狀後通報檢調偵辦。目前證交所與櫃買中心各設有「市場監視部」與「交易部監視組」，專門監視股市交易狀況，於交易時間結束後，證交所與櫃買中心針對每日市場交易狀況查核比對分析，發現有可疑違法情事，即製作交易分析意見書予金融監督管理委員會證券期貨局（以下簡稱證期局）相關審議小組，若審定認定有違法情事時送司法機關偵辦，並依據「台灣證券交易所股份有限公司公布或通知注意交易資訊暨處置作業要點」與「財團法人中華民國證券櫃檯買賣中心櫃檯買賣公布或通知注意交易資訊暨處置作業要點」，將相關異常事件公布。

此外，依法院組織法規定，法院必要時得設專業法院。另依司法院所訂頒法院辦理重大刑事案件速審速結注意事項第 2 點第 1 項第 20 款規定<sup>5</sup>，違反銀行法、證券交易法、期貨交易法、洗錢防制法、信託業法、金融控股公司法、票券金融管理法、信用合作社法、保險法、農業金融法等案件，為重大刑事案件，依該要點規定，得指定專庭或專人辦理。為協助法官及早釐清案情，引進財稅金融專業人才，輔助法官審理專業案件，以期在重大金融犯罪案件審理上提供法官必要的協助，提升裁判品質，獲取人民對司法的信賴。司法院已於 104 年 2 月成立「推動設置商事法院小組」，積極籌劃設置商事法院，如同美國德拉瓦州商事專業法院，以增進法院判決的一致性、判決可預測性及判決效率。

#### 第四節 英國、日本、韓國及美國之金融檢查及調查程序簡介

為因應金融案件的特殊性，先進國家會特別於專法制訂金融檢查與金融犯罪的調查，以下簡介英國金融服務與市場法、日本金融商品交易法及韓國金融投資服務暨資本市場整合法如下：

##### 1. 英國金融服務與市場法 (Financial Service and Markets 2000)

英國政府為維護金融市場秩序，於 2000 年「金融服務與市場法」授權賦予金融監管局(Financial Services Authority, FSA)調查執行之權，以利於金融監理之有效執行。而英國「金融服務與市場法」第八篇第十一章第 165 條至第 177 條，則是有關金融監管局調查權之行使與程序，重點摘錄如下<sup>6</sup>：

<sup>5</sup> 參考附錄相關法規。

<sup>6</sup> 英國金融服務與市場法 (Financial Service and Markets 2000) 中譯本，2009 年。黃淑君譯，英國金融監管局調查權行使之要件與程序，國際金融參考資料 第 47 期，2002 年 5 月，頁 240-253。

- a. 第 165 條(Authority' s power to require information : authorised persons etc. ):金融監管局得以書面通知要求核准經營金融之機構(authorized person)提供各種資料,除金融機構外,與金融機構有利害關係者、依金融服務與市場法第 270 條或第 272 條之作業人員、受託人或保管人及依法設立之證券交易所或票據交換所,皆須依金融監管局之要求提供資料。
- b. 第 167 條及第 168 條、第 170 條至第 173 條:金融監管局或相關主管機關得指派專業人員代表機關對一般事項或特別事項進行調查及調查的執行程序。
- c. 第 174 條:依據資料要求事項,得請求核發搜索票給調查人員作為調查程序出示證明之用。除當事人或其代表人自行引用調查程序所取得之證據外,原則上調查機關取得之陳述,檢察機關不得引用為證據且亦不得提問。
- d. 第 176 條:符合本條情況下,調查人員得請求法院治安法官(justice of the peace)核發可進入處所之搜索票。
- e. 第 177 條:金融機構拒絕配合調查之有期徒刑、罰金及處分規定,甚至得視為藐視法庭。

## 2. 日本金融商品交易法:

有關日本證券業所涉之檢查及調查類型有下<sup>7</sup>:

(一) 證券檢查:基本上係一種行政檢查權,主要是為公益或投資人保護,命令公司提出有關營運或資產狀況的相關資料,或派員赴公司檢查帳簿文件等資訊。

(二) 交易審查:未直接與市場參與者接觸,而係就有價證券買賣交易等報告及資料,予以審查分析,其審查結果,若發現特定問題,則派員實施實地檢查,以查明問題。

(三) 犯則事件調查:為保護被調查者之權益,舊日本證券交易及舊金融期貨交易法詳細規定犯則事件調查之程序及方法。

目前日本金融商品交易法,於第九章犯罪事件之調查,具有完整調查程序及方法,日本金融商品交易法於第九章,規範犯則事件即犯罪事件之調查,基本上該章賦予證券交易等監視委員會(以下簡稱委員會)於調查犯則事件必要時,依第 211 條得持委員會所在地之管轄地方法院或簡易法院之法官事先核發之搜索票,為臨檢、搜索、扣押或查封,重點摘錄如下<sup>8</sup>:

- a. 第 211 條之 1:在持有搜索票下,委員會人員得扣押犯罪嫌疑者所發出之書面及電子郵件。
- b. 第 217 條:委員會人員臨檢、搜索或查封住所或營業處所,應有所有者或管理者(含上述之代表者、代理人)或雇員或同居成年親屬在場,以保障當事人之在場權。

<sup>7</sup> 林國全,自日本 1992 年設置證券交易等監視委員會論證券主管機關之調查檢查權限,政大法學評論第 54 期,1995 年 12 月,頁 271-326。

<sup>8</sup> 日本金融商品交易法(中譯本),中華民國證券商業同業公會,2008 年 9 月 30 日。

- c. 第 219 條至第 222 條：委員會人員執行臨檢、搜索、扣押或查封之程序。
- d. 第 223 條：委員會人員調查完畢後應向委員會報告調查結果。
- e. 第 226 條：委員會人員就犯則事件調查已產生心證時，應告發之。有扣押或查封物件，應交付扣押或查封目錄。扣押或查封物件依第 221 條規定保管者，應交付保管證。當依規定交付扣押或查封物件時，視為依日本刑事訴訟法第 131 條扣押或查封。

### 3. 韓國金融投資服務暨資本市場整合法：

韓國金融投資服務暨資本市場整合法對金融投資業之監督、檢查與調查主要規範於第八篇，簡單說明如下<sup>9</sup>：

- a. 第二章第 419 條：詳細規範金融監督院<sup>10</sup>得就金融投資業者之業務及財務狀況進行檢查，於進行檢查時得要求金融投資業者提出資料、報告及陳述。
- b. 第二章第 423 條：當執行第 420 條第 1 項及第 421 條第 1 項之金融投資業之核可與登錄撤銷與依第 422 條規定將負責人及從業人員免職或解任時，應辦理聽證程序。
- c. 第三章第 426 條：明確訂定金融監督委員會認為有違反金融投資服務暨資本市場整合法規定之命令或處分之事項，並得下令關係人提供報告或資料，以及請求金融監督院調查帳冊、文件及其他物件。金融監督委員會亦得要求關係人就所調查之事項提交陳述書、為有關調查事項之證言，就關係人提出之文件必要時得進行保管，必要時亦得進入關係人之營業處所進行業務、帳冊及文件等調查。此外，提供資料之機構除該金融投資業外，其相關機構或交易所，亦有提交資料之義務。
- d. 第三章第 427 條：對不公平交易之扣押及搜索，即金融監督委員會下設之證券期貨委員會，為調查違反第 172 條、第 174 條、第 176 條、第 178 條至第 180 條，必要時得扣押物件或搜索事業場所等。執行搜索或扣押，依檢察官之請求，應有法官核發之搜索票。

刑事訴訟法關於搜索或扣押之執行，以及扣押物交還等規定，於金融投資服務暨資本市場整合法皆準用之。公務員執行保管、搜索、扣押或質問時，應載明過程，並要求相對人簽名或蓋章；若相對人不願或無法簽名或蓋章，應載明其事由。公務員完成調查後應向證券期貨委員會報告結果。

### 4. 介紹與我國迥異的美國證管會之調查權，即刑事與民事平行調查如下<sup>11</sup>：

#### (1) 刑事與民事平行調查之必要

美國之刑事執法機關為美國司法部(Department of Justice; DOJ)，證券法令

<sup>9</sup> 韓國金融投資服務暨資本市場整合法（通稱 韓國資本市場整合法）中譯本，2009 年。

<sup>10</sup> 韓國金融監督院（Financial Supervisory Service, FSS）是綜合性金融監管機構，負責金融檢查、追蹤考核與協助韓國金融監督委員會執行金融監理。

<sup>11</sup> 陳韻如，參加美國證管會舉辦之國際證券執法與市場監視研討會報告，金融監督管理委員會證券期貨局，2014 年 2 月 10 日。

之民事執法機關為美國證管會。美國採取平行調查 (Parallel Proceedings) 制度，即 DOJ 與美國證管會兩機關之證據分享合作，以因應違反證券法令而同時涉及民事及刑事責任之行為，俾利提高調查取證過程之效率。

## (2) 民刑事調查之區別

### a. 執法機關不同

美國證管會對民事案件有管轄權，刑事案件由 DOJ 職掌。民刑事採平行調查程序(parallel investigation)，在法令許可範圍內美國證管會與 DOJ 可分享證據。

### b. 調查方法不同

刑事調查的方法包括：大陪審團成員審理採投票方式表決(grand jury)、由法院批准的搜查及扣押(court authorized search/seizures)、由法院批准的監聽(court authorized wiretaps)、暗中進行的調查(undercover operations)、自願性的合作(voluntary cooperation)等。

民事調查的方法包括：美國證管會對證券不法案件之調查，可採非正式(例如：私下訊問或約談)或正式(例如：發出傳票)或正式程序調查，簡述如下：

#### (1) 非正式調查(Informal investigation)：

調查程序通常由非正式調查(或稱初步調查)開始，此乃非公開且非正式之諮詢(informal inquiry)，完全倚賴於個人或機構之合作，自願性的提供文件、證詞等相關資訊，美國證管會之調查人員尚無權採取任何強迫性之調查措施。

非正式調查程序下之約談包括自願性面談(voluntary interview)及法院書記官的陪同下之面談。前者係由美國證管會調查人員作成紀錄(take notes)，後者係在取得證人的同意後，由法院書記官執行宣誓儀式並作成紀錄(court reporter transcribes)。

證管會將針對初步調查結果決定是否進一步採取正式調查程序，例如對於一些不願合作之個人或機構，即需證管會委員會准許後，採取正式調查，以強制取得證據。

#### (2) 正式調查(Formal investigation)：

為蒐集足夠證據，美國證管會調查人員得經委員會核准後核發調查命令，以開始正式調查程序。美國證管會之正式調查命令列舉調查人員被授權調查之項目，並賦予調查人員發出傳票(subpoenas)及執行宣誓儀式的權力，取得銀行及電話紀錄、文件或證詞；美國證管會亦得授權專業人士(律師、會計師等)代為執行美國證管會官員之調查權。

在正式調查中，當事人有權在辯護人的陪同下作證(right to counsel)或拒絕作證(right against self incrimination)。此外，若當事人(個人或機構)拒絕接受美國證管會核發之傳票，美國證管會可請求法院發出傳票。當事人如果拒絕接受法院之傳票，即構成藐視法庭(Contempt of Court)，嚴重者可能構成刑事責任。

## 第二章 金融監理機關於刑事訴訟之角色及現況-以證

### 券業<sup>12</sup>為例

#### 第一節 金融行政檢查及調查之類型及發動條件

##### 第一目 金融檢查及調查之法源依據

依據證券交易法（以下簡稱證交法）第 3 條，證券市場之主管機關為金融監督管理委員會<sup>13</sup>，依金融監督管理委員會證券期貨局組織法第 2 條<sup>14</sup>，證期局掌理公開發行公司、證券業與期貨業、外資投資國內證券與期貨市場、證券業與期貨業同業公會及相關財團法人、證券投資信託基金、有價證券信用交易等業務之監督與管理，及有關之金融機構檢查報告之處理及必要之追蹤、考核。

為執行上述職務，綜觀證交法全文，其賦予證期局下列權限：一、有價證券募集、發行、私募及買賣之管理及審查權限。二、證券商之管理與監督。三、證交所之管理。四、對證券商同業公會之指導與監督。五、集中市場之管理：有價證券之上市及買賣。六、外國公司來我國募集發行有價證券事宜<sup>15</sup>。七、違反行政管理法令者處以行政罰之權限。

值得注意的是依據證交法第 38 條，主管機關為有價證券募集或發行之核准，得命令發行人、證券承銷商或其他關係人其提出參考或報告資料，並得直接檢查其有關書表、帳冊、財務、業務狀況；又，依證交法第 38 條之 1，主管機關認為必要時，得指定會計師、律師、工程師或其他專門職業或技術人員，

<sup>12</sup> 本論文所稱之證券業依金融監督管理委員會組織法第 2 條第 3 項第 2 款定義。

<sup>13</sup> 「金融監督管理委員會組織法」於 101 年 7 月 1 日正式施行，行政院金融監督管理委員會更名為「金融監督管理委員會」，正式成為獨立單位。

<sup>14</sup> 參考附錄相關法規。

<sup>15</sup> 證交所網站 [http://www.twse.com.tw/ch/listed/alien\\_business/flow.php](http://www.twse.com.tw/ch/listed/alien_business/flow.php)

##### 1. 第一上市

(1) 指外國發行人(公司)所發行之股票未在外國證券市場掛牌交易或在海外所發行之股票下市再來台上市，且其股票經證券交易所同意上市買賣者。

(2) 限制大陸地區設立登記公司不得申請來台上市。

(3) 陸資持股超過 20% 或為主要影響力之股東，可採專案核准。

(4) 可發行證券種類：股票、債券(含普通公司債、附認股權公司債、轉換公司債)。

##### 2. 第二上市

(1) 指股票已在經核定之國外證券市場掛牌交易，並經證券交易所同意上市買賣之外國發行人(公司)，國內現行已有發行 TDR。

(2) 可發行證券種類：股票、存託憑證、公司債券(含普通公司債、附認股權公司債、轉換公司債)。

檢查發行人、證券承銷商或其他關係人之財務、業務狀況及有關書表、帳冊等。又，依證交法第 64 條，證期局保有對證券商的檢查權；及依證交法第 162 條，證期局亦保有對證交所的檢查權。

從前述證交法賦予證期局的權限來看，證期局透過兩種方式監理市場，第一種是直接查核上市上櫃公司；另一種是監督證交所或櫃買中心，而由證交所或櫃買中心查核上市上櫃公司，即所謂的間接查核機制。但若有需要證期局或金融監督管理委員會檢查局（以下簡稱金檢局）仍可自行查核上市櫃公司。

目前證期局管理證券投資信託事業，主要是依證券投資信託及顧問法（以下簡稱投信投顧法），而證期局監管證券投資信託事業、證券投資顧問事業及全權委託操作業務三大部分，該法對於經營資格、可投資交易之標的與經營業務之範圍及行政處分之項目，均有規定。此外，投信投顧法第 101<sup>16</sup>條及第 102 條<sup>17</sup>亦有類似於證交法之規定。證交法或投信投顧法，賦予主管機關隨時檢查金融機關與公開發行公司之權力，依照證交法第 178 條及投信投顧法第 113 條<sup>18</sup>，若相關機構抗拒檢查，則會產生行政罰鍰。

又，依金融監督管理委員會組織法第 5 條<sup>19</sup>第 1 項規定，金管會於必要時，得要求金融機構及其關係人與公開發行公司提示資料，或通知被檢查者到達指定辦公處所備詢。於金管會網站之說明，認為係參考稅捐稽徵法第 30 條至第 32 條及英、美、韓等國立法例而賦予金管會及其所屬機關準調查權<sup>20</sup>。金管會辦理金融檢查，必要時得依行政院金融監督管理委員會組織法第 5 條所賦予之職權，要求金融機構及其關係人與公開發行公司提示資料、通知被檢查者備詢及聲請持搜索票會同司法警察實施搜索。

目前，金檢局對金融機構所辦理之金融檢查<sup>21</sup>係分為一般檢查及專案檢查二類；以及受託檢查，即依據農業金融法第 7 條第 1 項<sup>22</sup>規定，接受行政院農業委

<sup>16</sup> 參考附錄相關法規。

<sup>17</sup> 參考附錄相關法規。

<sup>18</sup> 參考附錄相關法規。

<sup>19</sup> 參考附錄相關法規。

<sup>20</sup> 金融監督管理委員會網站

[http://www.fsc.gov.tw/ch/home.jsp?id=232&parentpath=0,6&mcustomize=faq\\_view.jsp&dataserno=9&aplistdn=ou=data,ou=chfaq,ou=chinteraction,ou=ap\\_root,o=fsc,c=tw&toolsflag=Y](http://www.fsc.gov.tw/ch/home.jsp?id=232&parentpath=0,6&mcustomize=faq_view.jsp&dataserno=9&aplistdn=ou=data,ou=chfaq,ou=chinteraction,ou=ap_root,o=fsc,c=tw&toolsflag=Y)

<sup>21</sup> 金融監督管理委員會網站，檢查業務常見問答集

[http://www.fsc.gov.tw/ch/home.jsp?id=192&parentpath=0,6&mcustomize=multisQA\\_view.jsp&dataserno=41905&aplistdn=ou=data,ou=faqs,ou=multisite,ou=chinese,ou=ap\\_root,o=fsc,c=tw&toolsflag=Y](http://www.fsc.gov.tw/ch/home.jsp?id=192&parentpath=0,6&mcustomize=multisQA_view.jsp&dataserno=41905&aplistdn=ou=data,ou=faqs,ou=multisite,ou=chinese,ou=ap_root,o=fsc,c=tw&toolsflag=Y)

<sup>22</sup> 參考附錄相關法規。

員會之委託，辦理農漁會信用部及農業金庫金融檢查。此外，中華民國證券商業同業公會依中華民國證券商業同業公會證券商辦理外國有價證券複委託買賣業務作業辦法第 40 條<sup>23</sup>，就複委託業務有業務檢查權。而中華民國證券投資信託暨顧問商業同業公會（以下簡稱投信投顧公會），依中華民國證券投資信託暨顧問商業同業公會會員自律公約第 17 條<sup>24</sup>，對其公會會員亦保有業務檢查權；故金融自律機構之檢查權，分別基於主管機關之授權或自律公會之會員公司間的自律公約約定。

## 第二目 金融檢查及調查之類型及實務現況-以證券業為例

根據前述，金檢局對金融機構辦理實地檢查亦依一般檢查及專案檢查<sup>25</sup>而有二類，其中一般檢查主要係對金融機構的財務與業務狀況、公司治理、消費者保護、內部控制及內部稽核制度運作等項目進行抽樣檢查；專案檢查則針對特定金融機構、特定業務或項目辦理檢查。檢查所發現缺失則提列檢查意見，出具檢查報告，請金融機構辦理改善，並追蹤受檢單位檢查缺失改善辦理情形，以健全金融機構經營。金檢局並提供檢查意見予證期局、銀行局及保險局等業務承辦單位，並由業務承辦單位依相關法規處分<sup>26</sup>金融機構。

金檢局配合金管會監理需求，並考量金融機構經營規模、業務性質、風險狀況與複雜程度、對金融市場影響及外部查核情形等因素，評估衡酌對金融機構檢查方式及週期；一般檢查週期原則不超過二年，但得視各業別之行業特性及財務、業務狀況酌予延長或縮短檢查週期。為因應金融市場狀況或監理需要，亦會適時對特定金融機構、特定業務或項目辦理專案檢查<sup>27</sup>。

檢查方式通常有報表稽核及實地檢查之方式，報表稽核係金融機構依主管機關指定之方式，定期或不定期編製業務及財務報表，俾使主管機關能利用相關報表，據以分析查核金融機構辦理業務有無違反法律規範或公司內部制度。實地檢查係金融監理機關為促進金融機構業務之正常發展，實地瞭解金融機構財務、業務狀況及對金融法令遵守情形，而派員至金融機構實地查核，而金管

<sup>23</sup> 參考附錄相關法規。

<sup>24</sup> 參考附錄相關法規。

<sup>25</sup> <103 年 1 月 16 中時電子報> 金管會出招 專案金檢去年增兩倍  
<104 年 4 月 2 日勞動部最新訊息> 金管會首度勞檢 查工時薪資  
從以上兩則新聞可以發現，金管會專案檢查的頻率近年來越趨頻繁，尤其最近更以專案金檢之方式進行勞動檢查最為特別，然而金管會是否具有勞動檢查權限值得探討，惟此非本論文所探討之主題，在此不再詳述。

<sup>26</sup> 根據 104 年 3 月 31 日經濟日報報導，壽險公會建請金管會將裁罰權限下放予金融同業公會，以自律方式解決金融機構缺失事項。

<sup>27</sup> 金檢局網站 <http://www.feb.gov.tw/ch/>

會亦會指示金融同業公會進行實地查核<sup>28</sup>，以了解金融事業是否有確實遵守法令。

根據金檢局網站<sup>29</sup>，金檢局會公布各年度金融檢查重點、金融檢查手冊及各業別檢查資料清單及其附表。金管會實地檢查前，受檢機構需於金檢局出發前五個營業日，依接獲之通知及檢查資料之清單，除準備檢查資料外，並應於金檢局出發前三日提供。在實地檢查期間，受檢機構必須隨時因應金檢局需要提供財務及業務資料，受檢機構必須隨時就其財務與業務之缺失進行溝通與了解，若有可能，得即時進行改善。檢查結束當日，金檢局帶隊領隊，將會確定實際檢查人數天數，並簽署金融監督管理委員會金融檢查人天確認單。

實地檢查結束後，金檢局原則上將於十個工作日內召開檢討會議以完成檢討報告，檢討會議不得錄音錄影且須保密。檢討報告的運用需依照 98 年 8 月 28 日金管檢制字第 09801643870 號函金融機構運用金管會檢查報告內容之原則及應辦理措施問答集<sup>30</sup>辦理，受檢機構必須依照金檢局所指出之缺失進行改善，金檢局會進行後續缺失的追蹤，而受檢金融機構則定時提出缺失情形報告。

金檢局就缺失事項會提交給業務單位，再交由證期局、保險局及銀行局決定該缺失事項是否需進行裁罰。轟動的盈正案<sup>31</sup>，引爆證期局在盈正案後，要求證券投資信託事業「自清」，要求清查公司之基金經理人及其配偶、未成年子女帳戶之投資情況；同時金檢局也針對 13 家代操政府基金業者，啟動專案金檢。其中元大寶來投信瞿姓經理人，利用職務上所獲知資訊，為自己或客戶以外之人從事有價證券買賣交易，並有其他違法情事。金管會除要求相關公司解除他們的職務，於 3 年內不得在證券投資信託事業任職，且金管會也函送至特偵組進行進一步調查。

除金檢報告常作為刑事偵查的移送證據外，金檢報告的內容亦是金融監理規範的檢討重點<sup>32</sup>，金檢局會定期公布年度檢查缺失，而這些檢查缺失則是公司

<sup>28</sup> 金管會除委由自律公會進行相關報表稽核，甚至會請自律公會派員充當秘密客，以查看金融事業是否有不當銷售的行為。

<sup>29</sup> 金檢局網站 <http://www.feb.gov.tw/ch/>

<sup>30</sup> 金融機構運用金管會檢查報告內容之原則及應辦理措施問答集  
<http://www.feb.gov.tw/ch/home.jsp?id=198&websiteslink=artwebsite.jsp&parentpath=0,4,155>

<sup>31</sup> 盈正弊案是在 2010 年 9 月，盈正股價異常飆漲，多家投信大量在高價買進，嚴重套牢慘賠，事後金管會發現有多位經理人涉及使用人頭戶在未上櫃前買進，上櫃後倒貨由涉案操盤人的基金承接，從中掏空巨額資金。

金管會總共懲處 13 家投信，懲處的理由是投資分析報告顯欠缺合理基礎及根據。因此處以 12~24 萬元罰鍰，其中涉案情節重大的凱基投信台灣精五門基金前經理人彭國星、ING 安泰投信前代操副總謝青良、德盛安聯投信德盛科技大壩基金前經理人陸宗賢。金管會給予投信警告處分，未改善前一年不得發行基金。

<sup>32</sup> 金檢業務資訊揭露 <http://www.feb.gov.tw/ch/home.jsp?id=5&parentpath=0>

內控管理及金管會監理發展的重點。因應盈正案，投信投顧公會新增「中華民國證券投資信託暨顧問商業同業公會證券投資信託事業經理守則」第三部份基金與全權委託帳戶管理第9條第1項第2款及第3款<sup>33</sup>。此外，因應安多利投信廢止執照處分案及配合相關金融檢查之缺失，為加強投信事業確認投資人金流之正確及落實職能分工，新增「中華民國證券投資信託暨顧問商業同業公會中華民國證券投資信託暨顧問商業同業公會證券投資信託基金募集發行銷售及其申購或買回作業程序」第17條之1<sup>34</sup>及第35條之1<sup>35</sup>。相關個案不勝枚舉，金融檢查在弊案的發現與金融監理兩方面的重要性極高，因此金融監理機關人員對於金融事業的內部運作、法規解讀及金融業務發展等各方面，事實上已具有專業性的角色。

此外，證交所依「臺灣證券交易所股份有限公司對上市公司財務業務平時及例外管理處理程序」第4條第1項<sup>36</sup>，每年與每季依一定比例選定受查公司，證交所即依此原則辦理平時管理。依前述處理程序第8條<sup>37</sup>，上市公司發生重大事件時，證交所應就該重大事件對公司經營或市場造成之影響，依前述處理程序第10條<sup>38</sup>及第11條<sup>39</sup>之規定提出檢查報告，並報請主管機關處理。上市公司若發生重大事件，依處理程序第10條，除依「臺灣證券交易所股份有限公司對有價證券上市公司重大訊息之查證暨公開處理程序」辦理查證與公開外，並就該公司所發生之重大事件進行瞭解分析，蒐集相關資料及掌握其案情，若有需要即執行實地查核。

櫃買中心亦訂有「財團法人中華民國證券櫃檯買賣中心就上櫃公司財務業務平時及例外管理處理程序」，依前述處理程序第3條第1項<sup>40</sup>，櫃買中心之查核分為平時管理（定期專案查核）及例外管理（重大事件專案查核）。依前述處理程序第4條第1項<sup>41</sup>，櫃買中心每年與每季依一定比例選定受查公司，櫃買中心即依此原則進行平時管理。又，依前述處理程序第8條<sup>42</sup>，上櫃公司發生前

<sup>33</sup> 參考附錄相關法規。

<sup>34</sup> 參考附錄相關法規。

<sup>35</sup> 參考附錄相關法規。

<sup>36</sup> 參考附錄相關法規。

<sup>37</sup> 參考附錄相關法規。

<sup>38</sup> 參考附錄相關法規。

<sup>39</sup> 參考附錄相關法規。

<sup>40</sup> 參考附錄相關法規。

<sup>41</sup> 參考附錄相關法規。

<sup>42</sup> 參考附錄相關法規。

述處理程序第 7 條<sup>43</sup>所列之重大事件時，櫃買中心除依「財團法人中華民國證券櫃檯買賣中心對有價證券上櫃公司重大訊息之查證暨公開處理程序」辦理查證與公開外，應就該公司所發生之重大事件進行瞭解分析，蒐集相關資料及掌握其案情，必要時並即填製分析報告，若有需要則進行實地查核。

此外，就上市公司方面，依臺灣證券交易所股份有限公司實施股市監視制度辦法第 3 條<sup>44</sup>、第 4 條<sup>45</sup>及第 7 條<sup>46</sup>，證交所對於各種市場異常情形，經調查追蹤，對涉及違反法令者，得逕行舉發或簽附有關調查報告報請主管機關核辦。就上櫃或興櫃股票部分，櫃檯買賣有價證券監視制度辦法第 3 條<sup>47</sup>、第 4 條<sup>48</sup>及第 7 條<sup>49</sup>亦有相同之立法。

證交所與櫃買中心監理查核所製作之分析報告及證券市場監視機制，隨時關注各上市櫃公司股票交易狀況，在公司發布重大消息或媒體報導影響公司股價消息時，會主動查核該股票價量變化情形、及是否有內部人員進行買賣行為，如發現疑涉內線不法交易情事時，亦將移送主管機關或司法機關進一步偵辦，以有效地遏止證券市場的不法行為。而訴訟進行中，經法院指示，證交所或櫃買中心會提供股票交易分析意見書，分析意見書內容有公司股票買賣的價量分析，而本論文亦會涉及交易分析意見書之性質。

### 第三目 金融檢查及調查之強制性和準調查權

國際上對於金融業之管理，主要分為兩種，第一種是金融業之設立採許可制者，主管機關必須審查業者是否具備營業能力及法定適格條件。因主管機關已審查確定業者具健全執行業務之能力，故人民已產生一定信賴，主管機關必須持續監督業者經營能力，故進行各種行政檢查，以維人民信任及確保業者品質，此種國家對金融業多半採取高度監理，例如：我國。第二種是對金融業之設立採登記制的國家，不注重事前預防性之嚴格督導，而藉由事後嚴格取締或舉發<sup>50</sup>來確保市場安全之機制，由於金融市場較為成熟，歐美先進國家多半採取

<sup>43</sup> 參考附錄相關法規。

<sup>44</sup> 參考附錄相關法規。

<sup>45</sup> 參考附錄相關法規。

<sup>46</sup> 參考附錄相關法規。

<sup>47</sup> 參考附錄相關法規。

<sup>48</sup> 參考附錄相關法規。

<sup>49</sup> 參考附錄相關法規。

<sup>50</sup> 就內部人舉發部分，美國有兩項進步之立法，一為 1989 年聯邦政府頒布吹哨者保護法 (Whistleblower Protection Act)，明定若政府機關對揭弊的公務員報復，即屬違法。二為 2002 年美國國會通過沙賓法案 (Sarbanes-Oxley Act，主因是幾個重大經濟犯罪弊案中，舉發員工都扮演關鍵性角色，為進一步鼓勵員工挺身而出維護社會正義，沙賓法案第 806 條及第

此種方式<sup>51</sup>。

基於以上之說明，我國金融業設立採註冊制，故證券市場之金融檢查係「行政檢查」，是對公司進行持續性、經常性之監督與管理，於必要時提出糾正或指導，以確保公司經營，目的是為了維繫金融市場之運作；但倘若係以舉發不法或犯罪行為目的，則為調查<sup>52</sup>。

行政檢查的概念在美國法制卻有不同的意義，參考美國法制上可區分為一般性行政檢查及商業性行政檢查<sup>53</sup>：

#### (一) 一般性行政檢查

雖然各行政法規有不同行政立法目的，但基於公行政目的之一般行政檢查措施，其檢查之目的並非是為了犯罪之追訴，然亦有適用憲法基本權利保障要求之必要。行政機關進入人民住宅<sup>54</sup>檢查（此處住宅應採釋字第 535 號理由書之意旨採取較寬鬆的認定，故應包含商業處所）、身體檢查、持有之物件檢查。原則上依照美國憲法第 4 條增補條文之精神，無論行政程序或刑事程序，都必須取得法院之令狀，否則行政機關仍不得擅自為之<sup>55</sup>。

除有特別情況或事務本質之特殊性，而概括賦予行政機關人員得無令狀實施「概括行政檢查」外，例如：國家基於自我保護原則，在港口或機場得無令狀對旅客之人身及物品進行具有刑事搜索性質的檢查。原則上人民受憲法保障之身體、財產、居住及隱私等權利，在美國不區分刑事搜索或行政檢查而有差異，一般情形仍應取得法院核發之搜索票始得為之，僅有法律上明定之檢查依據，而無法院核發之令狀者仍屬違憲<sup>56</sup>。

#### (二) 商業性行政檢查

依美國法一般性行政檢查必須取得法院核發之令狀始可檢查，但若經行政

---

1107 條規定所謂的吹哨子制度。

<sup>51</sup> 林國全，自日本 1992 年設置證券交易等監視委員會論證券主管機關之調查檢查權限，政大法學評論第 54 期，1995 年 12 月，頁 271-325。

<sup>52</sup> 林國全，證券主管機關之行政調查權，月旦法學雜誌第 39 期，1998 年 8 月，頁 29-37。

<sup>53</sup> 陳文貴，行政調查與行政檢查及行政搜索之法律關係，法令月刊 60 卷 3 期，2009 年 3 月，頁 67-87。

王兆鵬，美國刑事訴訟法，元照出版有限公司，2004 年 9 月，頁 329-342。

<sup>54</sup> 釋字第 535 號理由書：「上開條例有關臨檢之規定，並無授權警察人員得不顧時間、地點及對象任意臨檢、取締或隨機檢查、盤查之立法本意。除法律另有規定外，警察人員執行場所之臨檢勤務，應限於已發生危害或依客觀、合理判斷易生危害之處所、交通工具或公共場所為之，其中處所為私人居住之空間者，並應受住宅相同之保障」。

<sup>55</sup> 陳文貴，行政調查與行政檢查及行政搜索之法律關係，法令月刊 60 卷 3 期，2009 年 3 月，頁 67-87。

<sup>56</sup> 陳文貴，行政調查與行政檢查及行政搜索之法律關係，法令月刊 60 卷 3 期，2009 年 3 月，頁 67-87。

主管機關特許始得經營之商業，主管機關依據各該法律之規定對該行業進行檢查，是否仍需法院令狀，則有爭義。基本上人民在經營特許之事業時，主觀上已知悉為遵循法規之義務應定期或不定期接受主管機關之檢查，且檢查之目的是為了保障公共利益，並非為了蒐集犯罪證據。是以，縱此類檢查與搜索無異，在美國亦僅需有法律明文授權即可進行<sup>57</sup>。

此即為所謂「嚴密規範行業」(The Closely Regulated Business Doctrine)理論，即受政府嚴密規管之行業，執法人員即毋須依法院核發之令狀，僅須依據法律之授權，即得進入場所檢查。依據美國法之理論及判決，所謂嚴密規範行業，必須合乎 Dewey 判決所建立的三個條件，即政府對於該行業需有顯著的利益而無令狀檢查為有效監管的方式、相關法規對於主管機關檢查之人員、時間、地點、範圍均有明確之規定，不會導致檢查人員有濫權裁量之虞；雖拒絕檢查，國家可以處罰負責人或撤銷執照，但仍不得強行進入檢查。此外，這些行業的場所，已排除相當於住宅之合理隱私期待，政府為了維護更為重大的公共利益，即得依據法律之授權而無須取得法院核可之令狀而進入該等場所進行檢查<sup>58</sup>。

我國證交法歷年修正草案曾經欲賦予證券主管機關完整的行政調查權，其條文草案內容為下<sup>59</sup>：

證券交易法草案第 20 條之 1：「主管機關或其指定之調查人員，為調查有價證券募集、發行、買賣有關之資料，得向有關機關、團體或個人進行調查，要求提示有關文件，或通知有關人員到達辦公處所備詢，被調查者不得妨礙、規避或拒絕。

被調查者以調查人員之調查為不當者，得請求主管機關或財政部為適當之處理。被調查者及其他關係人提供帳簿、文據時，主管機關應製給收據，除涉嫌違反本法暨相關法律者外，應於帳簿、文據提供完全之日起七日內發還之；其有特殊情形，經主管機關首長核准者，得延長發還時間七日。

主管機關指定之調查人員依法執行公務時，應出示有關執行職務之證明文件；其未出示者，被調查者得拒絕之。」。

證券交易法草案第 21 條之 1：「主管機關發現違反本法罰則而移送偵查之刑事案件，檢察官起訴或為不起訴處分者，其起訴書或不起訴處分書正本，應送達於主管機關。

檢察官就主管機關移送偵查之刑事案件提起公訴者，法院於判決後，應於判決

<sup>57</sup> 陳文貴，行政調查與行政檢查及行政搜索之法律關係，法令月刊 60 卷 3 期，2009 年 3 月，頁 67-87。

<sup>58</sup> 陳文貴，行政調查與行政檢查及行政搜索之法律關係，法令月刊 60 卷 3 期，2009 年 3 月，頁 67-87。

<sup>59</sup> 林國全，證券主管機關之行政調查權，月旦法學雜誌第 39 期，1998 年 8 月，頁 29-37。

正本送達檢察官時並送達於主管機關。」

此外，並於第 178 條第 1 項之罰則規定「有左列情事之一者，處新台幣十二萬元以上六十萬元以下罰鍰」，增列第五款「拒絕主管機關依第二十條之一所為之調查，或拒不提供有關資料或經主管機關通知到達辦公處所備詢」。惟該修正草案版本並未通過。

金融監理機關接觸公司，特別容易發現犯罪事實，故方有金融監督管理委員會組織法第 5 條之立法。依前述說明，證交法或投信投顧法，亦賦予主管機關隨時檢查金融機關與公開發行公司之權力。又，依金管會網站之說明，認為金融監督管理委員會組織法第 5 條已賦予金管會及其所屬機關準調查權。辦理金融檢查，必要時得依行政院金融監督管理委員會組織法第 5 條所賦予之職權，要求金融機構及其關係人與公開發行公司提示資料、通知被檢查者備詢及聲請持搜索票會同司法警察實施搜索。

從前述證交法立法來看，固然實務人士認同金管會已具有準調查職能<sup>60</sup>，然筆者認為金融監理機關之金融檢查主要目的在於對金融市場進行持續性、經常性之監督而非舉發不法。筆者認為目前金融檢查雖有維護公共利益之目的，但依金融監督管理委員會組織法第 5 條及其相關法律，於進行金融檢查時若發現有任何不法情事，仍需向司法機關告發並由檢調單位偵辦。此外，金融監理機關之報告及相關檢查報告，亦常成為金融審判實務之證據，故金融監理機關所為之檢查，亦附帶有部分調查權之性質。

此外，從臺灣證券交易所股份有限公司管理規則第 22 條<sup>61</sup>，證交所得對會員或證券商，查詢及調閱有關資料或通知上市公司；證交所必要時亦得移送司法機關偵辦<sup>62</sup>，因此證交所實施股市監視制度，一旦發現異常，可以查詢及調閱有關資料並可移送偵辦。因此筆者以為證交所等金融監理機關，所進行之監視制度或檢查，若已涉及查詢或調閱文件，甚至得通知金融機構及其相關人士到場說明者，則此時應認為已有調查之性質。

又，根據前述之分析，我國金融機構之設立，須經主管機關核准許可，故人民從事該等業務時，已預先了解因金融監理而須受金融檢查，依前述分析可視為一種商業性行政檢查，故依美國法只須依據法律之授權而無須取得法院核可之令狀就可進入該等場所檢查。參考美國立法例，雖我國目前未引進司法權監督之機制而須取得法院核可之令狀，但未來仍得參考期貨交易法第 99 條<sup>63</sup>之意旨，金融監理機關於進行行政檢查時，仍應賦予人民更多的程序保障權利。

目前金融監理機關進行金融檢查皆有擔保措施，故相對人必須忍受被檢查

<sup>60</sup> 胡鐸清，金融監理與金融檢查實務，財團法人台灣金融研訓院，2005 年 10 月，頁 43。

<sup>61</sup> 參考附錄相關法規。

<sup>62</sup> 參考 83 年 12 月 8 日台財證（三）字第 02422 函之「有價證券監視報告函送偵辦案件作業要點」。

<sup>63</sup> 參考附錄相關法規。

之義務，否則須承擔拒絕檢查之後果。舉例言之，依金融監督管理委員會組織法第 5 條第 7 項，對妨礙、規避或拒絕檢查者，得按次連續處罰至接受檢查；及投信投顧法第 113 條<sup>64</sup>，就證券投資信託事業、證券投資顧問事業、基金保管機構或全權委託保管機構有未依期限提出財務、業務報告或其他相關資料，或規避、妨礙、拒絕檢查者，得按次連續處二倍至五倍罰鍰至改善為止。此外，依行政執行法之規定尚可對公司文書等資料施以「直接強制」或「即時強制」之手段。

從前述法規來看，金融監理機關進行金融檢查，要求受檢查者提出文件資料或要求備詢，不提出或規避檢查者處以罰鍰等處分，係一種「間接強制」之手段。因此，迴避金融檢查將會不利公司財產權；由上可知，金融監理機關運用其監理法規與行政執行法，對於行為人將產生「強制性」，藉由行使檢查權所得之資料，係透過「強制性」取得，此種藉由行使檢查權而取得之資料，若應用於後續之刑事追訴程序中，並對受檢查者定罪，其與不自證己罪原則之關係，本部分將於第三章討論。

## 第二節 金融行政檢查與調查結果於金融刑事案件之運用類型

### 第一目 金檢報告與調查結果作為犯罪證據

金融行政檢查報告與調查結果作為犯罪證據之一，謹歸納如下：

(1) 99 年度金上重訴字第 38 號判決<sup>65</sup>：法院以金融檢查前後之資金進入與合約簽署，來判斷該公司是否有犯罪故意；並肯認金融監理機關金融檢查報告與書

<sup>64</sup> 參考附錄相關法規。

<sup>65</sup> 99 年度金上重訴字第 38 號判決：「……………至金鼎投信公司固於 94 年 12 月 29 日曾支付顧問費 5,000 萬元予金鼎證券公司，惟查，參諸證人吳火生於原審證稱：

「我們那時想法不會想到證券公司，我的工作就是把這個弄出來就好主管機關要我們把基金移除，我只要把基金移出投信就可以，我只要一個移出去的平台就好。」……………，後來金鼎證券有主管機關去做**金融檢查**，覺得金鼎證券作為不好，又回來問我們是否還有什麼錢，資金來源，這是後面的事情。」「（問：主管機關詢問投資公司購買結構式債券資金來源？）後來有，後來應該有去金鼎證券**金融檢查**後，再回頭問我。」「（問：他 10 卷第 40 頁金鼎投信與金鼎證券 940301 簽署顧問服務契約書目的？）就是顧問費，這是事後補的，當時主管機關查金鼎證券，為讓整個交易合理，所以補這個東西，一開始沒有這個東西，是金檢查到後才補。」……………；及本件金管會係於 94 年 12 月 1 日到 12 月 23 日至金鼎證券公司進行**金融檢查**乙節，有金管會一般業務檢查報告 1 份附卷可參（見他字卷十第 110 頁至第 112 頁），而金鼎投信公司係遲至 94 年 12 月 29 日始支付顧問費 5,000 萬元，亦有收款憑單代傳票在卷可憑（見原審卷三第 8 頁、第 9 頁，另金鼎證券公司則至 95 年始以公債來回交易做成損失之方式

函的證據能力。又，在本案金管會委員擔任證人，其另案之陳述屬被告以外之人於審判外向法官所為之陳述，依刑事訴訟法第 159 條之 1 第 1 項規定有證據能力。

(2) 99 年度金上訴字第 27 號判決、100 年度金上重訴字第 61 號判決、102 年度金上重更(一)訴字第 13 號判決<sup>66</sup>：判決指出證期局與金檢局所為之查核及記錄

沖抵 RS 交易金額)，是金鼎投信公司支付顧問費 5,000 萬元之時間，堪認係在金管會至金鼎證券公司進行**金融檢查**之後；另參諸卷附金鼎投信公司與 5 家投資公司簽訂協議書內容係約定：金鼎投信公司應於每年年底(12 月 20 日)之前，將當年度 5 家投資公司就結構式債券收取之利息收入扣除 RS 交易之利息支出差額及所相關之營所稅及處理費用不足的部份全數返還予 5 家投資公司等語。

證人吳火生於原審證稱：支付 5,000 萬顧問費是因為**金融檢查**之原因才支付，支付後才以回溯簽訂日期之方式簽訂顧問契約等情，核與事實相符，應堪採信。……

**金管會檢查局製作彰化銀行敦化分行 95 年 2 月 22 日資金流程圖、金管會檢查局製作彰化銀行敦化分行 95 年 2 月 22 日資金流程圖、金管會 96 年 3 月 12 日金管證二字第 0000000000 號函(有關金鼎證券公司與競遠公司等 5 家投資公司承作附賣回交易 RS，提供其等購買結構債之資金來源)、陳長偉 96 年 1 月 19 日函覆金管會- 出售第一證券公司股票、陳蕙芳 96 年 1 月 22 日函覆金管會- 出售第一證券公司股票、證交所追蹤金鼎證券結構債改善方案執行情形(0000000000)、證交所函報 96 年第 1 季金鼎證券結構債改善方案執行情形(0000000000)、證交所函報 96 年第 2 季金鼎證券結構債改善方案執行情形(0000000000)、證交所函報 96 年第 3 季金鼎證券結構債改善方案執行情形(0000000000)、函報、補正金檢缺失之說明及改善情形、94 年度財務報告**

異常提出說明(涉及結構債-0000000000)、94 年度財務報告異常再說明、金管會 94 年 12 月 15 日金管證四字第 0000000000 號函等，係屬金管會、金管會檢查局、金管會證期局、金鼎證券公司、證交所、房冠寶、陳長偉、陳蕙芳等就金鼎證券公司相關結構債買賣、改善等情況所為之單純回覆或通知……。」。

「(一)查證人即金管會委員李賢源於原審另案(即原審法院 98 年度金重訴字第 6 號元大京華證券股份有限公司負責人杜麗莊等人違反證券交易法案件)審理中之證述，係屬被告以外之人於審判外向法官所為之陳述，依刑事訴訟法第 159 條之 1 第 1 項規定，自有證據能力。是被告張平沼及其辯護人於本院審理中主張證人李賢源於原審另案審理中證詞無證據能力云云，自不足採。」。

<sup>66</sup> 102 年度金上重更(一)訴字第 13 號判決：「三、被告張進坐及辯護人對於起訴書所附證據清單編號 34、37、38、39、40 之函文及附件均爭執證據能力(原審卷二第 9 頁以下)。然參照刑事訴訟法第 159 條之 4 之立法理由：「1. 公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書如被提出於法院，用以證明文書所載事項真實者，性質上亦不失為傳聞證據之一種，但因該等文書係公務員依其職權所為，與其責任、信譽攸關，若有錯誤、虛偽，公務員可能因此負擔刑事及行政責任，從而其正確性高，且該等文書經常處於可受公開檢查(Public Inspection)之狀態，設有錯誤，甚易發現而予及時糾正，是以，除顯有不可信之情況外，其真實之保障極高。2. 從事業務之人在

文書，係刑事訴訟法第 159 條之 4 第 1 款之特信性文書，具有證據能力；就櫃買中心之查核資料之業務紀錄文書，係刑事訴訟法第 159 條之 4 第 2 款之特信性文書，然櫃買中心基於查核結果所為之判斷，該判決明確表示，僅為法院判決之參考，不能拘束法院裁判之結果。

業務上或通常業務過程所製作之紀錄文書、證明文書，因係於通常業務過程不間斷、有規律而準確之記載，通常有會計人員或記帳人員等校對其正確性，大部分紀錄係完成於業務終了前後，無預見日後可能會被提供作為證據之偽造動機，其虛偽之可能性小，何況如讓製作者以口頭方式於法庭上再重現過去之事實或數據亦有困難，因此其亦具有一定程度之不可代替性，除非該等紀錄文書或證明文書有顯然不可信之情況，否則有承認其為證據之必要。3. 除前 2 款之情形外，與公務員職務上製作之文書及業務文件具有同等程度可信性之文書，例如官方公報、統計表、體育紀錄、學術論文、家譜等，基於前開相同之理由，亦應准其有證據能力。」**主管機關依法本於職權所為專業之判斷，為其業務上之職權行使，應認有證據能力**（最高法院 94 年度台上字第 900 號判決要旨參照）。經查：

(一)起訴書證據清單編號 34、35、36 等書證，均係由行政院金融監督管理委員會（下簡稱金檢局）或行政院金融監督管理委員會證券期貨局（下簡稱證期局）出具之函文及附件，金融監督管理委員會（下簡稱金管會）依 92 年 7 月 10 日制訂之行政院金融監督管理委員會組織法第 2 條規定金管會主管金融市場（含證券市場）及金融服務業（含證券業之證券交易所、櫃檯買賣中心）之發展、監督、管理及檢查業務，其轄下之證期局、金檢局依同法第 27 條、第 29 條規定分別掌理證券市場及證券業之監督、管理，以掌理金融機構之監督、檢查等事項，足徵金管會及其轄下之金檢局、證期局，乃證券市場及櫃檯買賣中心之主管機關，對於在櫃檯買賣中心上櫃交易之上櫃公司所進行之業務行為或影響金融秩序之行為、犯罪，有職權進行監督、檢查甚明，是以，證據清單編號 34 至 36、45 等書證乃主管機關本於職權，由公務員所為之紀錄文書或證明文書，依前揭說明，應有證據能力。

(二)其次，起訴書證據清單編號 37、38、39、40 等書證，均係由櫃檯買賣中心出具之函文及附件，衡之赤崁公司乃依證券商營業處所買賣有價證券管理辦法第 9 條第 1 項「證券櫃檯買賣中心認為有價證券合於櫃檯買賣者，應與其發行人訂立證券商營業處所買賣有價證券契約，除申請登錄者外，應先報經本會核准後始得許可為櫃檯買賣」之規定，與櫃檯買賣中心簽立契約後，報請財政部證券暨期貨管理委員會核准後許可為櫃檯買賣（即上櫃交易），櫃檯買賣中心為保障證券投資大眾權益以及善盡監督、管理、稽核上櫃公司之責，櫃檯買賣中心得依據其與上櫃公司簽訂之有價證券櫃檯買賣契約第 2 條、櫃檯買賣中心證券商營業處所買賣有價證券業務規則第 8 條以及相關法規命令要求上櫃公司陳報營運狀況、業務狀況、財務狀況、董監事持股異動、經理人、財務主管及簽證會計師之更易、公司重大訊息等，並進行相關查核，而編號 37、38、39、40 之函文及附件，均屬櫃檯買賣中心為前揭作為所為業務上查核資料之業務紀錄文書，依法有據，且屬傳聞法則之例外，而應認合於刑事訴訟法第 159 條之 4 第 2 款之規定有證據能力。至於其查核報告中判斷所列赤崁公司與宏勃公司、世錚公司之交易是否屬不合營業常規之交易等事項，僅係櫃檯買賣中心基於其查核結果，基於專業之意見而作成判斷意見足供司法機關參考，但不拘束法院對於構成要件該當性之認定，附此敘明。」。

(3) 96 年度金上重訴字第 99 號判決<sup>67</sup>：金檢局報告作為犯罪證據之一。

(4) 99 年度金上重更(一)字第 12 號判決<sup>68</sup>：本判決之證據包括金檢局專案檢查報告、證交所例外管理專案報告、證期局函轉皇統公司之會計師查核工作底稿，此種判決即為運用各金融監理機關相關之書件，作為證據以判斷判決之結果。

## 第二目 證交所與櫃買中心交易分析意見書作為犯罪證據

證交所與櫃買中心基於查核結果所為之判斷，僅為法院判決之參考，不能拘束法院裁判之結果，尚有其他典型判決如下：

(1) 99 年度金訴字第 50 號判決<sup>69</sup>：證交所系爭股票買賣，製作分析意見書為書證，法院並要求文件製作人出庭作證。

<sup>67</sup> 96 年度金上重訴字第 99 號判決：「編號 7：南茂公司於 93 年 1 月 5 日（起訴書誤載為 936 日）向 Founder 公司購買連結 BR 公司所發行票券信用風險之附買回票券，並於 93 年 1 月 6 日匯款美金 185 萬元至 Founder 公司帳戶，嗣該交易因南茂公司於 93 年 12 月 2 日主動解約，Founder 公司即於 93 年 12 月 3 日將此筆交易南茂公司應得之回贖款項美金 1,884,019.44 元匯予南茂公司（因南茂公司於 93 年 12 月間一次提前贖回於 93 年 1 月 5 日、93 年 1 月 9 日、93 年 1 月 27 日《有 2 筆》等四筆海外附買回票券，故 Founder 公司於 93 年 12 月 3 日一次將該四筆交易南茂公司應得之款項共計 20,877,163.18 元匯予南茂公司），南茂公司此次交易共獲利美金 34,019.44 元，此業據證人陳壽康於調查局詢問時證述明確（見他 6478 卷第 3 宗第 127 頁），並有契約、南茂公司 93 年 1 月 5 日資金調度分析表、93 年 1 月 5 日轉帳傳票、交易報告、合作金庫銀行新竹分行 93 年 1 月 5 日匯出匯款交易憑證、解約函、南茂公司 93 年 12 月 2 日資金調度分析表（建議解約贖回）、93 年 12 月 3 日現金收入傳票、93 年 12 月 3 日收款單、合作金庫新竹分行 93 年 12 月 3 日匯入匯款交易憑證、93 年 12 月 3 日匯入匯款通知書、**金檢局 94 年 7 月 25 日檢局七字第 0000 000000 號函所附之 BR 公司資金流向一覽表**、等件附卷可證（見偵 360 卷第 2 宗第 265 頁至第 274 頁、第 337 頁至第 342 頁、第 343 頁、他 6478 卷第 3 宗第 137 頁、原審卷(三)第 127 頁、第 165 頁至第 168 頁）。」。

<sup>68</sup> 99 年度金上重更(一)字第 12 號判決：「1. 行政院金融監督管理委員會檢查局製作之皇統授信資金流向專案檢查報告（法院整理之證物第 98 箱）。

2. 台灣證券交易所製作之皇統公司例外管理專案報告（偵卷 A 第 19-29 頁）。

3. 行政院金融監督管理委員會證券期貨局（下稱金管會證期局）96 年 3 月 13 日證期六字第 0960011919 號函，檢送皇統公司之會計師查核工作底稿 3 箱，共 64 冊（原審準備程序卷二之 2 第 6、7 頁及法院整理之證物第 99 至 101 箱），……。」。

<sup>69</sup> 99 年度金訴字第 50 號判決：「又金管會及調查局將該檢舉函轉交臺灣證交所，臺灣證交所所以 94 年 12 月 1 日至 96 年 7 月 31 日為查核期間，就本件是否涉及炒作進行分析後，該所以 97 年 4 月 21 日函文所檢附之第一份分析意見書，即於第柒點表明：**該股票於分析期間並無達到「處置作業要點」規定之情事（第 10805、10806 號資料卷(一)第 37 頁）**；其後，臺灣證交所歷次

(2)99 年度金上更(一)字第 2 號判決<sup>70</sup>：櫃買中心股票交易分析意見書依刑事訴訟法第 159 條之 4 規定而認有證據能力，又查核人員及出庭人員雖因部門分工而有不同，但股票交易分析意見書係綜合各部門意見所為業務上之客觀分析報告，故不影響證人證詞之證據能力。

針對本件所製作之分析意見書，亦皆有此記載。而證人即製作該份分析意見書之臺灣證交所職員余季仲，亦於本院審理時結證稱：「(提示本院卷(三)正道公司分析意見書第 6 頁問：... 該股票於分析期間，並無違該作業要點之情事等記載，這是何意思?)正道公司股票在我們分析期間裡面，並沒有被公布為注意股票」等語(本院卷(三)第 117 頁)。由此可見，臺灣證交所之所以進行查核分析，係因收到金管會及調查局轉送冒名「鮑多福」之檢舉信所致，並非因正道公司股票交易之價格及數量有任何異常之處。綜此，本件查核期間正道公司股票之交易，既不符合臺灣證交所所定「處置作業要點」中所列最近一段期間累積之收盤價漲跌百分比異常、平均成交量異常放大、累積週轉率明顯過高、券資比明顯放大等情形，是否符合操縱股價之客觀構成要件，即非無疑。」。

<sup>70</sup> 99 年度金上更(一)字第 2 號判決：「貳、證據能力部分：一、OTC 於 94 年 2 月 5 日證櫃上字第 0940003039 號函檢附的大霸公司股票交易分析意見書(法務部調查局臺北市調查處調 2-1 卷【下稱調 2-1 卷】頁 35 至 60，下稱「股票交易分析意見書」)，係依 OTC 證券商營業處所買賣有價證券業務規則(下稱「業務規則」)第 92 條「為維持櫃檯買賣交易之公平性，防止違法操縱股價，由本中心設置監視單位，負責市場交易之監視及調查。」係依行為時法即 93 年 6 月 17 日櫃檯買賣有價證券監視制度辦法第 2 條之規定所設置之專責單位，依法執行監視之法定業務，並依 93 年 8 月 1 日至同年 10 月 22 日查核期間買賣大霸公司股票之客觀交易情形所進行之統計分析，為業務上應予紀錄之文書，非個人主觀意見或推測之詞，其製作過程，並無顯不可信之情狀，應依刑事訴訟法第 159 條之 4 規定認有證據能力(最高法院 100 年度臺上字第 988 號判決意旨參照)。又該「股票交易分析意見書」係 OTC 監視組長劉弟勇參與製作過程並加以審核，業經證人劉弟勇於原審中結證屬實(原審 95 年度訴字第 1416 號卷【下稱原審卷】卷 2 頁 182 至 194)。辯護人雖另以「股票交易分析意見書」內分析資料，並非證人劉弟勇親赴大霸公司查核所得，而係 OTC 上櫃部赴大霸公司進行專案查核取得之資料，且該「股票交易分析意見書」係林欣穎所撰寫等情，遽指「股票交易分析意見書」係屬審判外之陳述，為傳聞證據，應不具證據能力云云(本院卷 2 頁 227 至 229)。然此部分嗣經本院依職權傳喚證人即該「股票交易分析意見書」實際之撰寫人林欣穎具結證稱：因部門職掌不同，上開大霸公司資料是由 OTC 上櫃部查核後提供等語(本院卷 3 頁 80)，並另使被告及其辯護人等與檢察官得以對之行使詰問權，是「股票交易分析意見書」之內容，係屬證人林欣穎於本院審理時所為之證述意見，而被告、辯護人等既就「股票交易分析意見書」上所載之內容，已有充分對 2 位證人行交互詰問之機會，對於其權利保障亦無不足，又 OTC 不同部門各有職掌，是「股票交易分析意見書」其性質應係綜合 OTC 各部門意見所為業務上之客觀分析報告，而非「審判外之陳述」或辯護人所指僅為證人林欣穎之個人臆測，是「股票交易分析意見書」所載內容，有證據能力。」。

(3)99 年度金上重訴字第 64 號判決<sup>71</sup>：股票交易分析意見書，係刑事訴訟法第 159 條之 4 第 2 款之文書，但非屬法院或檢察官囑託機關所為之鑑定意見，其所為判斷意見或足供司法機關之參考，僅係證明力之問題。

(4)99 年度金上重訴字第 52 號判決<sup>72</sup>：該判決認為股票交易分析意見書非例行性公務或業務過程中，基於觀察或發現而當場或即時記載之文書，而係針對本案所製作之文件及分析報告，不具公開性及慣常性，且有預見將會提供作為證據，不符合刑事訴訟法第 159 條之 4 第 2 款所定特信性文書之要件，應無證據能力，可見關於股票交易分析意見書之性質，實務上仍有爭議。

<sup>71</sup> 99 年度金上重訴字第 64 號判決：「(四)綜此，櫃買中心雖對上櫃公司之有價證券交易情形設有監視制度，惟其本身並無司法調查權，該所依自身所定具有機密性質之選案標準，以電腦系統配合自動選案而製作股票交易分析意見書後，再將有涉嫌操縱股價疑慮之案件移送司法機關偵辦，顯見櫃買中心所製作、出具之交易分析意見書暨檢附之加原公司、總豪公司、大發投資公司及李朝加之證券帳戶於查核期間就有關買賣磐亞公司股票之明細資料、磐亞公司於查核期間之股票買賣成交價格、數量及大盤指數、交易量等相關數據資料、報表，均係記載屬於上櫃公司(磐亞公司)之有價證券買賣交易之客觀事實，核屬從事業務之人於業務上所製作之記錄文書，且該等數據資料均係以電腦作業予以記錄，就客觀上所發生之事實予以引用提出分析，乃業務上客觀紀錄之數字，其誤差之機會極少，應屬刑事訴訟法第 159 條之 4 第 2 款之文書，係傳聞法則之例外。何況，此交易分析意見書係時任櫃買中心交易部監視組人員林欣穎草擬後，經櫃買中心內部會議討論後方定稿提出等情，業經證人林欣穎於原審證述明確(見原審卷第 134 頁)，被告及其選任辯護人就該交易分析意見書暨檢附之資料明細、報表等所載內容，已有充分對證人林欣穎行交互詰問機會，對於被告之權利保障並無不足，被告及辯護人亦未指出股票交易分析意見書等有何顯不可信之狀況，是行政院金融監督管理委員會以 96 年 2 月 5 日金管檢七字第 0960163034 號函檢送予臺灣臺北地方法院檢察署之告發書後附磐亞公司股票交易分析意見書暨價量分析明細(磐亞股票價量與同類股、大盤比較表、交易資訊累計表)、集團投資人交易達 20% 以上及集團成員相對成交情形明細表、集團投資人影響股價明細表、投資人委託成交對應表、投資人或集團交易明細表、投資人集團關係表、磐亞公司投資人開戶明細表及投資人相對成交買賣有價證券對應表等相關附件資料記載之內容，均有證據能力。至於該分析意見書中判斷所列證券帳戶之股票交易有無異常、有無達「公布或通知注意交易資訊暨處置作業要點」第 4 條、第 6 條之標準、有無涉犯證券交易法等分析意見，係就其分析之結果，基於專業之意見而作成，然非屬法院或檢察官囑託機關所為之鑑定意見，其所為判斷意見或足供司法機關之參考，但無拘束法院對於被告(即行為人)犯罪構成要件該當性之認定，該部分所涉，僅係該報告證明力為何之問題，附此敘明。」。

<sup>72</sup> 99 年度金上重訴字第 52 號判決：「刑事訴訟法第 159 條之 4 對於具有高度特別可信之文書如公務文書等，在兼具公示性、例行性或機械性、良心性及制裁性等原則下，雖屬傳聞證據，例外容許作為證據使用。良以公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書，與其責任、信譽攸關，若有錯誤、虛偽，公務員可能因此擔負刑事及行政責任，從而其正確性高，且該等文書經常處於「可受公開檢查」之狀態，設有錯誤，其易發現而予及時糾正。從事業務在業務上或通常業務過程所製作之紀錄文書、證明文書，因有「不間斷、有規律而準確之記載」、「無預見日後可能會被提供作為證據之偽造動機」，其虛偽之可能性小，因此其亦具有一定程度之不可代替性，除非顯不可採，否則有承認其為證據之必要。因此，採取容許性特信性文書作為證據，應注意該文書之製作，是否係於例行性的公務或業務過程中，基於觀察或發現而當場或即時記載之特徵，並於判決理由中詳予敘明。經查：本案卷附行政院金融監督管理委員會(下稱金管會)96 年 1 月 18 日函所檢附台灣證券交易所股份有限公司(下稱證交所)製作之「英華達公司股票交易分析意見書」(見偵查卷 1 第 167 頁至第 183 頁)，並非證交所人員於例行性的公務或業務過程中，基於觀察或發現而當場或即時記載之文書，而係證交所針對本案所製作之文件及分析報告，不僅不具「公開」、「慣常性」，且有預見將會提供作為證據，該等文書應不屬於特信性文書性質，是該文書不符合刑事訴訟法第 159 條之 4 第 2 款所定特信性文書之要件，應無證據能力(最高法院 98 年度台上字第 50 號、第 4183 號判決意旨參照)。」。

### 第三節 金融監理機關函覆與陳述於金融刑事案件之運用類型

#### 第一目 金融監理機關人員為一般證人

- (1) 98 年度上訴字第 465 號判決<sup>73</sup>：證期局與證交所函文為書證且證期局及證交所之人員擔任證人，並說明內控聲明書於法律上之意義。
- (2) 102 年度台上字第 168 號判決<sup>74</sup>：股票交易分析意見書係刑事訴訟法第 159 條之 4 第 2 款之業務文書，且文件製作者於審判庭具結，已符合該條「除顯有不可信之情況外」之要件規定。

<sup>73</sup> 98 年度上訴字第 465 號判決：「按「公開發行公司自行檢查內部控制制度之結果，以公司之內部控制制度是否能合理確保下列事項，分為「有效」之內部控制制度或有「重大缺失」之內部控制制度：(一)董事會及總經理知悉營運之效果及效率目標達成程度。(二)財務報導係屬可靠。(三)已遵循相關法令。」，公開發行公司建立內部控制制度處理準則第 23 條定有明文。是依該條文之規定，公開發行公司自行檢查內部控制制度之結果，僅分成「有效」或「有重大缺失」此 2 種檢查結果，易言之，公開發行公司自行檢查內部控制制度後，若認無重大缺失，縱有輕微缺失而得以改善，或缺失對於上揭確保內部控制三大目標之達成並未造成任何影響者，即可出具「有效」之內部控制制度聲明書，此參酌證人即行政院金融監督管理委員會證券期貨局（下稱證期局）承辦人員丁○○於原審證稱：內控聲明書是重大缺失才要聲明，內控缺失本來就有先天性的限制，因為一定會有缺失，有缺失是正常的等語（原審卷(二)第 110 至 111 頁）、證人即臺灣證券交易所股份有限公司（下稱證交所）承辦人員戊○○於原審證稱：證期局要求公開發行公司就公司內部控制制度提出聲明，係有重大缺失才要聲明，不是全面性的，不然揭露不完等語（原審卷(二)第 151 頁），及證期局於 98 年 3 月 20 日出具證期稽字第 0980010542 號函、證交所於 98 年 3 月 25 日出具之臺證治字第 0980004717 號函亦如此認定（本院卷第 47 至 49 頁、69 至 70 頁）。經查，千興公司依證期局之指示而委任資信聯合會計師事務所就千興公司內部控制制度進行專案審查之結果，雖發現千興公司之內部控制制度有公訴意旨所指之 15 項缺失而對千興公司提出建議書，然依卷附該事務所出具之審查報告記載，專案審查之會計師係認定除千興公司經由實質關係人香港兆德國際有限公司（下稱兆德公司）對大陸客戶銷售之收款作業未訂有書面控管程序與相關保全措施之缺失外，千興公司 93 年度之內部控制制度，依公開發行公司建立內部控制制度處理準則之內部控制制度判斷項目判斷，在重大性方面，係屬允當。準此，該專案審查之會計師既僅認定公意旨所指之第項缺失為千興公司內部控制制度之重大缺失，揆諸首揭說明，千興公司於 94 年 4 月 27 日所出具之內部控制制度聲明書未揭露公訴意旨所指第①至④項之缺失，而仍出具有效之內部控制制度聲明部分，顯為法之所許，此部分自不得對被告以證券交易法第 17 1 條第 1 項第 1 款、第 20 條第 2 項之罪責相繩。」。

<sup>74</sup> 102 年度台上字第 168 號判決：「刑事訴訟法第 159 條之 4 第 2 款之業務文書，除依文書本身之外觀判斷是否出於通常業務過程之繼續性、機械性而為準確之記載外，因其內容可能含有其他陳述在內，在特別可信之情況擔保要求下，其製作者之證言等自非不可作為判斷之資料。是以，證交所等依監視系統事先設定處理方式之「程式性決策」所製作之交易分析意見書，其中有關股

## 第二目 金融監理機關就一般業務資料、法規及作業方式疑義函覆

(1)100 年度金上訴字第 50 號判決<sup>75</sup>、101 年度金上訴字第 20 號判決：金管會與投信投顧公會（即金融業自律公會）之函文資料作為犯罪證據之一部份。

(2)100 年度金上訴字第 46 號判決<sup>76</sup>：投信投顧公會即金融同業自律公會之會議

票交易紀錄之記載，既係出於營業之需要而日常性為機械連續記載，具有不間斷、有規律而準確之特徵，應無疑問；又依據股票交易紀錄異常所為之分析意見，如經該製作者在審判庭具結陳述係據實製作，應認已有其他特別可信之情況為擔保，既與股票之交易紀錄合一構成法律上規定製作之業務文書之一部，允許其具有證據能力，並不違背本條款規定之意旨。則原審認股票分析意見書，係證交所就股票等分別記載股市交易之客觀事實，與證券業者提供證券帳戶往來資料無異，乃依其等業務上所製作之紀錄文書，其數據資料並無失真或顯不可信之狀況，而具證據能力。」。

<sup>75</sup> 100 年度金上訴字第 50 號判決：「參、實體部分一、上揭事實，業據被告於本院審理時坦承不諱（本院卷第 76 頁背面），與證人即「奇摩樂透彩券贏窩」會員鍾榕逸、呂芳樞、林東樺、林百峰、吳虎駿、葉勝棋、黃介宇、林旭洸證述之情節（99 年度偵字第 1599 號卷第 204 至 205、207 至 208、210 至 211、213 至 214、192 至 193、195 至 196、198 至 199、230 至 232 頁，98 年度偵字第 14800 號卷第 7 至 8 頁，98 年度偵字第 23894 號卷第 7 至 8 頁，原審卷第 113 至 119 頁反面、第 121 頁、第 163 至 170 頁）互核大致相符，並有「菩提世界」、「奇摩樂透彩券贏窩」、「聚財網丫豐的窩」網頁列印資料、Yahoo! 奇摩公文回覆暨帳號 ee00000000 相關資料、全球 WHOIS 查詢、查詢功能-IP/ASN 查詢、中華電信數據 CRIS 查詢單結果檔及「奇摩樂透彩券贏窩」成員名單、中國信託商業銀行永吉分行帳戶歷史交易查詢 1 紙、合作金庫商業銀行西臺中分行 98 年 6 月 26 日合金西臺中存字第 0980003137 號函暨被告帳號 0000-000-000000 號帳戶之交易明細表、代操紀錄、寶來證券股份有限公司 98 年 11 月 25 日函暨網路下單 IP 資料、99 年 6 月 22 日函暨分戶歷史帳查詢及下單 IP 位址、**行政院金融監督管理委員會 98 年 10 月 9 日金管證投字第 0980054 149 號函**、99 年 7 月 19 日**金管證投字第 0990038087 號函**、**中華民國證券投資信託暨顧問商業同業公會 99 年 8 月 3 日中信顧字第 0990006005 號函**、證人林旭洸購買天珠之訂單 1 紙、股票交易明細、被告與證人林旭洸簽立之和解書 2 紙、被告與林旭洸的 MSN 交談內容等件在卷（98 年度偵字第 14800 號卷第 14 至 15、17 至 18、26 至 27、36 至 53 頁，98 年度偵字第 23894 號卷第 27 至 31 頁，99 年度偵字第 1599 號卷第 31 至 53、71 至 93、127 至 139、147、156 至 165、237 至 262、265、269 頁，98 年度他字第 7130 號卷第 32 至 33 頁，本院卷第 61 至 91 頁）在卷可佐，足認被告上揭任意性自白與事實相符，應堪採信。綜上，本件事證明確，被告上開犯行洵堪認定，應予依法論科。」。

<sup>76</sup> 100 年度金上訴字第 46 號判決：「三、卷附一六八網站公司登記資料、168 網站網頁資料、168 理財網頁招攬會員收費資料、168 理財網散布投資訊息、華南商業銀行淡水分行（帳號：000-0000-0000-0 號）168 網站開戶資料及帳戶往來明細、被告前案資料、臺北地院 93 年度易字 1498 號刑事判決、臺灣士林地方法院 95 年度訴字第 706 號刑事判決、本院 96 年度上訴字第 250

文件，非供述證據而無傳聞法則之適用，惟需經刑事訴訟法第 164 條及 165 條之證據調查程序。

(3)100 年度金上更(二)字第 4 號判決<sup>77</sup>：金融監理機關之文書應依其性質判斷有

號刑事判決、財政部證券暨期貨管理委員會 91 年 6 月 19 日台財證四字第 091013069 4 號函、會員匯款給一六八網站公司的匯款單據及一六八網站公司設在華南商業銀行的帳戶影本及公司的名片、一六八網站公司的支票本及統一發票的收據、一六八網站公司的登記資料、員工的申報資料、扣繳憑單、一六八網站公司與藍新科技公司的網路租用的合約書、對帳單、稿費的明細、財團法人中央通訊社即時新聞資訊的費用收據及網路的新聞網頁、證券投資顧問的委任契約範本、保新證券入會辦法的資料及定購單、鉅亨網股份有限公司網頁的資料及所刊載的商情資料及統一發票、證人盧寬祺在臺灣高檢署偵查經濟犯罪中心 97 年度第一次諮詢協調委員會會議提案的資料、中華民國證券投資信託暨顧問商業同業公會第 3 屆第 17 次紀律委員會紀錄等資料各一份，均為非供述證據，無刑事訴訟法第 159 條以下傳聞法則適用，經本院依法踐行刑事訴訟法第 164、165 條之證據調查程序後，自有證據能力。」。

<sup>77</sup> 100 年度金上更(二)字第 4 號判決：「(一)刑事訴訟法第 159 條之 4 第 1 款規定：除顯有不可信之情況外，公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書，得為證據。賦予公文書具有證據適格之能力，為傳聞證據之除外規定，但其前提要件定為「除顯有不可信之情況外」，且有「紀錄」、「證明」之限制條件，即須該公文書係得作為被告或犯罪嫌疑人所涉犯罪事實嚴格證明之紀錄或證明者，始克當之，倘不具此條件，即無證據適格可言。又同條第 3 款所定之「其他於可信之特別情況下所製作之文書」，係指與上揭公文書及同條第 2 款之業務文書具有同類特徵，且就該文書製作之原因、過程、內容、功能等加以判斷，在客觀上認為具有特別可信性，適於作為證明被告或犯罪嫌疑人所涉犯罪事實存否及其內容之文書而言。如不具此特性，亦無證據適格可言。稅捐機關製作之刑事案件移送書、查緝案件報告書及處分書，內容固載有被告或犯罪嫌疑人涉嫌或受處分人違規等事實之相關證據或調查、處分經過等事項，但其本質上，乃係移送、報告或處分機關所製作之文書，而非屬於通常職務上為紀錄或證明某事實以製作之文書，且就其製作之性質觀察，係針對具體個案為之，尚非在其例行性之公務過程中所製作，因不具備例行性之要件，無特別之可信度，對於證明其移送之被告或犯罪嫌疑人所涉犯罪等事實，並不具嚴格證明之資格，自無證據能力。查被告彭紹華及其辯護人既爭執力特公司負責人賴大王等涉嫌內線交易不法案件移送書之證據能力，依上開說明，應認前揭文書無證據能力。」

(三)按刑事訴訟法第 159 條之 4 第 2 款規定：「除顯有不可信之情況外，從事業務之人於業務上或通常業務過程所須製作之紀錄文書、證明文書，得為證據」。係因從事業務之人在業務上或通常業務過程所製作之紀錄文書、證明文書，乃係於通常業務過程不間斷、有規律而準確之記載，通常有會計人員或記帳人員等校對其正確性，大部分紀錄係完成於業務終了前後，無預見日後可能會被提供作為證據之偽造動機，其虛偽之可能性小；何況如讓製作者以口頭方式於法庭上再重現過去之事實或數據亦有困難，因此其亦具有一定程度之不可代替性，除非該等紀錄文書或證明文書有顯然不可信之情況，否則有承認其為證據之必要。而證券交易所之股票交易分析意見書係依證券交易所管理規則第 22 條及該公司實施股市監視制度辦法規定之法定業務，依查核期間買賣公司股票之客觀交易情形所進行之統計分析，為業務上紀錄之文書，非個人主觀意見或推測

無證據能力，倘非屬於通常職務上為紀錄或證明之文書，且就其製作之性質觀察，係針對具體個案為之，並非在例行性之公務過程中所製作者，因不具備例行性，故無特別可信度，則此時該公務文書不當然視為有證據能力。

#### 第四節 小結

綜上所述，我國金融監督管理機關所進行的金融檢查，應屬於學者所稱對公司進行持續性與經常性的監督與管理，以確保公司經營及金融市場穩定為目的，且證交法草案並未通過，故現今的金融檢查並非嚴格意義下之調查權。然而，從金融監督管理委員會組織法第 5 條之立法意旨來看，雖將提示文件等資料及要求備詢之義務訂於組織法中顯有不當。但從實務運作，金管會若發現犯罪情事，應移送並舉發至檢調機關偵辦，金管會之檢查報告及相關書函也常成為法院審判之證據，故稱金管會享有準調查權並不為過，故筆者於本論文並不特別區分檢查或調查。然筆者認為金管會金融檢查之權限未來除應訂定於作用法。

此外，可參考期貨交易法第 99 條<sup>78</sup>之立法，賦予人民程序保障權利，使人民於說明時，得選任律師或會計師等專業人士到場辯護，以貫徹武器平等原則。惟目前期貨交易法第 99 條之立法過於簡略，僅賦予在場權，故似應參考刑事訴訟法第 245 條賦予陳述意見權，以貫徹受律師協助權之保護。又，為避免律師

---

之詞，其製作過程，苟無顯不可信之情狀，依刑事訴訟法第 159 條之 4 第 2 款之規定，自有證據能力（最高法院 99 台上字第 1634 號判決意旨參照）。查證券交易所係依證券交易法第 93 條經主管機關許可成立之公司，雖非公務機關，但依主管機關訂定之證券交易所管理規則第 22 條：「證券交易所對集中交易市場，應建立監視制度，擬具辦法申報本會核備，並確實執行。證券交易所為前項市場之監視，必要時得向其會員或證券經紀商、證券自營商、上市公司查詢及調閱有關資料或通知提出說明，其會員或證券經紀商、證券自營商、上市公司，不得拒絕」，以及證券交易所依上開授權而訂定之證券交易所實施股市監視制度辦法第 7 條：「本公司對於各種市場異常情形，經調查追蹤，即將有關資料完整建檔備供稽考，並對涉及違反法令者，逕行舉發或簽附有關調查報告報請主管機關核辦」等規定，可認臺灣證券交易公司為監視集中交易市場股票交易情形，平時即得調取投資人之開戶及相關交易資料，倘發現有異常情形，即應追縱調查後製作有關調查報告報請主管機關核辦或逕行舉發，此乃證券交易所之法定業務。是本件證券交易所於 94 年 12 月 1 日至 95 年 1 月 20 日對力特公司股票交易分析意見書，既係就本案被告賴大王出資設立之宏運公司投資人證券帳戶於查核期間買賣力特公司股票之客觀交易情形進行分析，乃該公司依其業務所製作之業務紀錄文書，依前開說明，屬刑事訴訟法第 159 條之 4 第 2 款之文書，係傳聞法則之例外，且被告等人及其辯護人亦未指明各該數據資料有何失真或顯不可信之狀況，應自有證據能力，至於該報告中之分析意見，足供司法機關之參考，但不拘束法院對於構成要件該當性之認定，該部分所涉，僅係該報告證明力為何之問題，附此敘明。」。

<sup>78</sup> 參考附錄相關法規。

或會計師等專業人士干擾行政檢查或調查之進行，對於得陳述之主題及時機亦應有所規範，以保障行政程序之進行，並同時使人民受正當程序之保障。

以美國法為例，區分一般性行政檢查與商業性行政檢查，由於金融事業屬於特許事業，其金融檢查屬於商業性行政檢查並無疑義，而就上市櫃公司，其上市櫃應與證交所與櫃買中心簽訂上市櫃契約，因契約所生之義務，使上市櫃公司必須接受檢查或監視，此種檢查行為係契約與法規所生之雙重義務，近似商業性行政檢查。又，目前金融檢查皆附帶有擔保措施，故人民必需接受金融檢查，否則必須承受罰鍰等不利後果，因此金融檢查的間接強制性，與第三章不自證己罪原則之緊張關係，將是第三章討論之重點。

整理金融檢查報告與調查結果於我國金融刑事案件運用之類型，可以看出許多判決均會援引金融監理機關之檢查報告，判決認為金管會證期局與金檢局所為之查核及記錄文書，係刑事訴訟法第 159 條之 4 第 1 款之特信性文書，具有證據能力。亦有判決特別要求金管會相關人員必須出庭作證，以明確瞭解案情之情況。

就證交所與櫃買中心之分析意見書，係刑事訴訟法第 159 條之 4 第 2 款之特信性文書，但判決中特別強調係證交所及櫃買中心基於查核結果所為之判斷，非鑑定報告僅為法院判決之參考，並不能拘束法院之裁判。同時亦有判決要求證交所或櫃買中心之人員需出庭作證，因法院認定分析意見書係綜合各部門意見，故該出庭人員並不要求係實際查核人員。另有法院實務判決認為，分析意見書之文件製作者於審判庭具結，才符合刑事訴訟法第 159 條之 4 第 2 款「除顯有不可信之情況外」之要件規定。但亦有判決認為股票交易分析意見書不符合刑事訴訟法第 159 條之 4 第 2 款所定特信性文書之要件，應無證據能力，可見關於股票交易分析意見書之性質，實務上仍有爭議，本論文第四章第一節第三目將更詳細討論。

基本上法院實務廣泛認定金融監理機關文書具有證據能力，而金融業自律公會之書函，亦可成為書證；然而，有法院實務判決更準確的認為金融監理機關之文書，應依其性質來判斷證據能力，例如：刑事案件移送書、查緝案件報告書及處分書，內容雖有被告或犯罪嫌疑人涉嫌或受處分人違規等事實之相關證據或調查、處分經過等事項，其本質上為移送、報告或處分機關所製作之文書，但非屬於通常職務上為紀錄或證明而製作之文書，故不具備例行性之要件，此時不能斷然依刑事訴訟法第 159 條之 4 第 1 款所定特信性文書之要件，而認為有證據能力。

因此，本論文認同前述判決之論點，金融監理機關之書函，不能全面依刑事訴訟法第 159 條之 4 而視為有證據能力，而應依其性質判斷其證據能力。筆者認為在刑事程序上最重要是審判庭盡可能接觸原始證據，並接觸多元的證據方法，如此一來更能獲得案件的真實，因此本論文認為部分實務判決，將金融監理機關人員傳喚為證人，而非一律採納金融監理機關人員之檢查報告或書函，此種處理方式亦值得參採。

### 第三章 金融行政檢查及調查程序與不自證己罪原則之調和

#### 第一節 不自證己罪原則於我國法之概念

##### 第一目 不自證己罪原則適用主體

###### (1) 適用主體：被告

參考美國法之概念，緘默權源自於不自證己罪特權 (Privilege Against self-incrimination)，依美國聯邦憲法增修條文第 5 條規定，任何人不得被強迫作出對自己不利之陳述。因此，國家不得強迫人民控訴自己犯罪，這是法律上最根本的原理原則，也是人性尊嚴最根本的保障。我國雖無「不自證己罪」之明文規定，但依釋字第 384 號解釋及釋字第 392 號解釋，此二號解釋揭示人權保障係我國刑事訴訟法及憲法的宗旨，同時根據聯合國「公民與政治權利國際公約」第 14 條第 3 項第 7 款：「不得強迫被告自供或認罪」，而我國已認可該國際公約。因此，不自證己罪原則已內化成為我國法根本的法律原則，同時亦是人性尊嚴的一部分<sup>79</sup>。

緘默權的保護主體是對案情最為熟悉的被告，被告在刑事訴訟法具有雙重地位，既享權利又負義務，因此被告地位形成的時點具體影響人民權益保障。不同於英美法的被告，英美法的被告可以透過宣誓程序而成為證人；相反的在我國刑事訴訟程序，被告不得成為自己案件之證人。目前我國偵查實務常以案件之「關係人」即犯罪嫌疑人名義傳喚通知（刑事訴訟法第 71 條、第 71 條之 1、刑事訴訟法第 196 條之 1），這也造成實務上當被傳喚為關係人時，若偵查機關一旦發現事證，關係人下一步即有可能成為被告的情形，而關係人依現行刑事訴訟法並無任何程序權保障<sup>80</sup>。

<sup>79</sup> 林鈺雄，不自證己罪之射程距離-最高法院相關裁判之回顧與評釋，台灣本土法學雜誌第 93 期，2007 年 4 月，頁 221-237。

林鈺雄，歐式米蘭達-歐洲人權法院 Allan 裁判及其劃時代意義之評析，台灣本土法學雜誌第 72 期，2005 年 7 月，頁 119-146。

林鈺雄，不自證己罪於非刑事程序之前置效力-評 96 年台上字第 7239 號判決及相關裁判，月旦法學雜誌第 161 期，2008 年 10 月，頁 266-284。

林鈺雄，論不自證己罪原則-歐洲整合趨勢及我國法發展之評析，臺大法學論叢，第 35 卷第 2 期，2006 年 3 月，頁 1-60。

王士帆，不自證己罪原則，春風煦日論壇-刑事法叢書系列 7 專題論著 2，2007 年 6 月，頁 106-145。

<sup>80</sup> 林鈺雄，不自證己罪之射程距離-最高法院相關裁判之回顧與評釋，台灣本土法學雜誌第 93 期，2007 年 4 月，頁 221-237。

林鈺雄，歐式米蘭達-歐洲人權法院 Allan 裁判及其劃時代意義之評析，台灣本土法學雜誌第 72 期，2005 年 7 月，頁 119-146。

簡而言之，被告和證人在刑事訴訟法上之地位並不相同，區分「關係人」是被告還是證人具有重大實益。被告在程序上享有諸如律師辯護權、受告知權利、因有緘默權而不受偽證罪追究，但關係人若被認定為證人，一無律師辯護權，二除享有拒絕證言權之外，原則上有真實陳述義務。然而，即便是基於不自證己罪的拒絕證言權，也未解除釋明或以具結代釋明之義務，而證人更是偽證罪的主體。為預防刑事追訴機關以曖昧不明的關係人名義，遊走於被告或證人的程序規範，為避免此種狀況發生，必須確實掌握「被告地位形成的時點」。有關被告地位形成之學說，有主觀說、客觀說及折衷說，主觀說是以偵查機關的心態來判斷，但偵查者的主觀如何認定，缺乏客觀事實可以佐證。依據客觀說的看法，係以偵查機關採取的行動來判斷被告地位是否形成，當進行逮捕、身體檢查或通訊監察等刑事訴訟法專為被告而規定的強制處分時，則被告地位已形成。但偵查機關其他作為，例如：詢問通知、傳喚及搜索，對象可以是被告或證人，則此時不能認定為被告或證人。目前通說是折衷說，折衷說主張必須藉助偵查機關主觀意思和客觀採取之措施來判斷，依偵查機關所為之措施，若能明顯判斷偵查機關之意圖，係針對被告而實施者，則該對象即為被告<sup>81</sup>。

除了刑事訴訟法上被告地位形成的時點有爭議外，在行政程序中檢查或調查階段，因其所得之結果有可能成為刑事訴訟法裁判之證據，因此於行政程序階段之相對人是否已實質成為被告，而亦有相關不自證己罪原則等權利保障，則有相當大的爭議，且相較於刑事訴訟程序更難判斷是否已有被告地位之形成，以下分析討論將會處理該問題。

## (2) 適用主體：證人

不自證己罪拒絕證言權與被告緘默權均屬不自證己罪權利範疇。證人行使刑事訴訟法第 181 條不自證己罪之拒絕證言權，應視訊問與其應回答之內容是否會導致或增加其受刑事追訴之危險而不能為全面之拒絕；反之，如訊問與其應回答之內容不會導致或增加其受刑事追訴之危險時，則不得行使拒絕證言權。被告之緘默權則與刑事訴訟法第 180 條基於親屬身分之拒絕證言權相同，對於訊問事項與其應回答之內容，不用考量是否會導致或受刑事追訴之危險，一律可拒絕回答，因此權利範圍較證人更大<sup>82</sup>。

---

林鈺雄，不自證己罪於非刑事程序之前置效力-評 96 年台上字第 7239 號判決及相關裁判，月旦法學雜誌第 161 期，2008 年 10 月，頁 266-284。

林鈺雄，論不自證己罪原則-歐洲整合趨勢及我國法發展之評析，臺大法學論叢，第 35 卷第 2 期，2006 年 3 月，頁 1-60。

王士帆，不自證己罪原則，春風煦日論壇-刑事法叢書系列 7 專題論著 2，2007 年 6 月，頁 106-145。

<sup>81</sup> 王士帆，不自證己罪原則，春風煦日論壇-刑事法叢書系列 7 專題論著 2，2007 年 6 月，頁 107-112。

<sup>82</sup> 林鈺雄，不自證己罪之射程距離-最高法院相關裁判之回顧與評釋，台灣本土法學雜誌第 93 期，2007 年 4 月，頁 221-237。

## 第二目 不自證己罪原則之適用

不自證己罪原則之適用，有以下重點：

### (1) 供述（陳述）基準與主動（積極）基準

美國法上不自證己罪之內涵大致與緘默權之保障相同範圍，所謂供述（陳述）基準，係指僅有「供述」形式之證據受到不自證己罪的保障，而「非供述」形式之證據則非不自證己罪原則保障之列，而美國聯邦最高法院支持供述基準。緘默權保障被告得保持緘默，但若國家要求被告以供述以外的方式作證，例如：要求被告主動提出帳冊或強迫被告呼氣酒測等，因不屬供述證據，則被告即不得使用緘默權而拒絕。在供述基準下，除了緘默權保障或拒絕證言權而無陳述義務外，其他會使自己入罪的非供述舉動，人民都有主動配合之義務<sup>83</sup>。

然而，德國通說與歐洲人權法院一致看法，所謂不自證己罪原則，是指被告沒有義務主動認定自己犯罪，即被告無主動積極協助義務，僅有被動協助和忍受義務。因此，被告並無義務以積極的作為來協助調查不利於自己的刑事追訴，國家更不能強制人民參與自己所涉及之犯罪事實的調查甚至強迫人民認罪。事實上，我國現行法規及實務與前揭不自證己罪原則適用有爭議的類型舉例如下<sup>84</sup>：

---

林鈺雄，歐式米蘭達-歐洲人權法院Allan裁判及其劃時代意義之評析，台灣本土法學雜誌第72期，2005年7月，頁119-146。

林鈺雄，不自證己罪於非刑事程序之前置效力-評96年台上字第7239號判決及相關裁判，月旦法學雜誌第161期，2008年10月，頁266-284。

林鈺雄，論不自證己罪原則-歐洲整合趨勢及我國法發展之評析，臺大法學論叢，第35卷第2期，2006年3月，頁1-60。

王士帆，不自證己罪原則，春風煦日論壇-刑事法叢書系列7專題論著2，2007年6月，頁106-145。

<sup>83</sup> 林鈺雄，不自證己罪之射程距離-最高法院相關裁判之回顧與評釋，台灣本土法學雜誌第93期，2007年4月，頁221-237。

林鈺雄，歐式米蘭達-歐洲人權法院Allan裁判及其劃時代意義之評析，台灣本土法學雜誌第72期，2005年7月，頁119-146。

林鈺雄，不自證己罪於非刑事程序之前置效力-評96年台上字第7239號判決及相關裁判，月旦法學雜誌第161期，2008年10月，頁266-284。

林鈺雄，論不自證己罪原則-歐洲整合趨勢及我國法發展之評析，臺大法學論叢，第35卷第2期，2006年3月，頁1-60。

王士帆，不自證己罪原則，春風煦日論壇-刑事法叢書系列7專題論著2，2007年6月，頁106-145。

<sup>84</sup> 林鈺雄，不自證己罪之射程距離-最高法院相關裁判之回顧與評釋，台灣本土法學雜誌第93期，2007年4月，頁221-237。

林鈺雄，歐式米蘭達-歐洲人權法院Allan裁判及其劃時代意義之評析，台灣本土法學雜誌第72期，2005年7月，頁119-146。

林鈺雄，不自證己罪於非刑事程序之前置效力-評96年台上字第7239號判決及相關裁判，月旦法學雜誌第161期，2008年10月，頁266-284。

林鈺雄，論不自證己罪原則-歐洲整合趨勢及我國法發展之評析，臺大法學論叢，第35卷第2期，2006年3月，頁1-60。

王士帆，不自證己罪原則，春風煦日論壇-刑事法叢書系列7專題論著2，2007年6月，頁

1. 刑法第 185 條之 3 是立法爭議頗大之條文，因刑事機關本可依刑事訴訟法身體檢查規定抽取被告血液（刑事訴訟法第 204 條及第 205 條之 1），測量血液酒精濃度，本不需違反被告意願強迫其吐氣，但依刑法本條的規定而要求人民吐氣酒測，將使人民有自證己罪之虞。

2. 被告提供文件之義務，從主動基準來看，被告因不自證己罪原則之保障，並無主動交付涉案文件之義務。參考 92 年度台上字第 1970 號判決<sup>85</sup>，最高法院亦認同要求當事人主動提供文件似有違不自證己罪原則。若從被告有忍受義務層面來看，當刑事機關依刑事訴訟法發動搜索與扣押，則被告不得主張不自證己罪而拒絕提供文件。

3. 改變容貌供指認或對質，也不需被告主動配合，屬於被動範疇，故無違不自證己罪原則之適用。出於指認之目的而改變被告特徵，在我國法下得依據刑事訴訟法第 205 條之 2 「或類似行為」為之。

根據 96 年度台上字第 1043 號判決：「證人此項拒絕證言權（選擇權），與被告之緘默權，同屬其不自證己罪之特權。」。再按，91 年度台上字第 4721 號判決明揭：「又刑事訴訟法規定被告有緘默權，被告基於「不自證己罪原則」，既無陳述之義務，亦無真實陳述之義務，同時亦不負自證清白之義務，不能因被告未能提出證據資料證明其無罪，即認定其有罪。」。從最高法院之裁判要旨，有最高法院認為證人之拒絕證言權與被告之緘默權，同屬其不自證己罪之特權；亦有最高法院將緘默權與被告不自證己罪原則並列，此外亦使用「證據資料」之概念，由於「證據資料」係寬泛且不確定法律概念，因此解釋上可以很多元，從最高法院之判決來看，就不自證己罪原則，實務並未採美國通說之供述基準，反而傾向於主動基準<sup>86</sup>。

根據不自證己罪的主動基準，被告享有的權利，不僅是緘默權，還包括得拒絕任何證明自己犯罪的主動積極協助義務，此乃基於強迫一個人自證己罪違反人性，且不具期待可能性又違反人性尊嚴，採取主動基準，即可防止人民在非自願情況下自我控訴入罪，而本論文以下將介紹歐洲人權法院判決以探討主動（積極）基準的發展歷程<sup>87</sup>。

---

106-145。

<sup>85</sup> 92 年度台上字第 1970 號判決：「至上訴人聲請原審命甲○○提出一達公司之工程款帳目清冊及地主簽訂之契約，則屬證據蒐集之範圍，亦與被告「不自證己罪」之訴訟法原則有悖，原審未命其提出，加以調查，核與應於審判期日調查之證據而未予調查之違法情形，尚不相當。」。

<sup>86</sup> 林鈺雄，不自證己罪之射程距離-最高法院相關裁判之回顧與評釋，台灣本土法學雜誌第 93 期，2007 年 4 月，頁 221-237。

<sup>87</sup> 林鈺雄，不自證己罪之射程距離-最高法院相關裁判之回顧與評釋，台灣本土法學雜誌第 93 期，2007 年 4 月，頁 221-237。

林鈺雄，歐式米蘭達-歐洲人權法院 Allan 裁判及其劃時代意義之評析，台灣本土法學雜誌第 72 期，2005 年 7 月，頁 119-146。

林鈺雄，不自證己罪於非刑事程序之前置效力-評 96 年台上字第 7239 號判決及相關裁判，月旦法學雜誌第 161 期，2008 年 10 月，頁 266-284。

## (2) 非刑事程序是否有不自證己罪原則之適用

不自證己罪原則之適用範圍，原為刑事程序，但發展至今，事實上國家發動行政程序所生之結果，嗣後將該結果運用至刑事程序而使得人民入罪，故行政程序是「有可能」產生刑事上的關連，因此實務及學界關注非刑事程序（包含民事程序及行政程序）應有適用不自證己罪原則之必要，以充分保障人民權利，並避免國家非法取證行為逃避至非刑事程序。因此，本論文以下將深入討論歐洲人權法院的 Saunders 案與 Funke 案等都是處理非刑事法的積極配合義務，而此類非刑事法義務將導致某種刑事追訴的效果。歐洲人權法院採取所謂「合併觀察」之論點，而認為當前置的非刑事程序已產生「刑事要素」時，則非刑事程序仍有不自證己罪原則適用之必要<sup>88</sup>。

## (3) 不自證己罪原則下的強制要素

國家機關不得「強制」刑事被告自證己罪，是不自證己罪的核心內涵，但無論是供述證據或非供述證據，究竟如何構成侵犯不自證己罪原則。歐洲人權法院表示，必須依個案判斷。但歸納來看「強制性」有下列幾種表現形式<sup>89</sup>，以利實務判斷：

1. 「直接強制」手段：即國家以強暴脅迫之方式取得證據。若以直接強制方式取得「供述證據」，由於此類手段不僅違反不自證己罪原則，更是國家直接施以強制力取得證據，故以不正訊問之明文規範處理即可。
2. 「間接強制」手段：最具爭議的是各種情形的依法強制 (legal compulsion)，即於法有據的「間接強制」 (indirect compulsion) 手段，諸如在法律中明文規定對不供述者、不提供文件者或迴避行政義務者，即施以某種不利處罰或制裁效果，並以此間接強制手段迫使人民提供文件或陳述，以達到強制被告自我入罪的目的。此種依法強制，仍是違反不自證己罪原則的「不當強制」 (improper compulsion)。

---

林鈺雄，論不自證己罪原則-歐洲整合趨勢及我國法發展之評析，臺大法學論叢，第 35 卷第 2 期，2006 年 3 月，頁 1-60。

王士帆，不自證己罪原則，春風煦日論壇-刑事法叢書系列 7 專題論著 2，2007 年 6 月，頁 106-145。

<sup>88</sup> 林鈺雄，不自證己罪之射程距離-最高法院相關裁判之回顧與評釋，台灣本土法學雜誌第 93 期，2007 年 4 月，頁 221-237。

林鈺雄，歐式米蘭達-歐洲人權法院 Allan 裁判及其劃時代意義之評析，台灣本土法學雜誌第 72 期，2005 年 7 月，頁 119-146。

林鈺雄，不自證己罪於非刑事程序之前置效力-評 96 年台上字第 7239 號判決及相關裁判，月旦法學雜誌第 161 期，2008 年 10 月，頁 266-284。

林鈺雄，論不自證己罪原則-歐洲整合趨勢及我國法發展之評析，臺大法學論叢，第 35 卷第 2 期，2006 年 3 月，頁 1-60。

王士帆，不自證己罪原則，春風煦日論壇-刑事法叢書系列 7 專題論著 2，2007 年 6 月，頁 106-145。

<sup>89</sup> 林鈺雄，不自證己罪之射程距離-最高法院相關裁判之回顧與評釋，台灣本土法學雜誌第 93 期，2007 年 4 月，頁 221-237。

3. 對緘默的不利評價亦是「間接強制」的類型：在歐洲人權法院之判決有討論此種情況，惟我國之刑事訴訟法第 156 條第 4 項，已表示不得以被告拒絕陳述或保持緘默而定罪，因已明確規範，故本論文不再討論。

4. 除了對不配合者施以制裁，「對配合者施以優惠」（如對自白者或認罪協商者優惠量刑）亦是「間接強制」的類型。

從以上分析來看，非刑事程序是否有強制要素，主要有四種類型。就緘默權保障，其強制要素判斷應重視事實層面的強迫效果，並應審酌各種情境及被告權利之保障等要素，因此有關強制要素這個概念，除了前揭四種類型外，應就每階段刑事程序具體分析而就事實層面加以判斷<sup>90</sup>。是以，歐洲人權法院認為應依個案再行分析，係保障人民權利的前瞻想法。

## 第二節 不自證己罪原則在「非刑事法」領域之發展-以德國法及歐洲人權法院判決為例

### 第一目 不自證己罪原則在「非刑事法」領域之發展-以德國破產法變革為例

基於不自證己罪原則，不得強迫任何人違反自己意志去積極證明自己的犯罪，是法治國的基本原則，同時也應保護被告不因其他程序上的主動協助義務而使自己自證己罪。然而，在刑事程序法以外之法領域，存在許多答覆義務、文書交付與主動協助義務，基於公共利益，人民負起完全且真實的陳述義務或提出文件之交付義務，若未遵循則施加行政法上的不利益，甚至直接賦予刑事犯罪之結果，使人民履行此類非刑事法的積極作為義務。人民不是履行非刑事法的答覆義務與協助義務而自證己罪，就是拒絕協助而犯上拒絕協助罪。但另一方面，若因完全顧慮人民在非刑事程序的陳述可能涉及自證己罪之危險，率而運用不自證己罪的保護，將會使得不自證己罪成為犯罪的保護傘，尤其對於難以取得資訊的事務，人民可以透過不自證己罪原則遁逃，將造成新的不公平，而形成另一個不正義<sup>91</sup>。

關於前述的衝突與問題，說明德國破產法變革歷程，可以提供思考我國法制之不同面向：

#### （一）1877 年破產法之破產人的主動協助義務

德國 1877 年制訂的〈破產法〉（Konkursordnung, KO），規定破產人在破產

<sup>90</sup> 王兆鵬，刑事訴訟中被遺忘的權利-緘默權，月旦法學雜誌第 145 期，2007 年 6 月，頁 171-190。

<sup>91</sup> 王士帆，不自證己罪原則，春風煦日論壇-刑事法叢書系列 7 專題論著 2，2007 年 6 月，頁 302-327。

程序負有答覆義務，分別是第 75 條、第 100 條與第 101 條。破產法第 75 條規定「破產法院為查明程序相關狀況，得為必要調查，尤其得訊問證人、鑑定人」，德國實務及文獻一致認為破產法院亦可以訊問破產人；第 100 條規定「對破產管理人、債權人委員會、債權人會議就程序相關狀況所為之詢問，破產人有義務答覆」，未答覆法院的訊問或答覆不完整者，依同法第 101 條第 2 項「破產人未履行法定義務或為保全破產人財產時，法院得強制拘提或聽審後管收之規定。前述三項規定，課予破產人主動協助義務，如同前述所提不自證己罪原則在非刑事法領域適用之爭議，當破產人因履行答覆義務而涉及自證己罪時，可否拒絕答覆，若未履行陳述義務能否強制管收。前述爭議，迫使德國聯邦憲法法院於 1981 年做出了影響深遠的「破產人裁定」<sup>92</sup>。

### （二）1981 年德國聯邦憲法法院「破產人裁定」

1981 年聯邦憲法法院的破產人裁定 (Grmeinschuldnerbeschluss)，被德國學者譽為憲法層次證據使用禁止的經典案例。德國破產法為了顧及債權人利益，取消人民的緘默權保障，為平衡不同利益，必須配合證據使用禁止原則，這是不自證己罪原則在行政法領域的突破。因此破產人不得主張拒絕陳述權，但強迫破產人自證己罪仍違反德國基本法第 2 條，即有關人民個性自由發展、生命權與身體均不得任意侵犯，人人享有生命和身體不受任意侵犯的權利。因人身自由不可侵犯。惟有依據法律才能對此權利予以干預。在權利衡量下，破產人的利益雖然必須對債權人的利益讓步，但破產人的答覆義務，必須以證據使用禁止加以補充。如前所述，這樣的答覆內容只能供破產程序的目的使用。假如破產人在國家強迫下自我指控入罪並供刑事程序使用，則破產人的人格權將受到侵害。在刑事程序中，破產人享有緘默權保障，非任意陳述不得使用；但若非刑事程序可以違反人民意願而強制取得其自我指控入罪的證據，並供刑事程序使用，則刑事訴訟賦予被告之緘默權保障將無意義。破產法規定了破產人的陳述義務，有強制履行手段，但沒有同時要求刑事程序證據使用禁止的規定。為填補這個漏洞，可以類推適用現行法或以間接援用憲法的方式。德國破產法採取類推適用之方式，透過這樣的填補，才與破產人在追訴其破產犯罪的刑事程序中之緘默權保障一致<sup>93</sup>，茲說明如下：

### （三）類推適用 1977 年租稅通則第 393 條第 2 項

德國聯邦憲法法院的破產人裁定，以調和破產法主動協助義務與不自證己

<sup>92</sup> 王士帆，不自證己罪原則，春風煦日論壇-刑事法叢書系列 7 專題論著 2，2007 年 6 月，頁 302-318。

楊朝鈞，行政調查可否適用不自證己罪原則-以稅務調查為例，國立高雄大學政治法律學系碩士論文，2015 年 6 月，頁 73-75。

<sup>93</sup> 王士帆，不自證己罪原則，春風煦日論壇-刑事法叢書系列 7 專題論著 2，2007 年 6 月，頁 302-318。

罪的衝突，除對破產法作出合憲性解釋，另一方面則要求在立法修改破產法以前，法院就相關案例須類推適用租稅通則第 393 條第 2 項之規定，從憲法層次對破產人揭露之陳述賦予證據使用禁止之效力。1977 年開始施行的德國租稅通則第 393 條第 2 項規定：「在刑事程序中，檢察官或法院從納稅資料知悉納稅義務人在刑事程序開啟前或不知刑事程序已開啟的情形下，為履行納稅義務而向稽徵機關揭露的事實或證據方法者，不得運用於追訴納稅義務人租稅犯罪以外之犯罪行為。對於其具有重大公共利益的追訴則不適用之。」。為調和租稅程序與刑事程序不同立法目的，德國立法者提出證據使用禁止原則，當刑事追訴機關從納稅資料知悉納稅義務人因履行納稅義務而向稽徵機關揭露的事實或證據，不得運用於追訴納稅義務人所揭露的犯罪行為。因此，納稅義務人負有主動協助義務，但納稅義務人的協助義務僅止於確保國家財政的課徵利益，其並無義務提供資料予追訴自己犯罪的刑事程序來運用。反之，追訴機關若從其他來源取得資料而知悉被告犯罪，則不在本條適用範圍之列<sup>94</sup>。

此外，租稅通則第 393 條第 2 項條文僅規定於刑事程序禁止運用，其他非刑事程序則不在禁止運用之列。另外，租稅程序不利於己之陳述，若得到被告即納稅義務人之同意，仍有證據能力，而不受租稅通則第 393 條第 2 項之限制。因此，不同於非任意性自白而絕對無證據能力，透過被告同意可以使陳述產生證據能力。租稅通則第 393 條第 2 項之立法，最大的爭議是但書「重大公共利益」之例外情況，在法律適用方面，如何判定刑事追訴及國家徵收稅金之利益何者為重大，於個案判斷十分困難，這只會使得租稅通則之適用陷入兩難，國家甚至可以透過適用「對於其具有重大公共利益的追訴則不適用之」乙文，直接忽略不自證己罪原則對人民之保護。又，證據使用禁止係針對一般犯罪的刑事程序，但對於先前稅務調查所查獲的租稅犯罪，卻未在禁止使用之列。如此一來，事實上納稅義務人並不會因為租稅通則第 393 條 2 項之規定而保障自身權利。在 1999 年訂定債務清理法後，前述租稅通則第 393 條第 2 項限制於「非租稅」的犯罪及「重大公共利益」例外條款的情形，債務清理法之立法已有改善<sup>95</sup>。

#### （四）1999 年債務清理法第 97 條第 1 項的立法發展-全面禁止

債務清理法第 97 條第 1 項「對於債務清償法院、債務管理人、債權人委員會、法院債權人會議之指示，破產人有義務答覆程序相關狀況。對於會招致刑事追訴或違反社會秩序的犯罪事實，債務人也應揭露。於進行債務人自己或刑事訴訟法第 52 條第 1 項規定之親屬的刑事追訴或違反社會秩序程序，因第一句

<sup>94</sup> 王士帆，不自證己罪原則，春風煦日論壇-刑事法叢書系列 7 專題論著 2，2007 年 6 月，頁 302-318。

<sup>95</sup> 王士帆，不自證己罪原則，春風煦日論壇-刑事法叢書系列 7 專題論著 2，2007 年 6 月，頁 302-318。

規定所取得的債務人答覆，非得債務人之同意，不得運用」，立法者認為債務人的答覆義務與協助義務是最重要的財產狀況資訊來源，故不因涉及刑事追訴而使人民得主張拒絕陳述權或緘默權。儘管強制答覆義務可能限制債務人的人格權，但依據聯邦憲法法院在破產人裁定的說明，債務清理法第 97 條第 1 項的規定並未違憲，且第三句之運用限制，亦使本條符合不自證己罪原則之保護。此外，關於債務清理法第 97 條第 1 項的適用，有兩點係適用上應注意，第一，第 97 條第 1 項條文所謂債務人答覆義務，原則上雖指口頭陳述，然運用上亦包括提出文書之義務；第二，該條項第三句禁止將債務人陳述提供刑事程序運用，並不包括刑事追訴機關本已獲得或由其他管道得知的相同訊息。不同於破產法的立法模式，債務清理法的立法者比 1877 年破產法的立法者更進步，清楚宣示即使會招致刑事追訴或違反社會秩序的犯罪事實，破產人仍有答覆義務的必要，並加入破產人裁定的見解，除非債務人本人之同意，否則禁止於刑事程序使用債務人因履行答覆義務而生的不利陳述，而該條項立法目的，就在遵守不自證己罪原則<sup>96</sup>。

債務清理法也比 1977 年租稅通則第 393 條第 2 項的立法更加進步，租稅通則第 393 條第 2 項的運用禁止，僅止於非租稅的一般犯罪而不及於租稅法則，且不涉及同法第 30 條第 4 項第 5 款所稱的重大公共利益犯罪始有適用，而債務清理法的立法者刪除重大公共利益的例外條款，全面禁止刑事程序使用人民於非刑事程序所提供的不利事證或陳述。1977 年租稅通則第 393 條第 2 項證據運用禁止之範圍，僅限於非租稅犯罪以及重大公共利益犯罪的排除例外規定，但債務清理法，一方面重申債務人有行政程序的答覆義務，另一方面除非債務人（即被告）同意，債務人之陳述或答覆在刑事程序就任何刑事犯罪一律不得運用<sup>97</sup>。

## 第二目 不自證己罪原則於德國的兩種立法方式

德國目前有兩種立法方式，對於就不自證己罪原則於行政法規領域之運用，可讓台灣立法者學習，說明如下：

### 第一種：「有受刑事追訴之虞時，得拒絕陳述」

非刑事法領域的主動協助義務，主要是讓人民據實陳述，以獲得相關資訊，倘資訊來源甚多且資訊取得容易時，人民的刑事利益應優先於國家資訊利益，立法者即應賦予拒絕答覆權。我國最典型的例子是民事訴訟法第 307 條第 1 項第 3 款規定：「證人所為證言，足致證人或與證人有第一款關係或有監護關係之

<sup>96</sup> 王士帆，不自證己罪原則，春風煦日論壇-刑事法叢書系列 7 專題論著 2，2007 年 6 月，頁 302-318。

<sup>97</sup> 王士帆，不自證己罪原則，春風煦日論壇-刑事法叢書系列 7 專題論著 2，2007 年 6 月，頁 302-318。

人受刑事訴追或蒙恥辱者，得拒絕證言。」與行政訴訟法第 145 條，均賦予人民拒絕證言之權利，前述兩條文是我國非刑事法領域拒絕陳述之規定。此類「有受刑事追訴之虞時，得拒絕陳述」的規定，意在維護人民不自證己罪之權利，無論是刑事程序或以外之領域，一律容許人民無須自證己罪，對於自己的犯罪事實得拒絕陳述，乃是德國立法者調和主動協助義務與不自證己罪原則衝突的主要方案<sup>98</sup>。

### 第二種：「不得拒絕陳述，但禁止運用於刑事追訴」

在某些類型案件，陳述義務人是唯一的資訊來源，機關若無陳述義務人的答覆，將無法執行特定的法律任務，甚至難以取得其他資訊，特別是債務、家族及繼承的陳述，與金融領域的事務。甚至若承認陳述義務人有拒絕答覆權，將比遵守義務享有更好的待遇，反而是另一種不公平。基於重要的資訊需求而規定人民有陳述或答覆義務時，為使這些主動協助義務合憲化，避免人民主動協助反招致自證己罪，需以證據使用禁止原則保護人民。簡而言之，就是人民不得拒絕陳述，但禁止運用於刑事訴訟，即禁止運用於非預定運用之目的，這也是歐洲人權法院保障不自證己罪原則的第二種方式。國家刑罰權，即犯罪的追訴和處罰，只能由刑事訴訟法來實現，非刑事法領域的法規，其課予人民的協助義務，目的並非追訴人民犯罪，而係各依其行政目的有其作用。禁止非預定目的的使用，一來是程序目的原本不同，二來也可遵守不自證己罪原則。人民不得拒絕陳述，但禁止運用於刑事追訴，是立法者解決不自證己罪原則在非刑事法領域衝突的第二種調和方案。解釋上，不只是陳述義務而已，其他課予人民主動協助之義務資料，皆不得運用於刑事追訴<sup>99</sup>。

前述第一種立法方式，因為法規用語為拒絕陳述，人民依舊得承受主動交付文書的義務、登記義務或申報義務等其他主動協助義務，非刑事法領域賦予人民因自證己罪之危險而享有拒絕答覆權，若未免除文書交付或其他主動協助義務，並不符合不自證己罪原則，事實上歐洲人權法院 1996 年 Sounders 案已將不自證己罪原則延伸到文書交付等主動協助義務。對第二種立法方式的批判，在於證據使用禁止效力不明，是否包含證據使用禁止的放射效力（毒樹果實的效力）仍有疑問，德國學術界普遍認為基於保護人民之立場，應採取絕對禁止之原則，以避免國家運用陳述人答覆之資料進一步偵查而獲取犯罪之證據，最後仍使人民遭受自證己罪之風險<sup>100</sup>。

<sup>98</sup> 王士帆，不自證己罪原則，春風煦日論壇-刑事法叢書系列 7 專題論著 2，2007 年 6 月，頁 318-327。

<sup>99</sup> 王士帆，不自證己罪原則，春風煦日論壇-刑事法叢書系列 7 專題論著 2，2007 年 6 月，頁 318-327。

<sup>100</sup> 王士帆，不自證己罪原則，春風煦日論壇-刑事法叢書系列 7 專題論著 2，2007 年 6 月，頁 318-327。

### 第三目 不自證己罪原則在「非刑事法」領域之發展-以歐洲人權法院判決為例

就不自證己罪原則在「非刑事法」領域之發展，提供並說明以下重要之案例：

#### (一) Funke 案及 John Murray 案確立不自證己罪原則之基本課題

Funke 案中，法國海關人員搜索申訴人 Funke 的住宅並扣押文件，以了解國外資產的狀況，海關要求交出銀行帳簿，但 Funke 未履行該義務。法國從未對 Funke 進行刑事訴追，但卻對 Funke 以隱匿文件為理由，起訴並要求支付罰鍰。Funke 在歐洲人權法院對法國提起訴訟，歐洲人權法院認為，法國海關官員對 Funke 提出罰鍰的訴訟，歐洲人權法院認為法國海關雖從未對 Funke 提起刑事訴訟，但認為本案已存有刑事訴訟的性質，因此有歐洲人權公約第 6 條<sup>101</sup>的適用。相較於 Funke 案所涉及的非供述證據（帳冊文件）及非刑事法的制裁。John Murray 案則是處理刑事被告於警訊時之緘默權及對行使緘默之評價，即法院可否就刑事被告保持緘默一事，據此證明其有犯罪。John Murray 案的案例如下：英國警方以涉嫌恐怖活動罪名為由逮捕 John Murray，並依法告知其緘默權利及行使緘默的結果，但被告仍拒絕陳述。英國法院最後援引北愛爾蘭的刑事證據法，認為被告有權保持緘默並拒絕自我入罪，但仍無礙於法院對其保持緘默推斷為不利犯罪事實之一。歐洲人權法院認為，歐洲人權公約的公平審判條款包含緘默權及不自證己罪的保障，對緘默評價並不當然違背公約內涵，而應以個案認定，本案經衡量並未違反公平審判條款<sup>102</sup>。

從上述案例，提供歐洲法律發展幾項重要原則：

#### 1. 確立不自證己罪原則係屬歐洲人權公約第六條公平審判的保障範圍

事實上，歐洲人權公約並無關於不自證己罪的明文規定，但從前述個案裁判顯見，歐洲人權公約第 6 條公平審判之保障包含保持緘默以及不自證己罪。此外，適用範圍也從 John Murray 案警訊之緘默權（right to remain silent under police questioning），現今逐步擴張至其他訊問情境，特別是前置的行

<sup>101</sup> 歐洲人權公約第六條：「一、在決定某人的公民權利與義務或在決定對某人的任何刑事罪名時，任何人有權在合理的時間內受到依法設立的獨立與公正的法庭之公平與公開的審訊。判決應公開宣布，但為了民主社會中的道德、公共秩序或國家安全的利益，而該社會中為了少年的利益或保護當事各方的私生活有此要求，或法院認為在其種特殊的情況下公開將有損於公平的利益而堅持有此需要，可以拒絕記者與公眾旁聽全部或部分的審判。」。此項，即公平審判原則，也正是不自證己罪原則於歐洲人權公約之適用依據。

<sup>102</sup> 林鈺雄，論不自證己罪原則-歐洲整合趨勢及我國法發展之評析，臺大法學論叢，第 35 卷第 2 期，2006 年 3 月，頁 1-60。

政調查程序及相當於訊問之情境（實質上具有取得供述內容功能之非形式訊問）。若非刑事程序沒有不自證己罪原則之適用，將架空檢察官舉證之義務，非刑事程序所取得之任何證據，在刑事程序上就可以直接判定被告有罪，被告反而必須就非刑事程序所取得之證據在刑事庭舉證證明其並無犯罪，這樣的運作方式，實已違背憲法或刑事訴訟法上最重要的無罪推定原則<sup>103</sup>。

## 2. 不自證己罪原則之主動基準與強制要素

Funke 案確立不自證己罪原則受公約第 6 條保障，並確立前述之主動基準，即禁止國家機關課予人民主動積極配合對其追訴之義務。在 Funke 案中，國家要求當事人履行主動義務並提出對己不利的非供述證據，若以前述的主動（積極）基準來看，即可解釋海關官員已違反不自證己罪原則之內涵。此外，還有更重要的「強制性」(Compulsion)要素，因不自證己罪原則上並不禁止被告自願與主動的配合國家追訴，因此違反不自證己罪原則，國家機關需有「不當強制」的行為，而此種依法強制之類型，仍具有強制性。Funke 案的強制性，就是對違反義務者課予人身自由拘束及財產上的不利益處罰，以擔保當事人確實提出文件。歐洲人權法院認為，依法強制之類型仍破壞不自證己罪。惟主動基準係禁止國家強制被告積極配合追訴自己的犯罪，但並未免除「消極」的忍受義務，因此就抽血檢測等訴訟法之強制處分，人民仍需配合國家機關完成相關程序<sup>104</sup>。

## 3. 不自證己罪原則保護範圍包含非刑事程序

Funke 案涉及的是海關法，在此所生爭議是主動基準原則是否亦涉及非刑事程序，歐洲人權法院認為，海關法可以基於特殊行政目的而課予相對人提出文件之義務，但並不能因而侵犯刑事被告之不自證己罪權利，而之後也被歐盟刑事法典採納為基本原則<sup>105</sup>。雖法院事後並未對 Funke 進行刑事追訴，但歐洲人權法院認為，當非刑事法領域的積極配合義務已產生刑事法關聯時，則應受不自證己罪原則之拘束，而這種關聯不以實際追訴為限。有關與刑事法關聯的案例類型及其證據使用，則以下述 Saunders 案為明確的表示<sup>106</sup>。

<sup>103</sup> 林鈺雄，論不自證己罪原則-歐洲整合趨勢及我國法發展之評析，臺大法學論叢，第 35 卷第 2 期，2006 年 3 月，頁 1-60。

<sup>104</sup> 林鈺雄，論不自證己罪原則-歐洲整合趨勢及我國法發展之評析，臺大法學論叢，第 35 卷第 2 期，2006 年 3 月，頁 1-60。

<sup>105</sup> 林鈺雄，論不自證己罪原則-歐洲整合趨勢及我國法發展之評析，臺大法學論叢，第 35 卷第 2 期，2006 年 3 月，頁 1-60。

<sup>106</sup> 林鈺雄，論不自證己罪原則-歐洲整合趨勢及我國法發展之評析，臺大法學論叢，第 35 卷第 2 期，2006 年 3 月，頁 1-60。

## (二) Saunders 案確立刑事程序需與非刑事程序合併觀察

Saunders 案延續前述不自證己罪原則適用於非刑事程序需有「刑事法關聯」的立論。該案涉及英國 1985 年的公司法，為對抗法人詐欺等不法行為，課予公司負責人具有回覆詢問之義務，其回覆答詢之內容在後來刑事程序是否得使用，頗有爭議。和 Funke 案不同的是，Saunders 不僅被刑事追訴，英國法院亦採納該答詢內容作為有罪裁判之依據。英國政府主張 Saunders 在公司法的調查程序非刑事程序，非歐洲人權公約第 6 條刑事被告之身分，因此當無不自證己罪原則之適用。但歐洲人權法院肯定本案之刑事要素，並表示不能以前置或分離程序的方式，來規避應有的程序保障。一旦後來的刑事程序使用了先前依法強制而得之證據，就會構成對不自證己罪權利之侵犯。而且，公共利益也並非強制自我入罪之正當化事由。前述 Funke 案與 Saunders 案，明白將不自證己罪原則擴展至非供述證據及前置於刑事訴訟的非刑事程序，並且進而連結到證據使用禁止的效果。但在強制要素部份，學者認為仍有不足，合法強制固然也是不當強制的一種，但法院對 John Murray 案的緘默評價，卻未被視為不當強制，則是保障不足之處<sup>107</sup>。

## (三) Allan 案擴展不自證己罪原則之保護範圍

Allan 案的案例簡述如下，Allan 涉嫌多起強盜案件，但經英國警方多次訊問皆行使緘默權。後 Allan 被拘禁於看守所，英國警方安排一警方線民，與 Allan 同住，該線民受警方之委託引誘 Allan 說出犯罪之線索，警方並要求線民必須盡力挖掘出任何不利 Allan 的證據，最後英國警方在線民身上安裝錄音設備。線民在警詢時不僅作出不利 Allan 的供述筆錄，並宣稱 Allan 已親口向他招認其所犯罪行。Allan 案涉及歐洲人權公約第 6 條之適用，該個案特殊點如下：1. Allan 自始至終行使緘默權；2. Allan 案是針對在押被告的刺探行為，而非對被告警詢；3. 國家不法行為來自線民的刺探措施，該線民的刺探措施是由警方自行發動而未經法官審查與許可。但於審判中，英國法院使用了秘密錄音與錄影及線民的證言，而此種情況是否違反不自證己罪原則<sup>108</sup>。

申訴人 Allan 主張，秘錄行為與線民的訊問方式，嚴重影響其陳述自由，英國政府認為秘錄行為並非在強暴脅迫下所為，且被告亦有機會於審判中質疑該證據。歐洲人權法院認為緘默權及不自證己罪原則，主要是保障被告不受國家直接強制、不當強制或違反被告意願而取得證據，以確保人民在國家偵訊時可以保持緘默，但不同的是本案是國家透過線民來取得被告陳述。此時，應判斷線民是否係作為國家代理人而活動，並判斷被告陳述是否為線民誘發或刺激

<sup>107</sup> 林鈺雄，論不自證己罪原則-歐洲整合趨勢及我國法發展之評析，臺大法學論叢，第 35 卷第 2 期，2006 年 3 月，頁 1-60。

<sup>108</sup> 林鈺雄，歐式米蘭達-歐洲人權法院 Allan 裁判及其劃時代意義之評析，台灣本土法學雜誌第 72 期，2005 年 7 月，頁 119-146。

所生。因此必須個案加以判斷，考量線民與被告之談話，是否已達「功能上與訊問等價」之概念。就本案的狀況，Allan 的陳述，係線民有意設局的套話才挖掘出有罪陳述，而並非 Allan 的自發性談話，歐洲人權法院認為這種交談事實上已經等價於訊問，且未受緘默告知等程序保障之權利，故已經侵犯其陳述自由，而有不自證己罪原則之違反<sup>109</sup>。

Allan 案的最大貢獻是擴展不自證己罪原則之保護範圍，以「功能上與訊問等價」之概念來取代「形式訊問」之概念，以避免國家透過非形式訊問之其他方式而不正取得被告陳述。此外，認為臥底線民這種隱性偵查手法具有國家性，因此線民正式定位為國家代理人，線民的取證是屬於國家的不法取證行為。然而，Allan 案仍未處理 John Murray 案中，法院對被告緘默的不利評價，是否為不當強制之問題。此外，歐洲人權法院一貫以個案判斷方式處理，欠缺建立整體基準之架構<sup>110</sup>。

### 第三節 不自證己罪原則在我國「非刑事法」領域之發展

#### 第一目 不自證己罪原則在我國「非刑事法」領域之現況

最高法院有相關裁判係針對不自證己罪原則的適用情況，足見不自證己罪原則於我國實務仍在發展中，根據 94 年度台上字第 51 號判決及 96 年度台上字第 7239 號判決，說明民事訴訟程序上未告知得拒絕證言之效果，不僅該證言不得作為證據，且證人亦不用就其證言負偽證罪之責任。我國不自證己罪之基本內涵要素，主要為仍適用於刑事程序、被告就陳述與否有選擇的自由及禁止國家以強制方式取得證據。違反不自證己罪在法律上之效果，在我國法上為證據能力層次的證據使用禁止（第 158 條之 2 第 2 項、第 158 條之 4），以及證明力層次的緘默評價限制（第 156 條第 4 項的自由心證原則之特別限制）。由於我國亦有告知義務以保障不自證己罪原則之規定（第 95 條、第 181 條及第 186 條），故違反告知義務為證據使用禁止的主要類型，亦為得上訴第三審法律審之事由<sup>111</sup>。

「非刑事程序」有無不自證己罪原則之適用是本論文重點，就不自證己罪原則於非刑事程序的適用，主要在於是否產生刑事法關連，歸納有以下樣態<sup>112</sup>：

<sup>109</sup> 林鈺雄，歐式米蘭達-歐洲人權法院 Allan 裁判及其劃時代意義之評析，台灣本土法學雜誌第 72 期，2005 年 7 月，頁 119-146。

<sup>110</sup> 林鈺雄，歐式米蘭達-歐洲人權法院 Allan 裁判及其劃時代意義之評析，台灣本土法學雜誌第 72 期，2005 年 7 月，頁 119-146。

<sup>111</sup> 林鈺雄，不自證己罪於非刑事程序之前置效力-評 96 年台上字第 7239 號判決及相關裁判，月旦法學雜誌第 161 期，2008 年 10 月，頁 266-284。

<sup>112</sup> 林鈺雄，不自證己罪於非刑事程序之前置效力-評 96 年台上字第 7239 號判決及相關裁判，月旦法學雜誌第 161 期，2008 年 10 月，頁 266-284。

(1)違反行政義務即課予刑事處罰，如：罰金、拘役及徒刑，如：證交法第 177 條等，此種行政程序之進行當然具有刑事法的關連。

(2)因遵守行政法之義務而可能招致其他刑事追訴處罰之虞者，而同一行為將導致行政罰與刑事罰競合者，如駕駛人肇事逃逸情形，即道路交通管理處罰條例第 62 條及刑法第 185 條之 3 的競合，使交通程序亦有刑事法之關連。

(3)民事訴訟法與行政訴訟法規定的證人義務，若未據實陳述，由於偽證罪的處罰亦包民事程序和行政程序的虛偽陳述，因此民事訴訟法與行政訴訟法在此層面上亦具有刑事法的關連。

採取 Saunders 案的一貫立場，即不採取非刑事程序與刑事程序分離觀察的論點，而以非刑事程序與刑事程序合併觀察為立場。採取合併觀察的論點，可以避免國家主張相對人在行政檢查時被告地位仍未形成而任意取證，最後反使人民自陷己罪。因此，採取合併觀察法的立場，當前置程序成為刑事整體取證程序的一環時，才會產生刑事法上不自證己罪原則保障的問題。因此，不自證己罪原則的適用範圍，將大幅提前至前置程序的取證時點。

## 第二目 金融行政檢查及調查與不自證己罪原則之緊張關係

前述說明司法裁判現行的情況，本目將說明不自證己罪原則在我國非刑事法規面的落實。我國在非刑事法領域亦存有許多侵害人民不自證己罪權利的主動協助義務，要求人民配合行政機關檢查、調查或有提出文書之義務，例如：證交法第 38 條及證交法第 38 條之 1。甚至以拒絕協助罪的形事入罪化作為迫使人民履行的督促手段，例如：銀行法第 127 條之 2<sup>113</sup>等諸多規定。但我國目前不自證己罪原則在非刑事領域的保護，卻只有民事訴訟法第 307 條第 1 項第 3 款與行政訴訟法第 145 條之拒絕證言規定<sup>114</sup>。

在租稅行政，並未討論有無牴觸不自證己罪原則，認為人民在稽徵程序所進行的協助調查義務，實為公平課稅原則所衍生之義務，因此不侵害人民權利。釋字第 218 號解釋，強調納稅義務人協力義務的合憲性。就交通行政方面，釋字第 284 號解釋與釋字第 531 號解釋均認為道路交通管理處罰條例係為增進行車安全，故無違憲之虞<sup>115</sup>。在交通行政方面，針對警察運用職權行使法第 8 條，日前桃園地院要求警方執行酒測，應以「有危險駕駛行為」為主，如開車不穩、飆車逃逸、刻意躲避等，警方臨檢酒測執行技術應略做調整而不得一律酒測<sup>116</sup>，

<sup>113</sup> 參考附錄相關法規。

<sup>114</sup> 王士帆，不自證己罪原則，春風煦日論壇-刑事法叢書系列 7 專題論著 2，2007 年 6 月，頁 328-331。

<sup>115</sup> 王士帆，不自證己罪原則，春風煦日論壇-刑事法叢書系列 7 專題論著 2，2007 年 6 月，頁 328-331。

<sup>116</sup> 桃園地院法官錢建榮指出，警察職權行使法不應擴張」並判決姬姓男子免罰，警方設臨檢點酒測，經過車輛一律攔檢，做法值得商榷，應該以「有無危險駕駛」為判斷依據。

從實務最近的發展，就交通行政部分已有節制警察行政權而回歸刑事訴訟法取證之呼聲，以避免行政機關動輒向人民取證，使人民自陷其罪。

實務上，金檢局進行金融檢查，基本上按照檢查手冊及年度金融檢查重點進行金融檢查，手冊載有財務、業務、內部控制管理及法規遵循等各方面檢查事項，並依當年度不同的檢查重點進行檢查，實地檢查時，檢查人員命公司提出文件及資料，甚至金檢人員直接查核金融事業內部之電腦資料，基本上我國金檢局進行金融檢查，定義為金融監理之行為，並不認為有侵害人民不自證己罪原則之虞<sup>117</sup>。

#### 第四節 小結

目前金融監理機關進行金融檢查，皆有擔保措施，故相對人必須忍受被檢查之義務，否則須承擔拒絕檢查之後果，如金融監督管理委員會組織法第 5 條第 7 項及投信投顧法第 113 條等條文。依前揭說明，各種情形的依法強制，如於法有據的間接強制手段，比如規定對不供述者或不提供文件者，施以罰鍰等制裁效果。此種依法強制，依前述分析亦違反不自證己罪原則的不當強制，故金融檢查已具備強制要素。

此外，金融監理機關於檢查若發現任何不法情事，皆會移送至檢調機關偵辦，從前述判決的蒐集，法院於審判中大量引用金融檢查報告作為審判證據亦是不爭的事實。站在保護人民的立場，金融監理機關在進行檢查時，由於該報告亦有可能提供於刑事審判庭，且依據金管會網站說明，金融監督管理委員會組織法第 5 條已賦予金管會準調查權，因此已近似一種準司法權的定位，因此我國金融檢查亦帶有調查權之性質。

「非刑事程序」有無不自證己罪原則之適用，重點在於是否產生刑事法關連，學者認為當遵守行政法之義務而可能招致其他刑事追訴處罰之虞者，此時則應有不自證己罪原則之適用，從筆者所蒐集之判決來看，鑒於金融檢查雖同時賦有維護金融秩序之目的，但事實上亦常成為刑事訴訟之證據，故金融檢查之程序，可依審判個案判斷是否已有刑事法關聯。

基於金融市場保護及人民權益保障之雙贏立場，筆者認為金融檢查或調查若是基於金融監理或管理，所發動一般檢查或專案檢查，由於係維繫金融市場之運作，仍視為一般行政程序；然若為民眾檢舉或重大事件所生之檢查或調查<sup>118</sup>，由於進入刑事程序之可能性很大，得參考不自證己罪原則，賦予人民更多程

<sup>117</sup> 筆者於工作經驗中，曾有發生在無搜索票情況下，金檢局人員是否可主動查核金融事業電腦之爭議，然而基於行政機關享有行政裁量權，關於本爭議並無具體結論。

<sup>118</sup> 根據 2014 年 5 月 6 日蘋果日報的報導，格勞克斯證交所：查核僅 3 天-F-再生案金管會移送檢調追查特定人頭。本案係涉及格勞克斯集團是否不當放空 F-再生股，而格勞克斯集團則質疑證交所僅花 3 天訪查 F-再生，其中 1 天還是中國長假，許多公家機構休假，對證交所在短期

序保障。

基於保護人民權利，避免國家恣意取證之立場，我國不自證己罪原則，應採主動（積極）基準，因此人民並無義務主動認定自己犯罪或積極協助國家追訴或偵辦，人民僅有被動協助和忍受義務，也因此不自證己罪保護範圍，不應限於拒絕陳述，在主動（積極）基準之下，亦可拒絕交付文書或其他主動協助國家的義務。

正如前述第二章第一節第二目所述，金融檢查所生之結果，亦是改善金融機構與金融市場的一項指標，許多金融立法工作都是因應金融檢查結果所生之補救措施，因此一味賦予人民拒絕陳述與拒絕交付文書等義務並不實際。此外，金融犯罪多半複雜且隱密，若欠缺金融檢查所得之犯罪資料，對於定罪率不高的金融刑事犯罪無疑雪上加霜。目前我國立法並未學習德國「有受刑事追訴之虞時，得拒絕陳述」或「不得拒絕陳述，但禁止運用於刑事追訴」兩種立法方式。此外，依英國金融服務與市場法第 174 條，除當事人或其代表人自行引用調查程序所取得之證據外，原則上調查機關取得之陳述，檢察機關不得引用為證據且亦不得提問。



---

內是否取得完整證據存疑，而這樣的查核過程，對於日後刑事訴訟是否有影響，仍有爭議。

## 第四章 證據能力與證據方法-以金融監理機關角色為例

### 第一節 證據能力與證據方法之概念

刑事案件必須依據證據裁判，而何種證據資料得成為認定犯罪事實的基礎，此即為證據資格的問題，刑事訴訟法第 155 條之證據能力，即為證據資格，係指刑事證據資料中得作為證據，而具有證明或認定被告犯罪事實之資格者。此種得作為證明或認定被告犯罪事實之形式資格或地位，又稱為證據資格 (Beweisfähigkeit)。在我國採嚴格證明法則下，證據之前提必須具有證據能力，必須無證據使用禁止，同時必須使用法定證據方法與法定調查程序<sup>119</sup>，本論文第五章將會詳細說明。

在英美法上證據容許性即為證據能力之概念，我國在採英美法傳聞法則後，此概念特別重要，證據之前提必須具有證據容許性，係指得為刑事法庭之證據必須足以影響訴訟上的任何事實，亦即為有關聯性的證據，美國聯邦證據法第 401 條並對有關聯性證據加以定義如下：

Federal Rules of Evidence Rule 401. Test for Relevant Evidence  
Evidence is relevant if:

- (a) it has any tendency to make a fact more or less probable than it would be without the evidence; and
- (b) the fact is of consequence in determining the action.

就足以影響訴訟決定之任何事實存否之認定，若有某一證據存在，則該事實存在與否之可能性，較無該證據存在為高時，任何具有此一傾向之證據，即屬有關聯性之證據。證據容許性之另一概念則為非傳聞證據，因傳聞證據未經當事人交互詰問，未經交互詰問則未能獲得真實，故不具有證據上的容許，也是本論文以下討論的重點<sup>120</sup>。

### 第二節 我國傳聞法則之基本規定與例外

#### 第一目 我國傳聞法則之意義

民國 92 年修正刑事訴訟法，在保障被告反對詰問權的原則下，修正刑事訴訟法第 159 條第 1 項即「被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。」並增訂第 2 項為「前項規定，於刑事訴訟法第 161

<sup>119</sup> 林鈺雄，刑事訴訟法（上），元照出版有限公司，2010 年 9 月，頁 468-471。

<sup>120</sup> 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，元照出版有限公司，2003 年 4 月，頁 1-5 及頁 86-89。

條第 2 項之情形及法院以簡式審判程序或簡易判決處刑者，不適用之。其關於羈押、搜索、鑑定留置、許可、證據保全及其他依法所為強制處分之審查，亦同。」

傳聞法則之適用衍生以下問題值得討論：

#### (一) 傳聞法則與直接審理原則之關係

傳聞法則與直接審理原則，兩者不應是對立而是相輔的概念。直接審理原則包含「原始證據原則」與「直接調查原則」兩個層面，前者是強調證據的原始性，不得以其他證據代用，因此當有證人時應直接於法庭詰問，而不應使用證人之供述筆錄，故又稱為實質的直接主義；後者是證據應由法官親自調查，不得由他人代行，屬於證據的調查方式，又稱為形式的直接主義。過去，我國只重形式直接原則，只要經過法官審理之事證，一律得為證據。其實，基於直接審理主義，法院應以原始證據，作為認定事實的依據，因此證據方法應有直接性，證據方法可以是人證，更可以是物證或書證，只是物證或書證可透過扣押來取得，關於證據方法的直接性，較容易證明。而人證的陳述，則是直接審理原則處理的重點，審判庭不應朗讀證人審判庭外的詢問筆錄、訊問筆錄或陳述書來替代訊問與詰問。甚至，傳喚到庭的證人轉述他人審判外的陳述，即傳聞陳述，亦不符合直接審理原則<sup>121</sup>。

傳聞法則是禁止使用傳聞證據的法則，專門處理證人陳述之證據能力，主要是保障當人反對詰問權，以確保可以得到案件的真實。因此不論是以書面代替到庭的陳述即傳聞書面，或到庭的證人轉述他人審判外的陳述即傳聞陳述，原則上因為當事人無法直接進行反對詰問，因此不具有證據能力。因此，就以上說明，直接審理原則不僅規範人證的陳述，更規範物證證據方法的實質直接性，及法官親自調查的形式直接性；就此立場來看，傳聞法則僅限制被告以外之人於審判外的陳述，直接審理原則運用的範圍似乎更廣。在我國法制下，傳聞法則與直接審理如何互補更為重要，依刑事訴訟法第 161 條及第 163 條，關於證據調查，雖改採當事人進行主義，惟仍保留法院職權調查的直接審理原則，可見我國並未全面揚棄直接審理主義。又，關於被告以外之人的審判外陳述，固然受到第 159 條傳聞法則之規範，但陳述以外之證據，此時就可以運用直接審理主義實質直接性原則的補充，在審判期日以符合形式直接性的法定程序下進行證據調查<sup>122</sup>。

傳聞法則主要在充分保障被告詰問權，可補直接審理原則之不足，例如：審判期日證人經檢察官詰問，但被告於行反對詰問前死亡，或證人行使拒絕證言權等，都無法實質的進行反對詰問，根據傳聞法則，除非有特別規定，原則上前述情況將不能成為證據。事實上如落實直接審理原則，其適用範圍將比傳聞法則廣，將包括禁止使用被告自白之替代品，特別是實務上的司法警察與調

<sup>121</sup> 陳運財，傳聞法則與直接審理，月旦法學教室，第 21 期，2004 年 7 月，頁 133-136。

<sup>122</sup> 陳運財，傳聞法則與直接審理，月旦法學教室，第 21 期，2004 年 7 月，頁 133-136。

查局之調查筆錄、偵訊筆錄，該種供述證據國家最容易以強制手段取得。對於非供述證據，也不得使用證據替代品，例如替代提示證物之扣押清單。反之，傳聞法則僅針對被告以外之人的供述證據限制<sup>123</sup>。

## （二）對質詰問權與傳聞法則之關係

傳聞法則的精神，主要是透過當事人詰問權之保障以發現案件真實。因此美國對質詰問權與傳聞例外關係之演變，值得我國法制借鏡。依據美國聯邦憲法增修條文第 6 條規定刑事被告有面對面詰問證人之權利，其權利主體為被告，權利內涵包括下列三項：（1）被告有於證人作證時自視證人的權利、（2）被告有使證人作證時看見自己的權利、（3）詰問證人之權利。美國的定義與我國對質詰問權之「對質」意義稍有不同，惟國內學者均翻譯為「對質詰問權」。而我國的對質權，被告與證人同時在場，被告與證人均可對可疑點提問、辨明、解釋的權利<sup>124</sup>。

我國於釋字第 384 號解釋已認為，對質詰問權是我國憲法第 8 條保障正當法律程序的內涵之一。釋字第 582 號解釋亦表示，詰問權在我國憲法上，不但為憲法第 16 條之訴訟基本權所保障<sup>125</sup>，亦屬憲法第 8 條第 1 項規定正當法律程序的內涵。進一步釐清的是憲法第 8 條正當程序所保障的詰問證人權之內涵，包括使不利於己之證人於被告在場下直接陳述；被告在當場面對面的情況下，直接詰問證人以達彈劾或辨明的目的；再者法院應透過強制程序傳喚證人，使證人具結並由被告詰問。所謂不利於己之證人，應包括被害人、告訴人、證人、共犯或共同被告均在內<sup>126</sup>。

就實定法來看，現行刑事訴訟法第 163 條第 1 項規定，基於當事人進行主義，被告享有請求調查證據權，如調查證人或鑑定人；被告或其辯護人，並得為調查之主體，可以直接詢問之。又，依刑事訴訟法第 166 條第 1 項規定，於審判長訊問證人或鑑定人後，被告或辯護人得詰問之。該詰問權係指被告面對面並透過發問而使證人面對自己而為陳述，且證人亦得對其陳述辨明及爭執之意。又，依刑事訴訟法第 97 條，被告得請求與共同被告對質，而刑事訴訟法第 184 條第 2 項規定，被告得聲請與證人對質。因此，在刑事訴訟法實定法層面實

<sup>123</sup> 陳運財，傳聞法則與直接審理，月旦法學教室，第 21 期，2004 年 7 月，頁 133-136。

<sup>124</sup> 吳巡龍，對質詰問權與傳聞例外-美國與我國裁判發展之比較與評析，台灣法學雜誌第 119 期，2009 年 1 月，頁 116-133。

<sup>125</sup> 就對質詰問權是否有受益權性質，學者認為並不適當，以避免國家機關以立法自由形成為由而不當限制此種權利，故對質詰問權屬憲法第 8 條第 1 項規定正當法律程序的內涵較為妥適，惟此並非本論文討論的重點，在此不再贅述。

<sup>126</sup> 吳巡龍，對質詰問權與傳聞例外-美國與我國裁判發展之比較與評析，台灣法學雜誌第 119 期，2009 年 1 月，頁 116-133。

質上已保障憲法詰問權<sup>127</sup>。

依釋字第 582 號解釋<sup>128</sup>來看，詰問權與對質其實有所區別，因我國刑事訴訟法在傳統上由法官依職權進行證據調查下而設有「對質」的規定，並引進由當事人主導進行的交互詰問制度，為了避免以對質取代交互詰問，造成憲法上詰問權運用遭到不當的限縮，故仍有區分「對質」與「詰問權」的必要。但司法實踐上，詰問權為不可取代之權利，對質僅係補充詰問不足之部分。依刑事訴訟法第 97 條及第 184 條，對質之型態，包括被告與被告、被告與證人、證人與證人間的對質，係對於同一待證事實或相關連的事項，彼此間的陳述有出入矛盾時，為判斷何者陳述可信，為發現真實之必要，而由審判長來主導對質的進行<sup>129</sup>。

依刑事訴訟法第 97 條及第 184 條之規定，被告有請求對質之權利，但就適用範圍，對質權僅在被告與證人或具共犯關係之共同被告陳述不一致，而有釐清真實之必要時，始需與證人或共同被告對質，若顯無必要或惡意拖延訴訟，法院仍得拒絕實施對質(刑事訴訟法第 97 條第 2 項)。但詰問權則無此範圍之限制。倘被告行使詰問證人時，就證人陳述內容為充分的辨明，而請求進一步為對質之必要時，法院予以拒絕，並不生侵害被告對質權之問題，對質乃由審判長主導進行之程序，必要時可使被告與證人相互發問，以辨明真相；惟刑事訴訟法第 166 第 1 項後段及同條第 2 項，詰問權主體為被告，於審判長訊問後，由被告或其辯護人就不利於己之證人為反對詰問，或依第 166 條第 2 項之規定為交互詰問，由被告或辯護人主導進行，而證人不得反向發問被告。我國法制則是避免以對質取代詰問，畢竟詰問權才是當事人核心之權利，也是最能獲得案件真實的方法<sup>130</sup>。

在美國對質詰問權雖屬於被告憲法上的基本人權，但若有正當理由，仍可限制。美國其限制方式可分為(1)對質詰問程序的治癒；(2)得取代對質詰問權的傳聞例外；(3)對質詰問權的限縮，茲分述如下：

<sup>127</sup> 吳巡龍，對質詰問權與傳聞例外-美國與我國裁判發展之比較與評析，台灣法學雜誌第 119 期，2009 年 1 月，頁 116-133。

<sup>128</sup> 釋字第 582 號解釋：「刑事訴訟法雖規定被告有數人時，得命其對質，被告亦得請求對質(十七年七月二十八日公布之刑事訴訟法第六十一條、二十四年一月一日及五十六年一月二十八日修正公布同法第九十七條參照)；惟此種對質，僅係由數共同被告就同一或相關連事項之陳述有不同或矛盾時，使其等同時在場，分別輪流對疑點加以訊問或互相質問解答釋疑，既毋庸具結擔保所述確實，實效自不如詰問，無從取代詰問權之功能。如僅因共同被告已與其他共同被告互為對質，即將其陳述採為其他共同被告之不利證據，非但混淆詰問權與對質權之本質差異，更將有害於被告訴訟上之充分防禦權及法院發見真實之實現。」。

<sup>129</sup> 吳巡龍，對質詰問權與傳聞例外-美國與我國裁判發展之比較與評析，台灣法學雜誌第 119 期，2009 年 1 月，頁 116-133。

<sup>130</sup> 吳巡龍，對質詰問權與傳聞例外-美國與我國裁判發展之比較與評析，台灣法學雜誌第 119 期，2009 年 1 月，頁 116-133。

### (1) 對質詰問程序的治癒

根據美國聯邦證據法第 801(d)條規定，以下陳述非傳聞，不能以傳聞法則排除之：(1)證人先前之陳述(Prior statement by witness)，而證人已於審判或聽審中作證，且就先前之審判外陳述已接受交互詰問，其陳述：(A)與本案證言不一致，且該陳述係以前於審判、聽審或其他程序中，宣誓並負偽證責任之情況下所為之證言或證言筆錄。(B)與本案證言一致，但用以反駁其最近有捏造或受不當影響或有不當動機之指控。(C)指認被指認者後之陳述。(2)對造的承認(Admission by party-opponent)：提出陳述用以對抗當事人，且該陳述：(A)係該當事人本人或代表他人所為，或(B)當事人表示承認或相信其為真實，或(C)由當事人所授權之人所為之陳述，或(D)當事人之代理人或受僱人關於其代理或僱傭範圍內之事項，於代理關係或僱傭關係存續期間內所為之陳述，或(E)共犯於其犯罪計劃實行中所為之陳述。因上述情況，證人均於審判中接受交互詰問，故已治癒先前陳述之瑕疵，因此該證據可使用於審判庭；而這也正反應我國傳聞法則規範密度不足，對於前述美國非傳聞之型態並未規範於我國法制中，故我國法庭可否適用仍有所疑慮<sup>131</sup>。

### (2) 得取代對質詰問權的傳聞例外

雖有部分學者主張對質詰問權屬於憲法層次，對質詰問權的例外不應等同於證據法上傳聞法則的例外。但實務運作之結果，仍採傳聞例外即憲法對質詰問權例外之見解，即根深蒂固傳聞法則的例外(firmly rooted hearsay exception)，因外觀具有很高的可信度，足以取代對質詰問權，因此該證據例外具有容許性，且不違反對質詰問權之保障。例如 Ohio v. Robert 案，聯邦最高法院認為，陳述人若無法於審判中出庭作證，但其審判外陳述具有可信性擔保的適當情狀，亦即該陳述為(a)根深蒂固傳聞法則的例外或(b)具有真實性的特別擔保(showing particularized guarantees of trustworthiness)，則該審判外陳述具有容許性。在以下第二目將會介紹美國證據法則傳聞例外的類型，而亦會顯現我國傳聞法則規範不足的現況<sup>132</sup>。

### (3) 對質詰問權的限縮

美國被告對質詰問權之內涵包括：(1)有於證人作證時目視證人的權利、(2)有使證人作證時看見被告的權利、及(3)詰問證人的權利。就「面對面」權利部分並非絕對，若基於個案發現有限制被告「面對面」權利的必要時，仍可加以限制，特別是性侵害犯罪的特殊情況，證人看到被告往往產生二度傷害，故基於公益而有限制之必要。就詰問權部分，聯邦證據法就證人品格及前科紀

<sup>131</sup> 吳巡龍，對質詰問權與傳聞例外-美國與我國裁判發展之比較與評析，台灣法學雜誌第 119 期，2009 年 1 月，頁 116-133。

<sup>132</sup> 吳巡龍，對質詰問權與傳聞例外-美國與我國裁判發展之比較與評析，台灣法學雜誌第 119 期，2009 年 1 月，頁 116-133。

錄之交互詰問有限制規定，聯邦證據法第 412 條，原則禁止就性侵害罪被害人的性經驗或性傾向作詰問。違反被告反詰問權所為之主詰問，與證人因重病、死亡或行使拒絕證言權而無法或不願接受反詰問的效果相同，因未經反詰問檢視，證人於主詰問所為之證詞無容許性應被刪除，否則判決違法<sup>133</sup>。

在我國實務對質詰問權與傳聞例外的關係為何，整理實務判決之見解，經整理主要有三種想法<sup>134</sup>：

(1) 未經詰問為「顯有不可信之情況」

最高法院部分判決把對質詰問權之程序保障與證人證詞實質可信性混為一談，亦即原則上需給予被告或其辯護人行使反對詰問權之機會，否則則屬刑事訴訟法第 159 條之 1 所規定之傳聞例外，例如：96 年度台上字第 5559 號判決。當被告已選任辯護人而未予辯護人在場及陳述意見之機會、被告在場而未予被告詰問之機會或被害人受訊問時未予相關人員之陪同在場及陳述意見之機會等情事，法院則應就此等情況加以形式上觀察，而判斷是否有顯不可信之情況。對質詰問權的本質並非保障證據具有可信性，而是公平審判之程序保障。此程序是否實踐屬於證據能力之積極要件是否成就的問題，未賦予被告詰問機會之證人證言，因未經合法調查，原則上不得作為判斷犯罪事實之依據。因此，實務採此見解的判決，事實上混淆了對質詰問權的定位，屬於證據能力層次而非證明力層次，故有所不當<sup>135</sup>。

(2) 詰問程序能否補正模稜兩可

有些最高法院判決對於對質詰問可否補正之見解並未明確表態，例如：94 年度台上字第 3728 號判決。從判決內容，實務並未就對質詰問權可否補正表示意見。

(3) 未經被告詰問屬未經完足調查之證據

目前實務部分判決，如：95 年度台上字第 5027 號判決，對於對質詰問權與傳聞例外之關係，認為證人之陳述是否通過傳聞法則以及是否賦予被告詰問機會，是構成證據之要件。傳聞之證據原則上仍須經被告或辯護人行使反對詰問權後才能成為證據。未經被告詰問之證據，可事後於審判中行使詰問權而補正。即使檢察官已於偵查中使被告或辯護人有詰問之機會，但除非證人死亡或其他事由不能出庭，仍應於審判庭傳喚證人進行交互詰問。至於證人於審判外陳述與審判中陳述不一致的情況，應由法官觀察證人表情及各種情況及其他證據，綜合判斷何者可信度較高。基於，保障被告對質詰問權之立場，學者亦普遍認

<sup>133</sup> 吳巡龍，對質詰問權與傳聞例外-美國與我國裁判發展之比較與評析，台灣法學雜誌第 119 期，2009 年 1 月，頁 116-133。

<sup>134</sup> 吳巡龍，對質詰問權與傳聞例外-美國與我國裁判發展之比較與評析，台灣法學雜誌第 119 期，2009 年 1 月，頁 116-133。

<sup>135</sup> 吳巡龍，對質詰問權與傳聞例外-美國與我國裁判發展之比較與評析，台灣法學雜誌第 119 期，2009 年 1 月，頁 116-133。

同此觀點<sup>136</sup>。

### (三) 傳聞證據之定義並不完善

根據美國聯邦證據法第 801 條. Definitions That Apply to This Article;  
Exclusions from Hearsay

The following definitions apply under this article:

(a) Statement. “Statement” means a person’s oral assertion, written assertion, or nonverbal conduct, if the person intended it as an assertion.

(b) Declarant. “Declarant” means the person who made the statement.

(c) Hearsay. “Hearsay” means a statement that:

(1) the declarant does not make while testifying at the current trial or hearing; and

(2) a party offers in evidence to prove the truth of the matter asserted in the statement.

從美國證據法來看，我國傳聞證據之定義過於狹隘，口頭或書面的言詞固然屬於「陳述」，但肢體動作，例如：點頭或搖頭，如果用來溝通意思，而成為表意動作(assertive conduct)，也是「陳述」之一種。此外，審判外陳述是否為傳聞證據，應先確認該陳述是否對待證事實有所主張，且審判外陳述主張之事項需與待證事項相同，該陳述才為傳聞證據。舉例言之：甲宣稱目擊乙搶奪，並將犯罪事實告知丙，若待證事實為乙搶奪，丙被傳喚出庭作證時，若供出甲之陳述，則為傳聞證據；但若乙告甲誹謗，丙被傳喚出庭作證，且供出甲之陳述，對此誹謗案而言，甲之陳述對誹謗案待證事項並無主張，故非傳聞證據<sup>137</sup>。

雖我國法律並未針對傳聞證據之定義如同美國立法例清楚定義，但實務及學說普遍認為應依照美國證據法之傳聞證據之定義操作傳聞法則。又，我國亦未引進美國證據法之非傳聞。美國聯邦證據法第 801(d)條定義非傳聞證據，由於實際上與傳聞法則例外之法效果一致，為避免適用產生困擾，許多美國法學者仍視為傳聞法則之例外<sup>138</sup>。

<sup>136</sup> 吳巡龍，對質詰問權與傳聞例外-美國與我國裁判發展之比較與評析，台灣法學雜誌第 119 期，2009 年 1 月，頁 116-133。

<sup>137</sup> 陳運財，傳聞法則之理論及其實踐，月旦法學雜誌第 97 期，2003 年 6 月，頁 85-106。  
顧立雄、許純琪，從美國法檢討我國傳聞法則之規定，法官協會雜誌第 5 卷第 2 期，2003 年 12 月，頁 271-296。

<sup>138</sup> 陳運財，傳聞法則之理論及其實踐，月旦法學雜誌第 97 期，2003 年 6 月，頁 85-106。  
顧立雄、許純琪，從美國法檢討我國傳聞法則之規定，法官協會雜誌第 5 卷第 2 期，2003 年 12 月，頁 271-296。

#### (四) 不適用傳聞法則之例外程序宜審慎考量

不適用傳聞法則的例外程序包括證據保全程序、起訴審查程序、簡式審判程序與簡易程序，事實上因依例外程序性質不同，應考量後再為適用，分析如下<sup>139</sup>：

(1) 證據保全程序：關於證據保全，具有急迫性與隱密性，且其目的只在保全證據，非在判定被告有罪、無罪，故當然不適用嚴格的傳聞法則。

(2) 起訴審查程序：關於刑事訴訟法第 161 條第 2 項，所謂起訴審查程序，乃在審查檢察官的起訴事實是否達於起訴適格，而非判定被告是否有罪，故當然不適用嚴格的傳聞法則。

(3) 簡式審判程序與簡易程序：由於簡式審判程序與簡易判決，皆強調迅速審判，也因此不適用嚴格的傳聞法則。

上述程序有一共同特色，即強調訴訟的迅速性與即時性，也因此不適用嚴格的傳聞法則，此就證據保全與起訴審查程序而言固無疑義，但就簡式審判程序與簡易判決則有問題，因為強調迅速審判原則的結果，必然會犧牲事實的發現；而可以合理化的理由，則可能是此類案件屬輕微，故可以不適用傳聞法則。惟關於目前的簡易判決與簡式審判程序是否是否屬輕微案件則有問題。

目前的簡易程序：依據目前刑事訴訟法第 449 條第 3 項，得以簡易程序處刑者，以所科之刑以宣告緩刑、得易科罰金或得易服社會勞動之有期徒刑及拘役或罰金為限。屬於此範圍之案件，乍看之下似屬輕罪，實則不然。以得易科罰金之有期徒刑及拘役為例，則依據刑法第 41 條第 1 項，係指犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受六月以下有期徒刑或拘役之宣告者。最高刑度可至五年之罪，是否可稱為輕微罪刑甚有疑問。再者，簡式審判程序，依據刑事訴訟法第 273 之 1 第 1 項，可以適用此程序的案件範圍，只要非屬於死刑、無期徒刑、最輕本刑為三年以上有期徒刑或高等法院管轄第一審案件者皆可。此處的案件範圍明顯的並非輕微。因此，上述兩種程序，尤其是後者，顯然已逾越「輕微」之範疇，若欲完全排除嚴格的傳聞法則適用，為防止被告的權利，在真實發現的目的下被犧牲，應加強偵查階段被告辯護權之保護<sup>140</sup>。

## 第二目 我國傳聞法則之例外規定

本論文擬先說明美國傳聞法則之例外規定，繼而檢討我國傳聞法則例外規定之相關缺失。

### (一) 美國傳聞法則之例外規定

其分類以陳述者是否到庭，茲簡述如下：

<sup>139</sup> 參考黃東熊教授，於 2003 年 12 月至 2004 年 3 月中，於輔仁大學法律研究所所開立的證據法專題研究課程中，關於傳聞法則的講述，而由吳景欽教授所紀錄。

<sup>140</sup> 參考黃東熊教授，於 2003 年 12 月至 2004 年 3 月中，於輔仁大學法律研究所所開立的證據法專題研究課程中，關於傳聞法則的講述，而由吳景欽教授所紀錄。

### 不論陳述者是否無法到庭，均得例外容許之傳聞

此規定於聯邦證據法第 803 條，主要原因在於該類傳聞係在特別可性的情況下作成，陳述於事件發生當時或事件發生緊接不久之後作成，而該陳述僅僅是對事件外觀描述或解釋，因此即使原陳述者未到庭，亦得容許該傳聞有證據能力，然美國部分法院仍會要求當事人提出其他證據證明該事件曾經發生過。聯邦證據法第 803 條共有 23 種情形<sup>141</sup>：

1. 當場印象即時所為之陳述。
2. 激動中所為之陳述。
3. 就關於作成先前陳述當時所存在之心理、情緒或身體狀況所為之陳述。
4. 接受診斷或醫療之目的所為之陳述。
5. 經紀錄之記憶。
6. 日常活動之例行紀錄。
7. 根據本條第 6 款規定應製作之紀錄而未記載之事項且證據必須是證明該事項不曾發生或不存在。
8. 公務紀錄。
9. 生命統計紀錄。
10. 公務機關欠缺之紀錄，而證據證明該紀錄不存在或某事項未曾發生或不存在。
11. 宗教組織關於個人或家庭歷史的紀錄。
12. 結婚、洗禮及類似儀式的證明。
13. 家庭紀錄。
14. 影響財產利益文件之紀錄。
15. 文件中關於影響財產利益之陳述。
16. 舊時文件之記載。
17. 市場報導及商業刊物。
18. 學術論著。
19. 關於個人或家族史的評價。
20. 關於土地經界或一般歷史的評價。
21. 關於人格之評價。
22. 先前的有罪判決。
23. 關於個人、家族或土地經界的相關判決。

### 只有陳述者無法到庭，方得例外被採用

此規定於聯邦證據法第 804 條，主要是在於陳述人不能當庭作證始可成立

<sup>141</sup> 顧立雄、許純琪，從美國法檢討我國傳聞法則之規定，法官協會雜誌第 5 卷第 2 期，2003 年 12 月，頁 271-296。  
林朝榮、林芸澧，傳聞法則之比較研究-理論與實務之排比，文笙書局股份有限公司，2007 年 12 月，頁 117-161。

之例外，而不能當庭作證之事由之情形包括如下<sup>142</sup>：

1. 關於陳述人所陳述之事項，基於拒絕證言之法定事由，經法院裁定許可拒絕證言者。
2. 關於陳述人所陳述之事項，法院命當庭作證，但陳述人拒絕陳述。
3. 關於陳述所涉事項，陳述人宣稱已失其記憶。
4. 原陳述人死亡，或於審判期日，存在身心疾病或耗弱，以致不能當庭作證。
5. 原陳述人於審判中未到場，而提出該傳聞陳述之一造已無法經由法定程序或其他合理方法使其到場或取得證言。

當陳述人不能以證人身份出庭，以下列情形者為限，此等審判外陳述不為傳聞法則所排除：

1. 先前程序所為之證詞，但對造當事人有機會及類似動機詰問陳述者。
2. 臨死陳述。
3. 違反陳述人自身利益之陳述。
4. 關於個人或家族歷史之陳述。
5. 當事人以故意不法行為使陳述人無法以證人身份出庭作證。

#### 概括規定的傳聞例外

在 Ohio v. Roberts 乙案，美國聯邦最高法院正式提出就傳聞可信性之兩種檢驗標準，第一是「根深蒂固之傳聞例外」(firmly rooted hearsay exception)，第二為該傳聞「具有可信性之特別擔保」(particularized of trustworthiness)。根深蒂固之傳聞例外，係指一種傳聞證據經由司法判決長期且廣泛的承認其具有可信性，則該傳聞則可例外被容許成為裁判資料。在 Ohio v. Roberts 乙案中，傳聞之例外係建立於該傳聞證據已符合實質憲法保障基礎；在 Chambers v. Mississippi 乙案，法院則表示根深蒂固之傳聞例外，應指該傳聞之作成是在沒有動機考量下之陳述，且可以十足擔保該陳述真實性與欠缺虛偽陳述之危險等情況下作成；在 Idaho v. Wright 乙案中，根深蒂固之傳聞例外是指該傳聞經司法判決與立法者長期承認該傳聞具有可信性，且亦無違憲之虞。聯邦證據法第 807 條，將前述司法判決之精神成文法化，即該陳述，若不在前揭聯邦證據法第 803 條及第 804 條之適用範圍，但具有相當之信用性者，如該陳述被法院認定符合(1)該陳述係提出作為重要事實之證據；(2)該陳述之價值，較提出者經合理努力所能獲得的其他證據，更具證明價值；(3)容許該特定陳述具有證據能力，更有助於法律目的之達成及公平正義。提出者於審判前，需將提出該陳述之意圖及具體事項，包括陳述者之姓名及地址告知對造當事

<sup>142</sup> 顧立雄、許純琪，從美國法檢討我國傳聞法則之規定，法官協會雜誌第 5 卷第 2 期，2003 年 12 月，頁 271-296。

林朝榮、林芸澧，傳聞法則之比較研究-理論與實務之排比，文笙書局股份有限公司，2007 年 12 月，頁 162-179。

人，以使對造當事人有準備反駁該陳述之公平機會<sup>143</sup>。

從美國傳聞例外完整之立法及現行我國傳聞法則實踐之結果，立法適用上常見的問題如下：

(一) 刑事訴訟法第 159 條之 1 至第 159 條之 4 之可信性要件如何判斷

刑事訴訟法第 159 條之 1 至第 159 條之 4，法條出現「顯有不可信之情況」及「具有較可信之特別情況」的用語，根據 94 年度台上字第 629 號判決，所謂「顯有不可信性」、「相對特別可信性」與「絕對特別可信性」，係指陳述是否出於供述者之真意、有無違法取供情事之信用性而言，故應就偵查或調查筆錄製作之原因、過程及其功能等加以觀察其信用性，據以判斷該傳聞證據是否有顯不可信或有特別可信之情況而例外具有證據能力，並非對其陳述內容之證明力如何加以論斷，二者之層次有別，不容混淆<sup>144</sup>。

正如上開判決所述，條文所謂的可信性要件係屬於證據能力而非證明力的問題，就可信性要件作以下分析<sup>145</sup>：

1. 刑事訴訟法第 159 條之 2 所定的「可信之特別情況」，屬相對性的概念，依法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 90 點之實務作業，係審判中陳述與審判外之陳述兩者外部情況作比較。又，依據 104 年度台上字第 2334 號判決之意旨，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，依刑事訴訟法第 159 條之 2 規定，自得為證據；亦即同時具備信用性之情況保障及必要性兩項傳聞法則例外之要件，其先前在警詢所為之陳述，自足以取代審判中反對詰問之可信性保障而得為證據。其他刑事訴訟法第 159 條之 1、刑事訴訟法第 159 條之 3 及第 159 條之 4 則需獨自判斷「可信之特別情況」。
2. 獨自判斷「可信之特別情況」之嚴格程度，依序為刑事訴訟法第 159 條之 4、刑事訴訟法第 159 條之 3、刑事訴訟法第 159 條之 1 第 2 項、刑事訴訟法第 159 條之 1 第 1 項。
3. 刑事訴訟法第 159 條之 4 所定之特信性文書，係指公務或業務通常過程中所製作的證明或紀錄文書，因具有公示性、例行性、機械性、良心性及制裁性等特徵，故事業活動過程中之證明或紀錄，其虛偽之可能性極低，具有足以取代反對詰問之特別可信的情況，即使傳喚文件製作人到庭作證，亦不見得足以獲得較製作文書時更可信的證言，因此容許此種特信性文書作為證據。由於特信性文書是基於有特別可信之情況方得成為證據，因此於條文中再定

<sup>143</sup> 顧立雄、許純琪，從美國法檢討我國傳聞法則之規定，法官協會雜誌第 5 卷第 2 期，2003 年 12 月，頁 271-296。

林朝榮、林芸澧，傳聞法則之比較研究-理論與實務之排比，文笙書局股份有限公司，2007 年 12 月，頁 180-185。

<sup>144</sup> 陳運財，傳聞法則及其例外之實務運作問題檢討，台灣法學雜誌第 94 期，2007 年 5 月，頁 128-153。

<sup>145</sup> 陳運財，傳聞法則及其例外之實務運作問題檢討，台灣法學雜誌第 94 期，2007 年 5 月，頁 128-153。

有「除顯有不可信之情況」，容易使人誤解降低本條適用門檻，實有不當。根據本論文所蒐集之判決及本節第三目之分析，如何在金融案件認定證據是否屬於本條特信性之文書至為重要。

4. 刑事訴訟法第 159 條之 3 所謂「可信之特別情況」，雖無刑事訴訟法第 159 條之 4 相同高度的可信情況。由於本條所列情況，陳述人已不能當庭作證，故其可信性判斷，基本上亦應重視陳述的時點，例如：犯罪後被害人當場向警察所做的回答或者案發目擊者馬上至派出所陳述的內容，因是即時所做的陳述，因此可信度甚高。
5. 刑事訴訟法第 159 條之 1 第 2 項，因於檢察官訊問時所為之陳述，可信情況的程度，降低至「除顯有不可信之情況者外」，本條文以陳述對象作為傳聞法則例外之事由，甚至降低傳聞例外之門檻，實有不當。

## (二) 立法密度不足

我國傳聞法則例外規定之立法相當不足，依分析有以下幾種狀況<sup>146</sup>：

1. 審判期日到庭之證人以他人審判外陳述作為內容之陳述，一般略稱為傳聞陳述。例如見聞事實之人甲未直接以證人身分到庭，而是將所見聞之事實告知乙，由乙代替甲到庭作為證人陳述時，乙稱為傳聞證人，乙之言，亦即關於審判外甲所見聞事實之陳述，則屬傳聞證言，然本法亦未規範是否為傳聞證據之例外。
2. 其他第三人所製作之陳述書或筆錄，例如原陳述人自行製作之日記、辯護人記載關係人陳述之書面，或偵查機關之勘查筆錄，亦未規範。
3. 再傳聞證據，亦即「傳聞中之傳聞」(hearsay in hearsay)，例如：甲曾目擊被告搶劫，並將此一事實轉告友人乙，乙再轉述於丙，之後如經丙到庭陳述甲目擊被告搶劫，此時丙之陳述即屬第二手之再傳聞，是否容許作為證據，本法未設規範。

由於我國並未如同美國法對於傳聞法則之例外，有綿密之規定；甚或美國聯邦證據法有概括傳聞之例外規定，賦予法院極大的判斷權。實務目前是透過刑事訴訟法第 159 條之 2 及第 159 條之 3 所定之特信性及必要性要件類推適用<sup>147</sup>，或刑事訴訟法第 159 條之 4 特信性文書之要件類推適用<sup>148</sup>（如：中國大陸地區公

<sup>146</sup> 陳運財，傳聞法則之理論及其實踐，月旦法學雜誌第 97 期，2003 年 6 月，頁 85-106。

<sup>147</sup> 104 年度台上字第 2619 號判決：「被告以外之人於偵查中未經具結所為之陳述，如與警詢等陳述同具有「具有較可信之特別情況」且「為證明犯罪事實存否所必要」時，依「舉輕以明重」原則，本於刑事訴訟法第 159 條之 2、第 159 條之 3 之同一法理，例外認為有證據能力，以彌補法律規定之不足，俾應實務需要，方符立法本旨。此為本院最近一致之見解。是法院認定被告以外之人於偵查中未經具結所為之證言，因符合上開「特信性」、「必要性」之要件，而具有證據能力，自應就該陳述如何符合「特信性」、「必要性」之要件，詳予說明，俾為論斷之依據，否則即不無判決不載理由之違背法令。」。本案為違反證券交易法之判決，殊值參採。

<sup>148</sup> 有關中國大陸地區公安機關所製作之文書性質，實務及學說見解不一，亦是近來熱門之議題，惟非本論文討論之重點，不再贅述。參考 100 年度台上字第 4813 號判決及 101 年度台上字

安機關所製作之證人筆錄)，而例外依個案容許有證據能力，但這樣的類推適用爭議性極大，因此建議仍需立法明文規定，始為妥當。

### 第三目 證交所與櫃買中心查核及監視報告之性質

依財團法人中華民國證券櫃檯買賣中心對上櫃公司內部控制制度查核作業程序第 3 條<sup>149</sup>、第 4 條<sup>150</sup>及第 8 條<sup>151</sup>之規定，櫃買中心對上櫃公司內部稽核人員執行稽核計畫之查核，以每季查核百分之四之公司為原則，必要時即應進行實地查核並採遵循測試，並依第 4 條之規定，選定受查公司；查核後，查核人員執行查核工作應撰寫查核報告。

因此，在櫃買中心或證交所對上市櫃公司之查核報告，如屬上揭每季選定之受查公司，經查核結果所製作之查核報告，係通常業務過程不間斷、有規律而準確之記載，故可屬刑事訴訟法第 159 條之 4 第 2 款之紀錄文書。如對於未被選定之公司，因遭人檢舉後，始由櫃買中心或證交所派員實施查核程序。依櫃買中心櫃檯買賣有價證券監視制度辦法第 3 條第 1 項<sup>152</sup>、第 4 條第 1 項<sup>153</sup>及第 7 條<sup>154</sup>；上市公司部分，依台灣證券交易所股份有限公司實施股市監視制度辦法第 3 條<sup>155</sup>、第 4 條<sup>156</sup>及第 7 條<sup>157</sup>亦有相同之規定。因此，上市或上櫃公司之股票買賣之監視程度大致相同。櫃買中心或證交所對交易市場之監視，於每日盤中買賣時間，即一直持續為之並不間斷。對於交易異常情形，經調查追蹤後，即將有關資料完整建檔並迅予處理，對涉及違反法令者，逕行舉發或簽附有關調查報告報請主管機關核辦。

因此，如其所製作之監視報告，係依監視之結果而儲存之檔案，並依需求之項目、內容及格式輸出列印成書面報告，例如股票之成交紀錄、成交量、各別時段之成交價及成交量或買賣帳戶等資料，係監視人員從其每日監視而自存

---

第 101 號判決。

<sup>149</sup> 參考附錄相關法規。

<sup>150</sup> 參考附錄相關法規。

<sup>151</sup> 參考附錄相關法規。

<sup>152</sup> 參考附錄相關法規。

<sup>153</sup> 參考附錄相關法規。

<sup>154</sup> 參考附錄相關法規。

<sup>155</sup> 參考附錄相關法規。

<sup>156</sup> 參考附錄相關法規。

<sup>157</sup> 參考附錄相關法規。

之檔案中依需求而列印之資料，則該監視報告符合刑事訴訟法第 159 條之 4 第 2 款之紀錄文書；若除上揭資料外，尚有監視人員調查交易異常而取得之資料，並將資料完整建檔，該部分資料仍屬通常業務過程有規律而準確之記載，故亦屬本條項之業務紀錄文書；除前揭資料外，應檢調機關或法院之要求，對監視結果所作之分析、判斷及有無違法之意見等，其所製作之監視報告，應非屬本條項之業務紀錄文書<sup>158</sup>。

上述之說明，查核報告或監視報告是否屬本條項之紀錄文書，非可一概而論，應依個案以上述之方法加以判斷。參考 94 年度台上字第 1433 號判決<sup>159</sup>認為，櫃買中心依據「財團法人中華民國證券櫃檯買賣中心上櫃公司財務業務平時及例外管理處理程序」之規定，查核上櫃買賣股票之訊碟公司之業務、財務，因而所作之查核報告，依其製作之過程與功能觀之，係刑事訴訟法第 159 條之 4 第 2 款之紀錄文書。從前開判決來看，最高法院認查核報告即屬本條項之業務紀錄文書，而未審酌查核報告之性質，似有不當。就監視報告部分如單純由監視交易結果之電腦資料而作成書面報告，或依交易異常資料而經調查存檔資料，可視為本條項之業務紀錄文書而有證據能力。惟交易市場發生違反證券交易法之刑事案件，證交所或櫃買中心依檢調或法院之要求，就該特定股票之交易是否該當於構成要件而製作監視報告；或監視報告已有個人之判斷意見，都具個案性質，非本條項之業務紀錄文書<sup>160</sup>。

又，從 95 年度台上字第 1684 號判決<sup>161</sup>來看，監視報告得否適用刑事訴訟法

<sup>158</sup> 王兆鵬、陳運財、林俊益等合著，傳聞法則-理論與實踐，元照出版有限公司，2003 年 9 月，頁 247、248。

石木欽，改良式當事人進行主義之證據法則-以審判實務為中心，元照出版有限公司，2008 年 11 月，頁 167-170。

<sup>159</sup> 94 年度台上字第 1433 號判決：「再櫃檯買賣中心係依法設立之財團法人，各股票上櫃公司為申請在櫃檯買賣股票，均與之訂立「有價證券櫃檯買賣契約」，則櫃檯買賣中心依據「上櫃公司財務業務平時及例外管理處理程序」之規定，查核依其製作之過程與功能觀之，自係刑事訴訟法第一百五十九條之四第二款之紀錄文書，且此查核報告為櫃檯買賣中心九十年四月十六日證櫃交字第一二五二〇號函之附件，業經原審於審判期日依法踐行調查程序，自具證據能力，原判決予以採信，上訴意旨任意指為違法，要非法之所許。」。

<sup>160</sup> 王兆鵬、陳運財、林俊益等合著，傳聞法則-理論與實踐，元照出版有限公司，2003 年 9 月，頁 247、248。

石木欽，改良式當事人進行主義之證據法則-以審判實務為中心，元照出版有限公司，2008 年 11 月，頁 167-170。

<sup>161</sup> 95 年台上字第 1684 號判決：「查刑事訴訟法第一百五十九條之四第二款固規定：除顯有不可信之情況外，從事業務之人於業務上或通常業務過程所須製作之紀錄文書、證明文書，得為證據。該條立法理由謂「從事業務之人在業務上或通常業務過程所製作之紀錄文書、證明文書，因係於通常業務過程不間斷、有規律而準確之記載，通常有會計人員或記帳人員等校對其正確性，大部分紀錄係完成於業務終了前後，無預見日後可能會被提供作為證據之偽造動機，其虛偽之可能性小，何況如讓製作者以口頭方式於法庭上再重現過去之事實或數據亦有困難，因此其亦具有一定程度之不可代替性，除非該等紀錄文書或證明文書有顯然不可信之情況，否則有承認其為證據之必要。爰參考日本刑事訴訟法第三百二十三條第二款、美國聯邦證據規則第八百零三條第六款，增訂本條第二款。」足徵此等業務文書，因係出於營業之需要而日常性的為機

第 159 條之 4 第 2 款規定而有證據能力之認定，需考量於製作時是否已預見日後可能被提供作為證據，是否本於通常業務過程不間斷、有規律而準確之記載，是否屬於製作者個人之判斷等因素。從筆者第二章第二節所蒐集之判決，有認為股票交易分析意見書<sup>162</sup>，係從事業務之人於業務上所製作之記錄文書，且該等數據資料均係以電腦作業予以記錄，就客觀上所發生之事實予以引用提出分析，乃業務上客觀紀錄之數字，故視之符合刑事訴訟法第 159 條之 4 第 2 款之業務文書，亦有判決認為具有個案性質而不符合業務文書之規定，詳細分析並蒐集最高法院判決如下<sup>163</sup>：

1. 肯定說：102 年度台上字第 168 號判決<sup>164</sup>、101 年度台上字第 5868 號判決及 99 年度台上字第 1634 號判決。前揭判決認定股票交易分析意見書為持續性、機械性之業務紀錄，因此認為係刑事訴訟法第 159 條之 4 第 2 款之業務紀錄文書。
2. 否定說：100 年度台上字第 294 號判決<sup>165</sup>、99 年度台上字第 1916 號判決及 98

械連續記載，且為了維護業務之信用性及業務之正當運作，虛偽之可能性很低，其記載之正確性得以獲得確保，故有證據能力。惟證人林宏錦於第一審證稱「(本件何時開始監視)約八十五年底開始的，有部分是主管機關來函要求我們查的」、「(在你們移送卷附的資料，沒有看到你簽名的資料)我們送給主管機關，主管機關交給檢調機關，本件的資料是由其他的組別提供的」等語(第一審(一)卷第二五五、二五六、二六三頁)，似指其因基於股市監視機制而製作上揭文書。則上揭函件所附監視報告，於製作時是否已預見日後可能被提供作為證據？是否本於通常業務過程不間斷、有規律而準確之記載？是否屬於製作者個人之判斷？俱攸關得否適用刑事訴訟法第一百五十九條之四第二款規定而有證據能力之認定。」。

<sup>162</sup> 99 年度重金上更(二)字第 5 號判決：「按臺灣證券交易所製作之監視報告(現稱交易分析意見書，以下即以交易分析意見書稱之)，係依證券交易所管理規則第 22 條第 1 項所規定，為對集中交易市場建立監視制度，擬具辦法申報證券主管機關核備進而執行，而臺灣證券交易所遂訂定實施股市監視制度辦法，報奉主管機關核備後公布實施。」。因此，實務上稱監視報告與交易分析意見書皆有之，惟後者較為常見。

<sup>163</sup> 李開遠，證券犯罪刑事責任專論，五南圖書出版公司，2014 年 6 月，頁 17-49。

<sup>164</sup> 102 年度台上字第 168 號判決：「刑事訴訟法第一百五十九條之四第二款之業務文書，除依文書本身之外觀判斷是否出於通常業務過程之繼續性、機械性而為準確之記載外，因其內容可能含有其他陳述在內，在特別可信之情況擔保要求下，其製作者之證言等自非不可作為判斷之資料。證交所依管理規則第二十二條第一項規定，對集中交易市場實施股市監視制度；依相關作業要點等規定，證交所於證券交易集中市場，就每日交易時間內，於盤中、盤後分析股票等有價證券之交易情形，針對集中市場之交易、結算各項資料，執行線上監視與離線監視系統，進行觀察、調查、追蹤及簽報等工作。而其等依監視系統事先設定處理方式之「程式性決策」所製作之監視報告(即交易分析意見書)，其中有關股票交易紀錄之記載，既係出於營業之需要而日常性為機械連續記載，具有不間斷、有規律而準確之特徵，應無疑問；又依據股票交易紀錄異常所為之分析意見，如經該製作者在審判庭具結陳述係據實製作，應認已有其他特別可信之情況為擔保，既與股票之交易紀錄合一構成法律上規定製作之業務文書之一部，允許其具有證據能力，並不違背本條款規定之意旨。至於分析意見之是否可採，則屬於證據如何調查及證明力之問題。」

<sup>165</sup> 100 年度台上字第 2940 號判決：「原判決所援引之財團法人中華民國證券櫃檯買賣中心(下稱櫃檯買賣中心)民國九十四年十二月八日證櫃交字第○九四○○二八三六六號函附天馳科技股份有限公司(下稱天馳公司)股票交易分析意見書暨其附件、該中心九十五年八月二十五日證櫃交字第○九五○○一六一六一號函附昶公司股票交易分析意見書暨其附件、該中心九十六年三月十六日證櫃交字第○九六○○○二八二○號函附昶公司股票交易分析意見書及附件資料，乃

年度台上字第 371 號判決。前揭判決認為當股票交易分析意見書之作成，非連續性及例行性之記載，且預知作成後將成為證據者，則該分析意見書為被告以外之人於審判外之書面陳述，係傳聞證據。

由前述判決得知股票交易分析意見書製作之過程及法源依據係法院判斷之重點。以證交所之股票交易分析意見書為例，依證券交易所管理規則第 22 條第 1 項、台灣證券交易所營業細則第 9 條之 1<sup>166</sup>及第 28 條之 2<sup>167</sup>，授權證交所訂定股市監視制度，故證交所制定台灣證券交易所股份有限公司實施股市監視制度辦法，依據前揭實施股市監視制度辦法第 4 條<sup>168</sup>及第 5 條<sup>169</sup>制訂台灣證券交易所股份有限公司公布或通知注意交易資訊暨處置作業要點以利證交所監視市場之運作，俾利保障投資人權益。而依據股市監視制度所製作之股票交易分析意見書，由於係交易市場持續性及機械性之例行紀錄，應可認為係刑事訴訟法第 159 條之 4 第 2 款之業務紀錄文書；但若係依審判機關或偵查機關要求所製作之股票交易分析意見書，由於具有個案性且已預知將為證據，此時該分析意見書應視為被告以外之人於審判外之書面陳述，係傳聞證據，應傳喚製作人員出庭作證<sup>170</sup>。

判斷是否符合刑事訴訟法第 159 條之 4 第 2 款之紀錄文書，應注意該文書是否屬於：1. 日常反覆的事業活動過程中之例行性的記載；2. 基於個人之認知或觀察，親自製作；3. 記載事項發生之時間與製作之時間有無密接，是否具當場或同時性<sup>171</sup>。參考美國法之精神，亦即縱使審判中傳訊證人到庭作證，亦不足以獲得較審判外當時記憶猶新之際所製作之文書或所為陳述更可信的證言內容，即該審判外之文書或陳述具有足以取代被告反對詰問之特別可信的情況。因此也就如同本論文之論點及 100 年度金上更(二)字第 4 號判決之判決要旨，法院認定文書是否適用傳聞法則之例外規定，應就個別文書性質及法源基礎分

---

「被告以外之人於審判外之書面陳述」，依刑事訴訟法第一百五十九條第一項規定本為傳聞證據，原則上不具證據能力。且該分析意見書係法務部調查局台中市調查站開始偵辦本案後始函請櫃檯買賣中心製作，業據證人即櫃檯買賣中心組長劉弟勇證述在卷。則該等分析意見書並非從事業務之人於例行性業務過程中基於觀察或發現而當場或即時之記載，且顯然可預見日後將會被提供作為證據，似不合同法第一百五十九條之四第二款傳聞證據之例外規定。

<sup>166</sup> 參考附錄相關法規。

<sup>167</sup> 參考附錄相關法規。

<sup>168</sup> 參考附錄相關法規。

<sup>169</sup> 參考附錄相關法規。

<sup>170</sup> 李開遠，證券犯罪刑事責任專論，五南圖書出版公司，2014 年 6 月，頁 17-49。

<sup>171</sup> 王兆鵬、陳運財、林俊益等合著，傳聞法則-理論與實踐，元照出版有限公司，2003 年 9 月，頁 247、248。

石木欽，改良式當事人進行主義之證據法則-以審判實務為中心，元照出版有限公司，2008 年 11 月，頁 167-170。

析，而不得依文書名稱而一致認定，方符合刑事證據法則之精神。

#### 第四目 小結

依本節之說明，基於保障當事人權益，傳聞法則與直接審理原則並非對立而係相輔相成之概念，在此原則下，我國裁判實務，更應取得原始證據而應減少使用證據之替代品。傳聞法則之基本精神在於保障當事人對質詰問權，目前我國傳聞法則之例外就刑事訴訟法第 159 之 1 已發展出四項原則，第一，被告於審判外向法官或檢察官所為之陳述，應指訴訟程序；第二，先前程序之陳述，必須賦予被告或辯護人詰問之機會；第三，審判中傳喚不能係指不能當庭作證為由，否則仍須傳喚原陳述人；第四，陳述仍需具備證據之必要性及可信性要件<sup>172</sup>。

實務在面對傳聞法則立法密度不足，目前是透過刑事訴訟法第 159 之 2 及第 159 條之 3 所定之特信性及必要性要件類推適用，或刑事訴訟法第 159 條之 4 特信性文書之要件類推適用及第 159 條之 5 經由當事人同意，然解決之道仍是明確立法，以避免爭議。就證交所或櫃買中心查核及監視報告之性質，正如前述倘係交易市場持續性及機械性之例行紀錄，應可認為係刑事訴訟法第 159 條之 4 第 2 款之業務紀錄文書；但若係依審判機關或偵查機關要求所製作之股票交易分析意見書，由於具有個案性且已預知將為證據，此時該分析意見書應視為被告以外之人於審判外之書面陳述，係傳聞證據，應傳喚製作人員出庭作證，因此依個案判斷文書之性質，應為傳聞法則例外的運用精神。

### 第三節 金融監理機關人員為專家證人-以美國證據法為例

#### 第一目 美國專家證人之選任及其資格

據英美傳統普通法原則，一般證人(lay witnesses)只能陳述所經驗之事實，不能陳述意見。專家證人與一般證人不同，專家證人不僅可以陳述意見，且不受直接見聞法則之拘束。美國聯邦證據法第 702 條規定：「若科學上、技術上或其他專業知識有助於事實審判者瞭解證據或決定爭執之事實時，具有此知識、技術、經驗、訓練、或教育而有專家資格之人，得以意見或其他方式作證，但需(1)該證言係基於足夠之資料而為者，(2)該證言係基於可信之原理和方法所得之結果，及(3)該證人確實地適用該原理和方法於本案之事實，專家證人之科學上、技術上或其他專業知識只要有助於事實審判者瞭解證據或決定爭執之事實即可，其所證明事項不需完全為專家知識<sup>173</sup>。

<sup>172</sup> 王兆鵬、陳運財、林俊益等合著，傳聞法則-理論與實踐，元照出版有限公司，2003 年 9 月，頁 62-67。

<sup>173</sup> 吳巡龍，鑑定與專家證人，台灣本土法學雜誌第 153 期，2010 年 6 月，頁 136-140。  
陳祐治，專家證言與鑑定，檢察新論第 6 期，2009 年 7 月，頁 138-154。

專家證人必須具備特定資格，並基於足夠之事實或資料，依可信之科學原理作，不僅科學家等專門職業人員可以作為專家證人，凡具有特別知識、技術、經驗、訓練者，就其特別知識領域均得為專家證人，在美國法實務上漁夫對於捕魚或農夫對於播種，均得以專家證人身分作證。關於專家證人的適格，拉米力茲(Ramirez)案，其判例意旨認為專家證人的「人的適格要件」，即專家證人以知識、技術、經驗、訓練或教育專長，提供對於事件判斷的意見，其當然須要具備專業上的能力，才能滿足專家證人的適格條件。就「事的適格要件」，係待證事實適合以專家證人意見解說。即專家證人之意見，有助於陪審團之瞭解證據，或有助於陪審團之認定事實。反之，若專家證人之意見對於陪審團之瞭解證據或認定事實並無助益者，則欠缺關聯性要件，即無容許專家意見之理由。前述專家證人「人的適格要件」及「事的適格要件」屬於先決問題，應先由法官裁定<sup>174</sup>。

專家證人適格問題，原則上屬於證據能力問題，為法律問題而非事實問題，美國職業法官進行適格審查時，陪審團需退出法庭。當法官進行專家證人適格審查時，專家證人為了釋明適格性，要提出專業領域上成就，以釋明適格性，或就待證事實的專業意見，說明所根據的基礎文獻資料，以釋明專業意見的可靠性。依聯邦證據法第 104(a)條，專家證人首先需由法院決定其是否適格為專家證人及其專業知識是否有助釐清案情，故需通過法官審核才能確定。若法官認為某人符合專家證人之條件，其證言即有容許性，縱該專家證人資格上有若干缺陷，只影響證明力，而與證據能力無涉。又，因美國採兩造對抗制度，證據提出係當事人之責任，故由兩造選任有利於己之專家證人，美國聯邦刑事訴訟程序規則(Federal Rules of Criminal Procedure) (a)(E)及(b)(C)規定當事人雙方在揭示程序應揭露專家證人之身分及其證詞，使他造得以準備，並應預留兩造準備時間。雖專家證人在審判中須宣誓並接受詰問，且負偽證責任。但專家證人接受委任者報酬，作證時難免有偏袒情形，且若因過失而錯誤陳述亦並無法律責任，當雙方當事人之專家作證內容差異過大時，陪審團或法官很難取捨；且經濟情況不佳之當事人並無資力僱請專家證人為其作證，將形成一種因財力而造成的訴訟上不平等；更因一造當事人為減低他造所選任專家證人證言之證明力，於美國法實務常會攻擊專家證人之私德<sup>175</sup>。

---

陳祐治，佛羅里達證據法逐條釋義，瀚盧圖書出版有限公司，2006年2月，頁274-278。

劉新耀，論鑑定人於刑事訴訟程序中之功能與地位，中國文化大學法學院法律學研究所，2010年6月，頁159-165。

<sup>174</sup> 吳巡龍，鑑定與專家證人，台灣本土法學雜誌第153期，2010年6月，頁136-140。

陳祐治，專家證言與鑑定，檢察新論第6期，2009年7月，頁138-154。

陳祐治，佛羅里達證據法逐條釋義，瀚盧圖書出版有限公司，2006年2月，頁274-278。

劉新耀，論鑑定人於刑事訴訟程序中之功能與地位，中國文化大學法學院法律學研究所，2010年6月，頁159-165。

<sup>175</sup> 吳巡龍，鑑定與專家證人，台灣本土法學雜誌第153期，2010年6月，頁136-140。

陳祐治，專家證言與鑑定，檢察新論第6期，2009年7月，頁138-154。

因此，聯邦證據法第 706 條規定：「(a)法院得依職權，或依當事人之聲請，命當事人舉證證明不應選任某人為專家證人之原因，並得命當事人推出人選，法院得就當事人所共同同意之人選或依法院本身之意思選任專家證人。．．．．(d)本條不禁止當事人聲請傳喚自己所選擇之專家證人。」。簡而言之，法院於具體個案選任專家證人時，可命兩造提出人選由法院決定，或指定兩造共同同意之人選，法院選任特定人為專家證人時，兩造可以提出質疑，再由法院裁量。聯邦證據法雖可以職權指定專家證人，但因與兩造對抗的傳統訴訟制度不符，且會擔心法院會對自己指定之專家證人所為的證言有過度信任之弊端，故實務上尚非普遍<sup>176</sup>。

## 第二目 專家證人概念於我國實務之現況

目前最高法院因證人之定義，傾向不能以傳訊專家證人之方式作證。例如：97 年度台上字第 4697 號判決，該判決認為英美法上憑其專業知識、技術等專家資格就待證事項陳述證人意見之專家證人，為我國刑事訴訟法所不採，其依憑特別知識經驗而陳述或報告其專業意見之本質以觀，屬我國刑事訴訟法上鑑定之範疇，自應適用鑑定之規定<sup>177</sup>。又，於 97 年度台上字第 1846 號判決說明，鑑定人之本質與英美法所謂「專家證人」(expertwitness)性質相同，「專家證人」所提供予法院之證據，係憑其專業智識、技術、經驗或訓練對於待證事實所作之判斷，屬意見證據 opinion)，與「普通證人」單純憑其個人對於待證事實感官知覺經歷之陳述，截然不同。

又，法院就性侵案件已依不同類型人員，區分為專家證人、鑑定證人或鑑定人，更可見我國實務對於專家證人採取開放的態度。因應社會各界的呼聲<sup>178</sup>，最近性侵害犯罪防治法新增第 16 條之 1，此次於法律明文規定專家證人之法律地位，明定於偵查或審判中，檢察官或法院得依職權或依聲請指定或選任相關領域之專家證人。此外，本次性侵害犯罪防治法新增第 15 條之 1 增訂專業人士在偵審階段得協助被害人詢問及訊問，並賦予該詢問筆錄具有證據能力等規

---

陳祐治，佛羅里達證據法逐條釋義，瀚盧圖書出版有限公司，2006 年 2 月，頁 274-278。

劉新耀，論鑑定人於刑事訴訟程序中之功能與地位，中國文化大學法學院法律學研究所，2010 年 6 月，頁 159-165。

<sup>176</sup> 吳巡龍，鑑定與專家證人，台灣本土法學雜誌第 153 期，2010 年 6 月，頁 136-140。

陳祐治，專家證言與鑑定，檢察新論第 6 期，2009 年 7 月，頁 138-154。

陳祐治，佛羅里達證據法逐條釋義，瀚盧圖書出版有限公司，2006 年 2 月，頁 274-278。

劉新耀，論鑑定人於刑事訴訟程序中之功能與地位，中國文化大學法學院法律學研究所，2010 年 6 月，頁 159-165。

<sup>177</sup> 吳巡龍，鑑定與專家證人，台灣本土法學雜誌第 153 期，2010 年 6 月，頁 136-140。

<sup>178</sup> 現代婦女基金會推動「性侵害犯罪防治法」修法三讀通過！兒少司法權益大突破  
<http://www.38.org.tw/>

定，以積極維護兒童及智能障礙者之司法權益。

對於金融案件，所謂財務專家證人可以協助當事人及其委任律師獲得解決方案。因此實務界亦有導入鑑識會計 (Forensic Accounting) 即財務專家證人之呼聲，未來規劃之財務專家證人之主要角色與功能，包括：了解爭訟背景、求償原因、求償內容及金額等。根據訪談與取得之證據，客觀陳述爭議事件細節。檢視爭議求償項目與求償金額並出具獨立財務專家證人報告。檢視對方財務專家證人所提出之財務專家報告並與對方財務專家辯論形成共識。出席法庭作證，接受雙方當事人委任律師及法官之提問。

從前述判決及學說來看，與美國專家證人制度比較，我國鑑定人或鑑定機關係由檢察官或法官選任，告訴人或被告無需支付鑑定費，且實施鑑定者多未事先揭露，意見相對較客觀公正，能有效幫助法院解決爭點，故我國似無將鑑定制度全面改為專家證人制度之必要，但有時專業知識之探求無法以鑑定方式達成，且現有鑑定機關無法滿足法院審判需求，需其他具有特別知識、技術、經驗或訓練者，方能提供法院認定事實之依據。對於無法鑑定事項，應如何幫助法官瞭解特別知識以作出判斷。最高法院之案例，有請專家對甲基安非他命之製作過程陳述意見，或請學者陳述信用狀之流通實務，此類專家或學者不具有一般證人之不可取代性，又未實施任何鑑定，但最高法院認為仍屬鑑定人之性質而非證人<sup>179</sup>。

現行刑事訴訟法第 166 條規定鑑定人應接受交互詰問，而我國目前多由政府機關實施鑑定，因人力有限，多不願上法庭接受詰問；且鑑定報告由機關具名亦不用具結，法院或檢察官不知何人為實際鑑定或審查之人，故難以依刑事訴訟法第 208 條第 1 項後段命其到庭言詞報告或說明，且鑑定人依法不得拘提，故法院無法強制實施鑑定者到庭接受詰問，故目前多以提示鑑定報告之書證調查方式進行調查，致當事人無法質疑鑑定報告之程序與結果。我國法律並未禁止專家證人，故可以突破傳統對於證人之定義，使之包含專家證人，檢察官偵查時或法院審判中審酌該案爭點性質，若有探求專家證人意見之必要時，不論已否送鑑定，可傳喚合適之專家證人出庭陳述專業知識及經驗以發現真實，並應避免前述鑑定制度之缺失，使專家證人接受當事人之交互詰問，以符合兩造對抗制度設計原理與目的。因專家證人不具有一般證人的不可取代性，故解釋上應不得拘提。法院亦應審酌兩造所聲請專家證人之專業程度及職業道德徵求雙方意見，行使刑事訴訟法第 163 條之 2 之聲請調查證據之准駁權，以避免專家證人流於浮濫<sup>180</sup>。

<sup>179</sup> 吳巡龍，鑑定與專家證人，台灣本土法學雜誌第 153 期，2010 年 6 月，頁 136-140。  
陳祐治，專家證言與鑑定，檢察新論第 6 期，2009 年 7 月，頁 138-154。  
陳祐治，佛羅里達證據法逐條釋義，瀚盧圖書出版有限公司，2006 年 2 月，頁 274-278。

<sup>180</sup> 吳巡龍，鑑定與專家證人，台灣本土法學雜誌第 153 期，2010 年 6 月，頁 136-140。  
陳祐治，專家證言與鑑定，檢察新論第 6 期，2009 年 7 月，頁 138-154。  
陳祐治，佛羅里達證據法逐條釋義，瀚盧圖書出版有限公司，2006 年 2 月，頁 274-278。

### 第三目 鑑定人、鑑定證人或專家證人之異同

我國刑事訴訟法之鑑定，係法院或檢察官為取得證據資料，於審判或偵查中，選任有特別專業知識經驗之第三人，就個案之特定具體事項，運用其專業加以判斷，以作為檢察官或法院審理之參考。鑑定人可以為自然人，亦可為機關團體即機關鑑定或囑託鑑定，即刑事訴訟法第 208 條第 1 項。鑑定人之意見只是法官輔助，法官與鑑定人各有職責，法官需對裁判結果負最終責任。依前揭 99 年度金上重訴字第 64 號判決之之意旨，鑑定意見能否採取屬證據證明力的問題，賦予法院自由判斷之權，就鑑定結果法院並無必須接受之拘束力<sup>181</sup>。

依刑事訴訟法第 198 條，案件於何種情形應委由鑑定人實施鑑定，委由法院或檢察官自由裁量之，因此以任意鑑定為原則。不過在某些案件，最高法院卻認為某些事項應經鑑定，例如：毒品案件<sup>182</sup>、醫學專門事項<sup>183</sup>或辨識指紋<sup>184</sup>。凡依法選任或囑託之鑑定，即生鑑定人資格，而非如同英美法系之專家證人需審查其資格，為維持鑑定之客觀，依刑事訴訟法第 202 條於鑑定前應具結，而依刑事訴訟法第 158 條之 3 應具結而未具結者，其鑑定意見無證據能力。此外，依刑事訴訟法第 166 條第 2 項，鑑定人與一般證人一樣，都成了交互詰問的對象。有關鑑定程序之其他相關問題，本論文將於第五章後續討論。

刑事訴訟法第 210 條係鑑定證人之規定，因其具有特別之專門知識且具有專業判斷能力，故能在具體個案中，陳述唯有具備專門知識經驗方能察覺及見聞過去的事實及狀態之人。鑑定證人，乃是依據其特別的知識經驗而為判斷，有如鑑定人；但又就其所察覺、得知之已往事實而為陳述，性質上與證人相似。因此，鑑定證人同時具備證人與鑑定人之雙重角色，由於鑑定證人具有不可替代性，故宜視為證人，我國法律亦適用人證之規定。就鑑定人、證人與鑑定證人之比較如下<sup>185</sup>：

1. 鑑定人、鑑定證人或專家證人皆屬人的證據方法，在我國司法判決認為英美

---

<sup>181</sup> 吳耀宗，鑑定人在刑事訴訟程序的角色與權利義務—兼與證人、鑑定證人相比較，中央警察大學法學論集 12 期，2007 年 4 月，頁 155-180。  
劉新耀，論鑑定人於刑事訴訟程序中之功能與地位，中國文化大學法學院法律學研究所，2010 年 6 月，頁 172-174。

<sup>182</sup> 93 年度台上字第 2159 號判決。

<sup>183</sup> 85 年度台上字第 193 號判決。

<sup>184</sup> 32 年度台上字第 2136 號判決。

<sup>185</sup> 吳耀宗，鑑定人在刑事訴訟程序的角色與權利義務—兼與證人、鑑定證人相比較，中央警察大學法學論集 12 期，2007 年 4 月，頁 155-180。  
劉新耀，論鑑定人於刑事訴訟程序中之功能與地位，中國文化大學法學院法律學研究所，2010 年 6 月，頁 172-174。

法系的專家證人即為我國鑑定人。

2. 鑑定人、專家證人需對個案具體事實具有特別專門知識經驗，而鑑定證人則是對過往之事實具有特別專門知識經驗，此與證人係陳述感官知覺所認知之事實不同。
3. 除鑑定證人因其性質比照人證之規定，具有不可替代性；鑑定人及專家證人均具有可替代性。
4. 鑑定人經由法院或檢察官選任，鑑定證人係比照人證規定，並無選任問題；至於專家證人則是由當事人選任，再由法院審查其是否具有專家證人之資格。
5. 對鑑定人得依刑事訴訟法聲請拒卻，對鑑定證人則無拒卻規定。
6. 鑑定人有到場之義務，但不得拘提；而鑑定證人有到場之義務，且得拘提。
7. 鑑定人有具結之義務，且具結應於鑑定前為之，但機關鑑定例外；鑑定證人有具結之義務，具結得於訊問前或訊問後為之。此外，英美法系之專家證人必須宣誓作證。
8. 鑑定人有說明報告之義務，報告內容有一定要求，得以書面為鑑定報告；雖然依刑事訴訟法第 166 條得對鑑定人詰問，但實務上甚少進行。至於，鑑定證人因比照人證規定，當然有陳述義務，與專家證人相同，當事人均得對其交互詰問。
9. 鑑定人與鑑定證人除日費、旅費外並無報酬請求權，專家證人為當事人委任，當然為有償。
10. 鑑定人在我國經法院或檢察官許可，得為一定處分，並得檢閱卷宗證據及蒐集調取相關資料；鑑定證人則無上述權限。
11. 鑑定人有拒絕鑑定權，而鑑定證人則有拒絕證言權。

#### 第四目 小結

專家證人為美國之制度，在我國裁判實務認為是鑑定人，但由於鑑定人在台灣裁判實務並未確實實施交互詰問，因此專家證人比照證人可被交互詰問之特性，已於台灣裁判實務所接受，甚至性侵害犯罪防治法已明文規定，賦予專家證人法律地位。未來在一些特殊專業的法領域，例如：財經及食安領域，都可引進專家證人之概念。目前智慧財產案件，法院有所謂技術審查官<sup>186</sup>，以幫助法院了解各領域的特殊專業知識，基於武器平等原則，智慧財產領域引進專家證人<sup>187</sup>亦屬適當。特別是金融刑事案件，由於涉及許多會計及財金專業，所涉金額及被害人甚多，若有專家證人，更可以輔佐法院審理之進行。金融監理機關之人員負責金融監理及金融法規之制定，命其於法院擔任專家證人亦屬妥適。

正如前述，專家證人可依其知識經驗發表意見，當事人可對其交互詰問，甚至可以攻擊專家證人所依據之資料，因此已彌補對質詰問權之不足。依據性

<sup>186</sup> 智慧財產案件審理法第 4 條。

<sup>187</sup> 根據 102 年 10 月 24 日中國時報的報導，立委建議智財法院應考慮增加專家證人和多元鑑定，將鑑定制度和專家證人納入法律。

侵害犯罪防治法第 16 條之 1 第 2 項規定，專家證人準用刑事訴訟法第 163 條至第 171 條、第 175 條及第 179 條。從準用之法規看來，專家證人之詰問規定，雖比照刑事訴訟法之規定，然而其性質與普通證人不同，其不具有不可取代性，因此不準用不到場罰鍰及拘提之條文。由於其專業性質，亦不適用拒絕證言權之規定。

此外，依照本章第三節第一目，依照美國證據法專家證人之選任主要係由當事人雙方提出，並由法官審查人的適格要件與事的適格要件，惟依據我國性侵害犯罪防治法第 16 條之 1 第 1 項規定，係於偵查或審判中，檢察官或法院依職權或依聲請指定或選任相關領域之專家證人，提供專業意見，若經傳喚到庭陳述者，得為證據。因此，從性侵害犯罪防治法之規定，我國專家證人的選任方式與美國證據法不同，且聲請權之主體是否包含被害人亦不明確。且性侵害犯罪防治法亦未比照美國法規適於專家證言之主題，然而性侵害犯罪防治法於第 16 條之 2 規定，性侵害犯罪之被告或其辯護人於審判中不得對被害人有任何性別歧視之陳述與舉動，未來本條之意旨似應準用於專家證人。

#### 第四節 金融監理機關陳述為專家證言或意見證據

##### 第一目 專家證言與意見證據之定義

一般證人係就個人之感官見聞，據實陳述作為證據資料，以供審判者判斷事實，此與鑑定人就專業領域之智識、經驗、技術或能力提供判斷意見，以助審判者裁判不同。故原則上，一般證人之證言應僅限於單純的事實陳述，倘超越事實陳述而為意見表達，並無證據能力可言。然而，在現實日常生活中，以言語表達之「事實」，其證據之型態與「意見」或「推論」有時難以區隔。於佛羅里達證據法(Florida Evidence Code)第 701 條普通證人之意見證言(Opinion testimony of lay witnesses)規定，一般證人憑個人感官知覺之證述，除以推論或意見之外，無法真正或正確且適當向陪審團表達者，且不致誤導陪審團而陷於對當事人偏見者，即得以推論或意見之方式證述<sup>188</sup>。

事實上我國刑事訴訟法第 160 條，容許一般證人提供意見證據之條件，以證人之個人實際經驗為基礎，所為意見或推測與個人體驗不可分，具客觀性且亦無可替代性並為證言的一部分時，此時例外容許意見證據。實務上就證人之證言，區分為體驗供述及意見供述，前者係指個人感官知覺作用直接體驗之客觀事實而為陳述，屬於人證之證據方法，因證人就其親身體驗事實所為之陳述具有不可替代性，故有證據能力。後者，係指就某種事項陳述其個人主觀上所為之判斷意見即意見證據，因非以個人經歷體驗之事實為基礎，為避免流於個

<sup>188</sup> 陳祐治，證據法案例解說，元照出版有限公司，2009 年 11 月，頁 465-468。

陳祐治，佛羅里達證據法逐條釋義，瀚盧圖書出版有限公司，2006 年 2 月，頁 269-274。

人主觀偏見與錯誤臆測之危險，除符合刑事訴訟法第 160 條之要件外，原則無證據能力<sup>189</sup>。

針對專家證人之資格及證據之容許性，第三節部分已有討論，但除了聯邦證據法第 702 條及第 703 條，提及證人必須遵守其證詞所依據基礎之相關規定，即「專家證人得以在聽審之中或之前認知或獲悉有關特定案件中之事實或資料，作為其意見或推論形成之依據。若事實或資料屬於某特定領域之專家合理賴以參考之類型，而以之形成其對某問題之意見或推論時，該等事實或資料，於使該意見或推論獲得認許之範圍內，毋須具備證據能力，該等事實或資料如依其他規定不得認許者，其提出者亦不得將之透露於陪審團；除非法院認定，其有助陪審團評估專家意見之基本證明價值，已明顯超越其可能引發之偏頗效應。」<sup>190</sup>。

根據佛羅里達證據法第 705 條「專家意見基礎事實或資料之揭露 (Disclosure of facts or data underlying expert opinion) 明文規定：「除法官命令揭露外，專家得附具理由，僅以意見或推論之術語作證，而無須事先揭露其基礎事實或資料。但在反詰問程序，專家則須具體敘述其基礎事實或資料。」。「在專家證人陳述意見之前，對造當事人得就基礎事實或資料，對該專家證人進行適格之審查。對造當事人如建立表面可信專家證人欠缺足夠作成意見之基礎時，意見或推論，即不具容許性。但提出意見證據之當事人如能補正基礎事實或資料者，不在此限。」<sup>191</sup>。因此，法官在作成容許或拒絕揭露基礎資料決定時，一方面要評估：如不揭露基礎資料，能不能適當判斷專家證人的適格；另一方面要評估：如揭露基礎資料，是否會導致陪審團偏見。當揭露結果有助於陪審團評估專家意見，並遠遠超過可能造成陪審團偏見的結果，仍然可以准許揭露<sup>192</sup>。

## 第二目 適於專家證言之主題及詰問方式

專家證人可以選擇任何方式陳述他們的意見及結論，唯一的限制是在刑事訴訟中禁止明確說明被告是否具備犯罪構成要素之一的特定精神狀態，參考聯邦證據法第 704 條規定：

(a)除依(b)項之規定外，以意見或推論形式提出而有證據能力之證言，不因其包含應由事實審理者決定之最終爭點，而得對之異議。

<sup>189</sup> 98 年度台上字第 2196 號判決、97 年度台上字第 6288 號判決、97 年度台上字第 2473 號判決及 97 年度台上字第 5636 號判決。

朱朝亮，體驗供述與意見供述之別，月旦法學教室第 112 期，2012 年 2 月，頁 36-38。

<sup>190</sup> 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，元照出版有限公司，2003 年 4 月，頁 233-247。

<sup>191</sup> 陳祐治，佛羅里達證據法逐條釋義，瀚廬圖書出版有限公司，2006 年 2 月，頁 284-287。

<sup>192</sup> 陳祐治，專家證言與鑑定，檢察新論第 6 期，2009 年 7 月，頁 138-154。。

(b)就刑事案件被告之心神狀態或情況作證之專家，不得就被告是否具有構成被起訴之罪或其抗辯之要件之心神狀態或情況，發表意見或推論。此類最終爭點之決定，僅得由事實審理者自行為之。事實上，說明待證事實推論的意見，往往難以避免碰觸「最終爭點」，況且對造當事人對於碰觸「最終爭點」的意見，可以利用反詰問程序，例如命揭露憑以推論的基礎資料來質疑。因此，嚴格限制專家證人碰觸「最終爭點」，認為將會侵犯陪審團事實審判權的疑義，便失去特別意義<sup>193</sup>。

對於專家證人的反詰問與對其他證人的反詰問並無不同，整理美國實務對專家證人反詰問有幾項特殊之處如下<sup>194</sup>：

a. 是否具有專家資格

就專家資格部分，重點在於與本案相關的教育訓練與實際工作，因此可以詰問專家是否獲得其領域中最高學位或檢定。

b. 專家是否具有偏見與利益

反詰問可就專家證人是否有偏見而異議，有偏見的證人，其證言會偏袒一方而不利另一方，專家的整個證言將會不值得信賴。最常見的偏見種類，就是專家專門或明顯只為原告或被告作證。參考聯邦民事程序法第 26 第 1 項第 2 款，專家必須將過去四年內每一次的法庭外採證或法庭內作證，都以書面報告方式開示出來。參考民事程序之作法，反詰問者可以掌握該專家證人是否習慣性為原告方或被告方證人，以確實掌握專家證人是否有偏頗可能。

c. 專家所依據之資料是否夠精確

專家的意見與結論，只有在所依據的資料精確時，其專家證言才會有效。因此反詰問者若能攻擊資料與資訊有不精確或不完整的問題，則專家的意見與結論就會跟著不被採信。

d. 質疑假設

專家都會有假設，反詰問者可以揭露這些假設，則專家的意見就會變得欠缺公正性。反詰問者進而主張該專家可能有偏見，不適宜採納為法庭證言。

e. 攻擊先前不一致的陳述

反詰問專家證人最好的方法之一，就是利用該專家先前的不一致陳述來彈劾他。由於美國法有證據開示制度，可以知道專家證人的出版物、庭外採證或出庭作證，甚至先前證言的筆錄繕本。透過證據開示，還能取得該專家對本案的書面報告，而在審前就透過庭外採證程序詰問。如此一來，對該專家將在訴訟中的證言，以及過去作證的說明，都能獲得充分的資訊。如果與訴訟時的證言有所不同，就可以用過去的陳述來彈劾專家證人證言。

<sup>193</sup> 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，元照出版有限公司，2003 年 4 月，頁 233-247。

陳佑治，專家證言與鑑定，檢察新論第 6 期，2009 年 7 月，頁 138-154。

<sup>194</sup> Thomas A. Mauet 著，蔡秋明、方佳俊譯，訴訟技巧，城邦文化事業股份有限公司，2008 年 5 月，頁 479-506。

#### f. 使用論文彈劾專家

依聯邦證據法第 803 條第 18 款，論文或期刊，必須透過在反詰問、或透過自己的證人說明，或根據司法認定，以確立係可靠的權威性作品。論文本身不能被認許為物證，但可以宣讀並據以彈劾。使用論文來彈劾，是一項有力的技巧，因為論文代表了某個領域的集體公共智慧，可以明確質疑專家證人證言的可信度。

#### g. 專家的不同意見

表明雙方專家勢均力敵，讓他們的實際影響力互相抵銷。如此一來，把決定權力都交給陪審團。透過這種做法，授權陪審團直接決定本案，而不需要先決定接受或拒絕哪一方的專家證言。當專家讓人印象深刻，或人數較多時，這是相當有用的做法。

### 第五節 小結

根據前述之分析，我國傳聞法則規定相當不足，根據美國法口頭或書面的言詞屬於陳述，肢體動作也應視為陳述之一種；而我國傳聞例外的種類也太少。此外，也未定義非傳聞之規定。就傳聞證人到庭作證傳聞陳述、其他第三人所製作之陳述書或筆錄及傳聞中之傳聞本法未設規範。

由於立法密度十分不足，實務上許多類推適用之判決，96 年度台上字第 4064 號判決及 96 年度台上字第 3900 號判決。以上情形均是實務補充我國立法不足之做法，基本上以刑事訴訟法第 159 條之 2、第 159 條之 3、第 159 條之 4 與第 159 條之 5 作為類推適用條款，以決定其證據能力。由於實務運作類型甚多，釜底抽薪之計，若臺灣已確定引入傳聞法則，應比照美國法制完備我國傳聞法則的立法。

依據美國聯邦證據法第 702 條規定，若專業知識有助於事實審判者瞭解證據或決定爭執之事實之人，皆可為專家證人之資格，故金融監理機關對於金融市場長久的監理經驗，成為專家證人實屬可行。在我國司法實務，目前並未明確禁止專家證人，但實務判決認為我國鑑定人即等於專家證人，故並無引進之必要。然而，從蘇建和案即有引進專家證人之呼聲；且從頂新劣油案，媒體均將義美食品高志明總經理視為專家證人，高志明總經理並於庭訊中提供食品業的專業知識。

就金融案件，從本論文第二章之說明，金管會之金融檢查係金融市場監理的主要推手，金融檢查之結果常促使金管會相關法規之修正；又，某些審判庭亦會傳喚金融監理機關之人員為證人。事實上依 103 年度台上字第 2194 號判決，該案係審理複雜的結構債事件<sup>195</sup>，該判決已將當時金管會主委呂東英視為專

<sup>195</sup> 民國 93 年間，我國金融業界發生「聯合投信事件」，金管會恐引發市場系統性風險，於同年 11 月初，成立因應專案小組，下達「各投信公司出清結構債必須符合法令；不可讓基金投資人

家證人<sup>196</sup>。

目前實務上將金融監理機關所提之報告或意見，依 104 年度台上字第 2932 號判決院就金管會之函覆視為一種鑑定意見，且相關鑑定經過亦須載明於鑑定報告書<sup>197</sup>，惟根據第二章之判決蒐集，並非所有判決皆將金融監理機關所提之報告或意見視為鑑定意見，故關於此部分仍有爭議，或許應視個案情形加以判斷。

本論文以證交所為例<sup>198</sup>，說明金融監理機關對於金融刑事案件的涉入，更可以將金融監理機關之人員視為一種專家證人的。實務上證交所對於疑似涉及內線交易的案件，經過初步查核，作成交易分析意見書，再送地檢署、調查局、刑事警察局或先送證期局再轉地檢署、調查局、刑事警察局，由調查局、刑事警察局進一步調查，於掌握明確證據後，即移送刑事法院進行審判。而在事前防制作業部份，則取下列措施以提升防制之效果：1. 對上市公司內部人及其關係人之建檔作業。2. 建立上市公司財務業務危機預警制度。3. 建立企業集團關係企業交易監視系統。4. 建置電腦自動搜尋網際網路資訊及資料儲存查詢系統。5. 其他電腦查核系統。6. 上市公司透明度之要求，上市公司需定期及不定期公布該公司之財務、業務等資訊。此外，證交所每天都有專人在注意股票的價量異常和上市公司重大消息的發布，分析消息公開前後的股價變化情形，並瞭解內部人在消息公開前的買賣行為。證交所亦經常定期或不定期與調查局、刑事警察局、檢察官及法官進行業務溝通，以交換打擊股市犯罪之經驗。

著名的南港案，證交所主動調查後發現南港公司之部分關係企業，在消息公布前買進南港公司之股票，立刻製作交易分析意見書函送調查局進一步偵辦。經地方法院檢察署偵結起訴，後經一審判決無罪，證交所即針對一審判決

---

受損；若有損失，由投信公司股東承擔」之「三大處理原則」。當時金管會對債券型基金提出幾項規範：一是限期分流，包括分割成類貨幣型基金與固定收益基金兩種；二是希望大股東能持有；三是建立新的評鑑方式；四則是維持適度規模。伴隨的還有行政指導，希望促使投資人不能有任何損失，也希望若有損失，投信股東自行吸收。但並未用法規方式記錄，也未有自律公約或會議記錄，更沒有函令。也因為沒有任何書面記錄，結構債引起的問題，包括寶來投信白文正總裁的自殺身亡，元大投信的涉嫌背信與掏空公司，違反證交法的問題。開發金控、金鼎證券也遭到類似的控訴。

<sup>196</sup> 103 年度台上字第 2194 號判決：「更不知有金管會「突襲性」政策轉變之情形，林明義根本不該當於背信之犯罪構成要件。詎原審罔顧此實情，又不理會專家證人呂東英之證言，偏信李賢源「一人之詞」，遽行論罪，顯然不公允云云。」。

<sup>197</sup> 104 年度台上字第 2932 號判決：「是鑑定報告書之內容應包括鑑定經過及其結果，法院囑託鑑定機關為股票交易或其他相關事項實施鑑定時，受囑託之鑑定機關不應僅將鑑定結果函覆，並應將「鑑定經過」一併載明於鑑定報告書中；若鑑定報告書僅簡略記載鑑定結果而未載明鑑定經過，即與前述規定關於鑑定報告之法定記載要件不符，法院自應命受囑託機關補正，必要時並得通知實施鑑定之人以言詞報告或說明，否則，此種欠缺法定要件之鑑定報告即不具備適格之證據能力。…。依原判決上述理由之記載，其認為金融監督管理委員會上揭函覆意見，並非一般機關函查答覆，係具有「鑑定意見」之性質而具有適法之證據能力。」。

<sup>198</sup> 參考「臺灣證券交易所對內線交易之防制」。

書之內容，再協助檢察官蒐集資料。尖美建設案<sup>199</sup>，尖美公司調降八十七年度財測之消息公開後，尖美股價大幅下跌，證交所調查後發現，有內部人及關係企業在消息公開前先賣出尖美公司股票。證交所調閱相關之董事會會議紀錄，發現尖美公司內部人出售股票前已先知悉該重大消息，證交所製作交易分析意見書函送調查局，由調查局南機組進一步偵辦。證交所並先後派員赴南機組及高雄地方法院檢察署說明案情。故，證交所在金融刑事案件，特別是內線交易的防制與取證的重要角色。

依 102 年度台上字第 3448 號判決<sup>200</sup>，該判決依證交所製作之股票交易分析意見書及證交所訂定之有價證券監視報告函送偵辦案件作業要點等書件審理證券交易案件。而 99 年度台上字第 2826 號判決<sup>201</sup>指出前揭「有價證券監視報告函送偵辦案件作業要點」，僅係便於舉發股票交易違反證交法第 155 條第 1 項各款行為之案件而訂定，並非符合前揭要點即違反證交法。

最近性侵害犯罪防治法新增第 16 條之 1，此次於法律明文規定專家證人之法律地位，明定於偵查或審判中，檢察官或法院得依職權或依聲請指定或選任相關領域之專家證人。事實上，金融監理機關之人員，在其負責之領域，皆有專業之處。因此刑事審判庭應傳喚金融監理機關之人員為證人，且因其專業知識，我國的確可以突破對於證人之定義，使之包含專家證人，並參照性侵害犯罪防治法直接賦予專家證人的法律地位，以方便當事人詰問。目前，我國「推動設置商事法院小組」，正積極籌劃設置商事法院，其中亦有呼聲引進專家證人制度。再者，現今鑑定人鑑定的品質頗有疑慮，除應落實刑事訴訟法交互詰問外，建議可參考專家證人「人的適格要件」，審查鑑定人的資格。

<sup>199</sup> 90 年度字第 2171 號判決：「右揭犯罪事實，業據台灣證券交易所股份有限公司職員江逸鴻於偵查中到庭指述甚詳，並有台灣證券交易所股份有限公司告發書暨相關資料影本附卷可稽。至被告乙○○親自出席參與尖美公司於八十八年二月五日上午、下午所召開之八十八年度臨時董事會，且會議中已就事前所獲悉『尖美公司因受承包東山河工程廠商即聖豐公司發生財務危機之拖累，而損失九億一千餘萬元，以及轉投資子公司投資，而虧損六億二千餘萬元』之重大訊息，公開提案討論，而該次臨時董事會，之所以決議更新八十七年度財務預測，其內容為將原預測每股盈餘四點七一元調降為每股虧損二點四二元，確實是受到東山河工程及投資失利致生鉅額虧損影響所致乙節，亦據被告乙○○於南機組訊問時供承屬實在卷，並有尖美公司八十八年度臨時董事會議事錄影本二份附卷可佐，足見被告乙○○為尖美公司之經理人，於該公司發布調降八十七年度財務預測之訊息前，早已獲悉上揭對於尖美公司有重大影響股價消息之情事。」。

<sup>200</sup> 102 年度台上字第 3448 號判決：「係依憑證交所製作之同開公司股票交易分析意見書所載被告交易情形及證交所訂定之有價證券監視報告函送偵辦案件作業要點等件，認被告並無意圖抬高同開公司股票價格之意圖」。

<sup>201</sup> 99 年度台上字第 2826 號判決：「按(一)取捨證據及證據證明力之判斷，乃事實審法院職權之行使，其對證據取捨及證明力之判斷，苟係基於吾人日常生活之經驗，未違背客觀上應認為確實之定則，並已敘述其何以為此一判斷之理由者，即不能任意指為違法。查原判決說明：(1)財政部證券暨期貨交易委員會(下稱證期會)所定「有價證券監視報告函送偵辦案件作業要點」，僅係台灣證券交易所依據證期會之函示，為便於舉發移送股票交易違反證券交易法第一百五十五條第一項各款行為之案件而訂定，尚難僅以被告行為符合該要點規定，即認主觀上有影響股價之意圖，且被告亦未經證期會認有違反證券交易法第一百五十五條第一項各款行為而移送。」。

## 第五章 證據調查程序之運用-以金融監理機關角色為例

### 第一節 我國證據調查程序之共通原則

#### 第一目 各個證據方法之共通原則

若以我國所遵循的大陸法系，證據法有幾項基本原則：

##### 1. 無罪推定及證據裁判原則：

依「世界人權宣言」及「聯合國公民及政治權利公約」，未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪「無罪推定原則」是國際公認的刑事訴訟基本原則，我國刑事訴訟法第 154 條第 1 項規定：「被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪。」即揭示此一原則。因此，被告雖然經檢察官提起公訴，但未經法院審判定罪以前，應該要先推定被告無罪。檢察官為了追訴被告犯罪，則必須負舉證責任並提出充分的證據，來證明被告確有犯罪。而刑事訴訟法第 154 條第 2 項，無證據不得認定其犯罪事實，即所謂的證據裁判原則，亦支撐無罪推定原則的運用<sup>202</sup>。此外，依 101 年度台上字第 2966 號判決，檢察官在審判庭上，應負責說服法院達致「毫無合理懷疑」之程度（百分之百），使形成被告確實有罪之心證<sup>203</sup>。

##### 2. 證據資格之限制：證據需有證據能力

認定犯罪事實之依據者，以有證據能力之證據為限，判斷證據有無證據能力有兩個面向<sup>204</sup>：

###### a. 證據能力之消極要件

消極條件，係指證據使用禁止，即證據排除法則，例如：以強暴、脅迫等不正訊問方法所得之證據，不得作為證據(如：刑事訴訟法第 156 條)。

###### b. 證據能力之積極要件

未經禁止使用之證據，必須同時具備積極條件，始能取得證據能力。積極條件，即為嚴格證明法則，所有證據必須經過嚴格證明之調查程序後，始能取得證據能力，以作為認定犯罪事實之基礎。嚴格證明法則，係指犯罪事實之證

<sup>202</sup> 林鈺雄，刑事訴訟法（上），元照出版有限公司，2010 年 9 月，頁 468-482。

<sup>203</sup> 有關本判決爭議甚大，我國最高法院認為需有百分之百的心證程度才為有罪判決，檢察官舉證責任程度，非本論文討論之內容，不再贅述。

<sup>204</sup> 在英美法系類似證據能力之概念為證據容許性，證據容許性主要是基於合理可作為證據價值之資料及事實與排除傳聞證據之法則。  
林鈺雄，刑事訴訟法（上），元照出版有限公司，2010 年 9 月，頁 468-482。

明與調查，必須使用法定之證據方法，並且遵守法定之調查程序，其內涵如下<sup>205</sup>：

1. 依刑事訴訟法第 155 條第 2 項，未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據，未經嚴格證明程序則該證據禁止使用，因此嚴格證明程序與證據使用禁止成為證據能力之要件。
2. 審理原則之規定，包括直接審理原則（刑事訴訟法第 159 條）、言詞審理主義（刑事訴訟法第 221 條）及公開審理原則（刑事訴訟法第 379 條第 3 款、法院組織法第 86 條）及傳聞法則（刑事訴訟法第 159 條至第 159 條之 5）。
3. 法定證據方法，包括被告、證人、文書（書證）、鑑定及勘驗五種證據方法及其程序，被告之訊問及自白（刑事訴訟法第 94 條至第 100 條之 3、第 156 條、第 288 條第 3 項）、證人（刑事訴訟法第 175 條至第 196 條、第 166 條至第 171 條、鑑定人（刑事訴訟法第 197 條至第 210 條、第 166 條至第 171 條）、書證（刑事訴訟法第 165 條）及勘驗（刑事訴訟法第 164 條、第 165 條之 1、第 212 條至第 219 條）。

以上的證據方法為「列舉的證據方法」，一旦使用法定以外的證據方法來證明本案待證事實時，其調查證據程序即不合法，該證據即屬未經合法調查而無證據能力。重要的是，告訴人或被害人並非獨立類型的證據方法，共同被告程序一旦分離後，關於他被告之陳述即居於證人之地位，而取得共同被告的自白一向是實務認定共同犯罪的主要證據。此外，證物亦非獨立證據方法，若送鑑定則為鑑定人之證據方法；若提示予被告辨認（刑事訴訟法第 164 條）則為勘驗之證據方法，播放錄音帶等影音證據，亦屬勘驗之證據方法。證據取得作為認定犯罪事實之資格，取得證據能力後，有關證據價值之評價，也就是「證據之證明力」問題。依刑事訴訟法第 155 條，證據之證明力，由法院本於確信自由判斷，此即為自由心證原則<sup>206</sup>。

### 3. 嚴格證明程序：

刑事審判證據程序上，有嚴格證明程序與自由證明程序之區別。嚴格證明之證據方法及調查程序受到雙重的法定限制，犯罪事實之經過及行為人有無罪責等實體事項，必須踐行嚴格證明之證據方法及調查程序。嚴格證明程序表現在兩方面，一是法定證據方法之限制，二是法定調查程序之限制。刑事訴訟法第 155 條第 2 項所稱「合法調查」，便是嚴格證明程序之意<sup>207</sup>。

至於自由證明程序，在證據種類、方法，及心證程度都較嚴格證明程序寬鬆。何時應適用嚴格證明可以從無罪推定的要求來判斷，因此，舉凡構成要件、違法性、罪責之事實，及客觀處罰條件及刑之加重事實等實體要件都應納入嚴

<sup>205</sup> 林鈺雄，刑事訴訟法（上），元照出版有限公司，2010 年 9 月，頁 468-482。

<sup>206</sup> 林鈺雄，刑事訴訟法（上），元照出版有限公司，2010 年 9 月，頁 468-482。

<sup>207</sup> 林鈺雄，刑事訴訟法（上），元照出版有限公司，2010 年 9 月，頁 468-482。

格證明之範圍，除此之外的程序要件等，則可劃歸自由證明程序之範圍<sup>208</sup>。又，依釋字第 582 號解釋，「刑事訴訟法據以規定嚴格證明法則，必須具證據能力之證據，經合法調查，使法院形成該等證據已足證明被告犯罪之確信心證，始能判決被告有罪」。由此可知，嚴格證明法則係刑事訴訟的核心原則。

#### 4. 證據方法之共通原則：

證據調查程序附屬於審判程序，必須於審判期日踐行(刑事訴訟法第 288 條)，調查證據程序必須符合直接、言詞及公開審理原則。嚴格證明程序與直接審理原則有關，即「出於審判庭」的證據才有證據能力。除例外情形外，直接審理原則，係禁止法院以派生的、間接的證據方法來替代原始的、直接的證據方法並禁止法院轉換證據方法而使用證據的替代品。例如：作為犯罪證據之錄音帶，法院應該依照刑事訴訟法第 212 條當庭勘驗，而非依照刑事訴訟法第 165 條直接朗讀其節譯文<sup>209</sup>。

#### 5. 各個證據方法之特別程序：

除了前揭共同原則外，不同證據方法，亦有特別的調查程序，例如：文書是法定的證據方法，必須經過宣讀或告以要旨的法定調查程序(刑事訴訟法第 165 條)，才算經過合法調查取得證據能力，就物證及書證之調查程序將於本章第三節詳細說明。

證人的證據方法，原則上應經具結，以擔保證言的真實性(刑事訴訟法第 186 條)，鑑定人亦同(刑事訴訟法第 202 條)，而兩者皆適用詰問之程序(刑事訴訟法第 166 條以下)。特別的是，刑事訴訟法第 189 條第 2 項，原則上具結文應命證人朗讀，但依刑事訴訟法第 202 條則無相同之規定，因此證人朗讀具結文不僅確保證言真實性，更是證人得課予偽證罪之因素。具結程序需以證人明白且認知具結之意義而以簽名、蓋章或按指印為判斷基準。審判中法官訊問證人，是在確認犯罪事實的有無，但仍需要透過詰問，才能確認被告犯罪事實的真實性；而檢察官訊問證人，重點是在追查犯罪事實之有無，偵查中訊問證人時，雖然有刑事訴訟法第 248 條第 1 項前段之規定，但被告不一定在場且實務上亦難於偵查中讓被告親自詰問證人，因此才會有 95 年度台上字第 5027 號判決，當檢察官提出未經詰問之被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，若於事後於審判庭補正詰問程序，即為經合法調查之證據。

就勘驗的證據方法，法院應依刑事訴訟法條第 212 條以下實施勘驗，係指勘驗人純粹以五官去感知物的存在和狀態的過程，如檢察官到犯罪現場查看或聽聞犯罪現場的狀況。勘驗通常會做成勘驗筆錄，法院再以書證方式調查該筆錄。就勘驗的實施主體，依刑事訴訟法第 212 條為法官或檢察官，進行勘驗程序，應賦予當事人、辯護人等在場之機會，此為學理上之在場權，若進行勘驗程序，未賦予當事人與辯護人在場，所踐行之訴訟程序就有瑕疵，並認屬因違

<sup>208</sup> 陳運財，嚴格證明法則，月旦法學教室第二十三期，2004 年 9 月，頁 132-136。

<sup>209</sup> 林鈺雄，刑事訴訟法(上)，元照出版有限公司，2010 年 9 月，頁 468-482。

背法定程序而取得之證據。就被告之證據方法，除前揭原則外，尚有自白任意性原則。而所謂自白的任意性，指自白須出自被告的真意及自由意志，否則即屬非任意性自白。

## 第二目 刑事證據法則於數位資料之適用及實務發展

目前辦理金融刑事案件，證券交易紀錄及帳戶出入金資料都是法院審判必備之證據，而金融檢查報告亦常以電腦稽核<sup>210</sup>方式稽核並作成金檢報告。而一般錄音、錄影等資料更是法院審判常見之證據，因此討論刑事證據法則於數位資料之適用實有必要。

刑事訴訟法未修正前，依過去實務之判例，對於新型態證據如錄音、錄影資料或電磁紀錄，先由檢察官或法官實施勘驗，作成勘驗筆錄，再針對該筆錄依書證完成證據調查程序；然而，依現今刑事訴訟法第 165 條之 1 第 1 項，於文書外之證物有與文書同之效用者，準用之；故準文書亦以書證方式調查。而其第 2 項即錄音、錄影、電磁紀錄或其他相類之證物可為證據者，則列為準文書而以書證方式調查辦理，審判長得以適當之設備，顯示聲音、影像、符號或資料，而使當事人、代理人、辯護人或輔佐人辨認或告以要旨。儘管現行法已有規定，但特別就電磁紀錄部分，仍有以下值得討論之部分：

### （一）電磁紀錄之定義

固然刑事訴訟法是以電磁紀錄規範，實際上隨著犯罪類型不同，電磁紀錄之定義便有所不同，刑法第 10 條第 6 項係最廣義之定義，認為電磁紀錄者，以電子、磁性、光學或其他相類之方式所製成，而供電腦處理之紀錄。刑法第 220 條的偽造文書罪章的準文書概念，其電磁紀錄，是藉機器或電腦之處理所顯示之聲音、影像或符號，並足以為表示其用意之證明者，方得視為文書；偽造有價證券罪章中第 201 條之 1，信用卡、金融卡、儲值卡或其他相類作為簽帳、提款、轉帳或支付工具，係以電磁紀錄之存在證明已執行簽帳、提款、轉帳或支付等功能之證據；在刑法妨害秘密罪章，電磁紀錄則是與錄音帶、底片、錄影帶等同屬於儲存媒介之一種，作為竊錄他人非公開之活動、言論、談話或身體隱私部位者之用；妨害電腦使用罪章中，其所涉範圍應屬最廣，只要符合刑法第 10 條第 6 項之要件即視為電磁紀錄<sup>211</sup>。由此可知，我國並無數位證據、數位資料及電子證據之法條用語，而以電磁紀錄稱之，在學理上尚未經證據調查，

<sup>210</sup> 稽核人員至受查單位系統下載檔案至個人電腦再使用電腦輔助稽核軟體進行測試，其主要是讓稽核人員能更獨立地分析應用系統的資料檔，依據資訊系統的處理邏輯，利用通用稽核軟體進行平行模擬試算或是分析，再從資訊系統本身產出相關報表，將之與稽核人員試算分析的結果進行比對，針對其中的差異在進行了解、分析、試算<sup>1</sup>。ICAEA 國際電腦稽核教育協會定義：泛指使用電腦輔助稽核工具 CAATs 來進行稽核工作的方法與程序稱為電腦稽核(Computer Auditing)。(定義取自維基百科)

<sup>211</sup> 錢世傑，論刑事證據上關於數位資料證據資格之檢討，月旦法學教室第 143 期，2007 年 4 月，頁 64-91。

不宜稱之為證據，因此本論文仍稱電磁紀錄，並聚焦於數位資料的討論。

美國司法實務上將數位資料分為三種，即電腦產生紀錄(Computer-generated Record)係基於電腦設備的內部命令運行之，並沒有參雜人的意志操作，如：自動提款機上的紀錄、電腦或系統登出(入)紀錄、GPS資訊、電話通聯記錄、電子郵件標頭資訊、自動監視錄影機或自動測速照相機所攝之影像與照片；電腦儲存紀錄(Computer-stored Records)原則上屬於供述證據，與傳統書證相比僅是載體的不同，同樣的內容若記載於紙張，則為傳統書證，若記載硬碟或光碟片則為電腦儲存紀錄，如：會計或出納人員於職務所製作之帳冊、收據、傳票或報表；以及前開二種之混合形，即中間類型的數位資料(both Computer-generated and Computer-stored Records)，亦即部份數位資料兼含有電腦儲存紀錄及電腦產生紀錄。舉例而言，電子郵件的標頭資訊、寄出時間及伺服器等自動產生之資訊為電腦產生紀錄，但電子郵件之內容為寄件人所撰寫，因此為電腦儲存紀錄，故中間類型的數位資料需依個案判斷。電腦產生紀錄完全是電腦自行運作後制作出來，因此無庸以傳聞法則加以檢驗，只需要進行驗真即可，至於電腦儲存紀錄，由於包含人類意志的陳述或動作，必須接受傳聞法則檢驗及驗真程序後，才能提出於審判庭；而中間類型的數位資料則需依個案分析<sup>212</sup>。有關驗真法則或最佳證據法則將於本章第三節第二目說明。就美國法之理論與實務，有助於理解刑事證據法則於數位資料之適用，將於以下論文分析。

## (二) 數位資料之特性

下述分析之數位資料特性，將影響法庭上之攻防，特別是數位資料的真實性與同一性問題，數位資料有下列特性<sup>213</sup>：

### 無限複製及無差異複製

數位資料透過電腦複製之指令動作，可以無限次數進行複製，在電腦正常運作下，每次進行複製動作所產生的電子數位資料，與原始製作之電子數位資料不會有差異而完全相同。因此與一般文書影本不同，文書影本會因紙張、色澤及複印次數而使得影本與原本有所差異，但數位資料經多次複製後各版本仍保持一致，因此很難識別數位資料原製作人。

### 易遭竄改性

<sup>212</sup> 李榮耕，刑事審判程序中數位證據的證據能力-以傳聞法則及驗真程序為主，臺北大學法學論叢第91期，2014年9月，頁169-211。

朱帥俊，刑事證據法則對於電子證據適用之研究，國立交通大學管理學院碩士在職專班科技法律組碩士論文，2007年，頁162、163。

<sup>213</sup> 林一德，電子數位資料於證據法上之研究，國立台灣大學碩士論文，2000年，頁124-126。  
錢世傑，圖解數位證據之法庭攻防，十力文化出版有限公司，2009年11月，頁43-63。

數位資料是 0 跟 1 二進位演算出來的結果，因此可以不著痕跡地進行增刪修改，而紙本資料若有塗改，可以用肉眼辨識修改部位，要確知電子數位資料是否曾遭修改，必須透過歷史儲存資料，及利用電腦軌跡來查證是否遭修改。因此，數位資料之同一性較不易確定，但這並非否定數位資料作為證據，而是必須依個案調整其證明力。目前企業因個人資料保護法的通過，就未侵犯個人隱私的部分，企業於法庭審理必須負舉證責任，因此可還原真相的數位鑑識技術<sup>214</sup>，目前正蓬勃發展中。因此，可還原真相的數位鑑識技術，將可有效輔助法庭認定數位資料的真實性與同一性。

### 復原可能性

傳統書證若遭損毀，如文件遭燒毀或被放入碎紙機，幾乎不可能回復成原狀，但數位資料若遭到刪除或毀損、資料被移到資源回收筒後又被清除、檔案中毒、或資料與硬碟被格式化（format）等情況，仍然可以透過特別的軟硬體設備將檔案內容加以完整復原。

### 製作人不易確定

由於數位資料不若手寫文書可以從字跡辨別，因此無法確定誰製作數位資料或於電腦或機器執行動作，縱使有人具名製作該數位資料，仍容易被質疑其真實性，因此必須藉由其他相關事實或科技，來證明數位資料之製作人。

### 無法以人類之知覺直接認識及理解其內容

例如網頁、程式之原始檔或圖像編碼，多為一長串之指令及數碼，一般人無法直接以原始碼辨識出原始碼所代表之意義。而必須經過轉換的過程；但紙張或其他形式之文書，則得以人類之知覺直接了解認識意義而不需經過任何轉換過程。

### 對環境具有依賴性

數位資料是 0 跟 1 二進位演算出來的結果，因此數位資料的輸入、儲存、輸出必須依賴電腦設備及軟體程式來完成，若儲存數位資料的硬體設備性能及運用狀況不可靠，或電腦所依賴的軟體程式不可靠，那將使數位資料的真實性受到質疑。再者，隨著技術不斷進步，軟硬體設備不斷更新及升級，若出現新舊系統之間不相容或格式無法轉換，則可能造成數位資料無法存取或毀損，如此將無法利用數位資料的內容來證明待證事實。

<sup>214</sup> 數位鑑識必須重視三個部份，法律、程序、與技術。法律面：證物在法庭上的呈現方式，以及法律對於鑑識程序與結果呈現的要求；程序面—依據法律規範所採取的數位鑑識程序，如：複製證據時要有防寫措施；技術面—建立在法律面與程序面的前提下，應用工具發現證據並適時地釐清證據與案件事實之關聯性，讓法官能據此做有罪無罪的推定，如：設法取得儲存媒體內的資料、解釋數位資料所代表的意義。〈出自法務部調查局資通安全處〉

## (二) 刑事證據法則於數位資料之運用

### 數位資料的證據能力與真實性認定

證據能力亦稱為證據資格，係指得成為證明犯罪事實存在與否的證據資格。具備證據資格，必須經由法院證據調查程序判斷，而所謂證據調查者，係對數位資料，做事實關聯性及取得正當性的檢視，當具備關聯性、真實性、合法取得及傳聞法則的檢驗後，即具有證據資格。由於數位資料具易遭竄改性及製作人不易確定之特性，對於此種證據之真實性該如何證明，而真實性舉證責任又由何人負擔，實為重要。真實性概念，是為了要確保數位資料非屬偽造作假，而確認數位資料具有可信度。雖然其他證據方法亦有確保真實性的手段，例如：證人之具結，主要係擔保其證言之真實性；審判庭宣讀或告以要旨判決基礎之筆錄或文書證據資料，也是擔保證據資料之真實性（刑事訴訟法第 165 條第 1 項），但由於數位資料容易被竄改造假之特性，因此真實性之判斷更為重要，而證據能力所探討之真實與證明力所探討證據與事實相符程度，兩者並不相同<sup>215</sup>。

數位資料之真實性屬於認定證據資格的前提要件，執法人員必須調查與採證，才能避免法院認定該證據不具證據資格。例如：U. S. v. Simpson 案，被告遭扣押兩個 jpg 圖，其辯稱此二檔案之下載時間與 FTP 端的記錄檔時間不同。此外，檢方蒐證所得之網路聊天內容之印出物，被告辯稱該印出物無法比對筆跡，故無法證明此證據之真實性，法院不得採用此證據。後檢方以環境證據<sup>216</sup>佐證，方為法院認可<sup>217</sup>。

美國法律報告(The American Law Reports)提出確認數位資料真實性之九項標準如下<sup>218</sup>，迄今仍是美國司法實務的重要參考，也可以成為台灣司法實務的借鏡，標準如下：

1. 電腦設備保存紀錄與提出列印物之可靠性。
2. 基本資料最初存於電腦紀錄保存系統之方式。
3. 一般商業運作模式之資料輸入方式。

<sup>215</sup> 錢世傑，論刑事證據上關於數位資料證據資格之檢討，月旦法學教室第 143 期，2007 年 4 月，頁 64-91。

<sup>216</sup> 環境證據即我國法上的間接證據（情況證據），係指可以作為推認要證事項之佐證事實（間接事實）的證據資料。例如，藉由犯罪現場遺留的指紋（間接證據），證明被告曾經在犯罪現場停留的事實（間接事實），並藉此事實推定從事犯罪的可能。

<sup>217</sup> 朱帥俊，刑事證據法則對於電子證據適用之研究，國立交通大學管理學院碩士在職專班科技法律組碩士論文，2007 年，頁 180。

<sup>218</sup> 錢世傑，圖解數位證據之法庭攻防，十力文化出版有限公司，2009 年 11 月，頁 72、73。  
朱帥俊，刑事證據法則對於電子證據適用之研究，國立交通大學管理學院碩士在職專班科技法律組碩士論文，2007 年，頁 181。

4. 瞭解事件人員所做的事件紀錄後，在事件發生後合理時間內資料之輸入方式。
5. 確保資料輸入正確性之機制。
6. 資料儲存的方法及避免在儲存過程中發生遺失之預警方式。
7. 電腦程式處理資料之可靠性。
8. 認證程式精準性之機制。
9. 印出物準備的時間與方式。

我國目前對於數位資料之證據能力，實務上經常發生爭執的問題如下<sup>219</sup>：

#### 1. 數位資料製作時，電腦軟硬體是否正常

數位資料形成時電腦機械、作業系統或應用程序等電腦軟硬體是否處於正常狀態下運作。

#### 2. 蒐證程序是否違法

執法人員於執行數位資料蒐證時是否符合法令之規範，是否違法侵入他人電腦取得資料，甚至在網路上下載他人電子郵件或聊天紀錄之適法性。若違法蒐證，則可能另有私人不法取得證據之問題。

#### 3. 合法保存及提出之認定

數位資料於案發時或案發後有無合法保存，並以妥當之形態提出於法院。又，數位資料若為被告或告訴人所提出，是否曾遭竄改或偽造。

#### 4. 實際製作(犯罪)人身分之認定

由於數位資料為 0 與 1 的數位化紀錄，除非使用者使用特定的身份鑑別方式，如符合電子簽章之法公私密鑰加密、電子簽章及自然人憑證等，否則無法單從數位資料本身判斷製作人身分。

#### 5. 數位資料是否遭到竄改或偽造

若能證明數位資料遭到竄改或偽造，則該資料必須被排除；若僅能證明有被竄改的可能性，則只能降低其證明力，而不當然被排除。

數位資料於美國的真實性規範與實務運作，依據美國聯邦法第九章確證與辨識(Authentication and Identification)中，第 901 條是「真正證明與辨認之要求」(Requirement of Authentication and Identification)；第 902 條「自我確證性」(Self-authentication)。第 901 條是指證據可由任何方法證明其真正，所有提出證據之基礎，都必須先行向法院或陪審團解釋，後續方得進行事實之認定，以決定證據與事實之關聯性。但是對於符合第 902 條之一些特定證據，並不需要提出第 901 條之證明，也就是不需要傳訊證人來證明證據之真正。第 902 條屬例示規定，共舉出十種情形，包括蓋印及未蓋印之本國公文、外國公文、經證明之公務紀錄副本、公家出版物、報紙與期刊、商用字條及其他類似物、已認證之文件、商業文書及相關文件、國會所立法律。條文中所舉之類型，雖為例示規定，但似乎並未包含電子郵件等性質之數位資料。換言之，

<sup>219</sup> 朱帥俊，刑事證據法則對於電子證據適用之研究，國立交通大學管理學院碩士在職專班科技法律組碩士論文，2007 年，頁 132-136。

若依前述規定，數位資料仍需依據第 901 條之規定加以證明<sup>220</sup>。

分析數位資料之真實性，第 901 條第(b)項第(4)款「獨特特徵或類似之情形」(distinctive characteristics and the like)得以適用。依據該款規定，需從與環境有關聯性之外觀、內容、形式或其他獨特特徵證明其真實。換言之，法院必須針對數位資料之內容，尋找獨特之特徵。以電子郵件為例，法院應審視電子郵件內容之特殊用字或文句，若無法從內容判斷真實性；則法院必須轉而就其外觀形式加以判斷，如寄收件者或數位簽名蓋章等。然而，從美國法院審理數位資料的過去案例分析，似乎認為數位資料具有第 902 條之自我確證性，完全不論及第 901 條證明問題，對於數位資料易遭偽造變造之情況，似考量不足<sup>221</sup>。

### 數位資料的真實性舉證責任

依照刑事訴訟法第 161 條第 1 項，檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任。檢察官就刑事案件之舉證責任應負全責，若經舉證之後，仍無法使審判者產生無庸置疑的有罪確認時，依最高法院歷來判例：若「所獲得之證據資料，仍不足為該被告有罪之論證時，即應為無罪之喻知。」，此即為無罪推定原則之表現。但若某些事實係被告負舉證責任時，不應由無法存取該數位資料的一方負舉證責任，此即所謂「事證資料鄰接性」。所謂「事證資料鄰接性」，係指以當事人雙方，哪一造較容易取得資料，則由該當事人舉證證明其真實性，以便利當事人之舉證。例如甲公司控告某乙在甲公司的網站上誹謗甲公司，此時數位資料在甲公司的伺服器且甲易取得，依「事證資料鄰接性」的理論，應由甲負數位資料真實性的舉證責任<sup>222</sup>。

此外，數位資料具有易遭竄改性之特點，若一造對於真實性提出質疑，他方應證明其電腦軟硬體設備、作業平台、伺服器或電子信箱等均正常運作、公司有良好內控措施，甚至經數位鑑識技術確保其資料的真實性。惟對於值得信賴之證據，如刑事訴訟法第 159 條之 4 第 1 款及第 2 款之公務員職務上之文書及從事業務之人於業務上或通常業務過程所製作之文書，只要符合規定所提出之文件，即具有推定數位資料真實性的效果，此時舉證責任倒置，質疑的對造必須提出其他事證，以否定其真實性；至於第 3 款之規定，係其他於可信之特別情況下所製作之文書，由於係概括規定，倘若對造質疑其真實性，仍應由提出證據之一方證明數位資料之真實性較為妥當<sup>223</sup>。

<sup>220</sup> 錢世傑，論刑事證據上關於數位資料證據資格之檢討，月旦法學教室第 143 期，2007 年 4 月，頁 64-91。

<sup>221</sup> 錢世傑，論刑事證據上關於數位資料證據資格之檢討，月旦法學教室第 143 期，2007 年 4 月，頁 64-91。

<sup>222</sup> 錢世傑，圖解數位證據之法庭攻防，十力文化出版有限公司，2009 年 11 月，頁 79-85。

<sup>223</sup> 錢世傑，圖解數位證據之法庭攻防，十力文化出版有限公司，2009 年 11 月，頁 79-85。

### 傳聞法則於數位資料之運用

在美國法上，就電腦產生紀錄，因純為電腦程式或軟體運作後的結果，性質上非屬供述證據，因此並非傳聞，故不受傳聞法則之限制，而僅有驗真程序；電腦儲存紀錄仍為供述證據，因此受傳聞法則及驗真法則之雙重限制；而中間類型的數位資料，則必須依個案判斷是否適用傳聞法則，而有關驗真的重點將於以下討論。從美國法的例子來看，數位資料是否適用傳聞法則，主要視是否由機器生成或有人為陳述，倘有供述性質則有傳聞法則之適用，而通常依聯邦證據法第 803(6) 條之日常活動例行紀錄之傳聞例外處理，而亦有適用其他傳聞例外，例如：(1) Hughes v. United States 案，有關國稅局的電子稅單符合聯邦證據法第 803(8) 條之公務紀錄之傳聞例外。同樣地，電腦儲存紀錄在我國亦可為刑事訴訟法第 159 條之 4 之傳聞例外而有證據能力<sup>224</sup>。

未如同美國對於數位資料適用傳聞法則已發展出標準，我國司法實務對於數位資料是否適用傳聞法則，有不同見解<sup>225</sup>：

#### (一) 數位資料不屬傳聞證據，具有證據能力

根據台北地方法院 92 年度訴字第 2083 號判決、台灣板橋地方法院 93 年易字第 638 號判決，就 IP 稽核資料、使用者會員資料、中華電信數據通信分公司 IP 通聯紀錄資料；高雄地方法院 94 年度訴字第 1498 號判決，就定存單、活期儲蓄存款取款憑條、定期存款收入傳票、收款本金（利息）收入傳票及歷史交易明細表；高雄地方法院 94 年度易字第 1930 號刑事判決，就通聯紀錄查詢單；高等法院 95 年上易字第 255 號判決，就電信公司遭受電磁干擾之相關資料；台南地方法院 94 年度易字第 762 號判決，就簡訊內容資料；高雄地方法院 94 年度易字 1930 號判決，就通聯記錄查詢單，法院認為上述資料其性質為電腦自動紀錄，不含人之供述要素，當然非屬傳聞證據，故具有證據能力。

#### (二) 數位資料依刑事訴訟法第 159 條之 5 有證據能力

台灣台北地方法院 93 年度易字第 1338 號判決，就網址會員登錄帳號、登入時間及登錄 IP，依刑事訴訟法第 159 條之 5 有證據能力。

---

<sup>224</sup> 李榮耕，刑事審判程序中數位證據的證據能力-以傳聞法則及驗真程序為主，臺北大學法學論叢第 91 期，2014 年 9 月，頁 169-211。

朱帥俊，刑事證據法則對於電子證據適用之研究，國立交通大學管理學院碩士在職專班科技法律組碩士論文，2007 年，頁 165、166。

<sup>225</sup> 朱帥俊，刑事證據法則對於電子證據適用之研究，國立交通大學管理學院碩士在職專班科技法律組碩士論文，2007 年，頁 168-175。

錢世傑，圖解數位證據之法庭攻防，十力文化出版有限公司，2009 年 11 月，頁 158-165。

劉秋伶，數位證據之刑事證據調查程序，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2010 年，頁 88-94。

### (三) 數位資料依刑事訴訟法第 159 條之 4 第 2 款或第 3 款有證據能力

台灣台北地方法院 92 年度訴字第 2083 號判決，就工作站電腦資料檢視備忘錄電腦歷程資料，認為係連續性由機器所製作之文書，如同銀行存款無從增刪；台灣台北地方法院 95 年度訴字第 79 號判決，就發卡銀行信用卡或現金卡帳單；台灣台北地方法院 93 年度訴字第 1088 號判決，就超市收銀員所製作之發票；台灣板橋地方法院 95 年度易字第 1837 號判決，就客戶資料、對張單、活期性存款取款憑條、歷史交易清單、提款單等。以上法院判決均認為前述資料，係業務過程中不間斷而有規律的記載，準確性極高，故可依刑事訴訟法第 159 條之 4 第 2 款或第 3 款而有證據能力。

### (四) 數位資料屬於傳聞證據，不具有證據能力

台灣板橋地方法院 91 年度訴字第 1028 號判決，就電信公司對法務部調查局之函覆之電信使用紀錄表、台北地方法院 93 年度易字第 1338 號刑事判決，就中華電信數據通信分公司用戶資料，為被告以外之人於審判外的書面陳述，屬傳聞證據，不具有證據能力。

依美國法之概念，電腦產生紀錄為非傳聞，僅有電腦儲存紀錄及部分中間類型的數位資料視情況需受傳聞法則之限制。金融監理機關金融檢查及調查報告，則包含前揭三種數位資料類型。傳聞法則須供述證據方有適用，因此銀行的定存單、活期儲蓄存款取款憑條、活期存款收入傳票、放款本金（利息）收入傳票、歷史交易明細表等，由於係機械設備列印於交易認證欄的機械式記錄，非記錄人思想內容，故並非被告以外之人於審判外陳述，即非屬供述證據，屬電腦產生紀錄自不受傳聞法則之限制。在前述第二章及實務上諸多判決，法院採納證券公司與期貨公司之存摺，以瞭解當事人之交易時間、交易種類、交易金額等交易明細資料，就證券買賣部份，法院亦會查詢當事人集保餘額及調取買賣報告書等皆屬於前揭電腦產生紀錄。就會計上帳冊、收據及報表，由於係依人的意志所作成，因此有供述證據之性質，故應屬電腦儲存紀錄，有傳聞法則之適用。而就中間類型的數位資料，如電子郵件及營業員下單指示部分，混合人的意志與電腦自動產生的資訊，應視個案分別適用傳聞法則。

## 第三目 金融監理機關金融檢查及調查報告具有多重證據方法的性質

金檢局查核會以電腦稽核之方式，並追蹤 log（電腦稽核作業檔），因為 log 檔可以呈現作業軌跡，可以幫助金檢局執行金融檢查，因此金檢報告的呈現，事實上也蘊含金檢人員對於數位資料之判斷。金檢報告之基礎資料雖有可能源於電磁紀錄，但實務上僅是將金檢報告視為書證，但對於金檢局所依據的數位資料，卻從未視為準文書，而單獨依現今刑事訴訟法第 165 條之 1 第 1 項

調查。

如前所述，金管會金檢報告、證交所或櫃買中心查核、監視報告及交易分析意見書，在實務上為書證，文書是法定的證據方法，必須經過宣讀或告以要旨（簡稱為朗讀）的法定調查程序（刑事訴訟法第 165 條），才視為經過合法調查程序並取得證據能力。然而，事實上金檢報告與調查報告具有個案性，而證交所及櫃買中心之查核及監視報告依第四章第二節第三目之分析依其性質亦具有案件個別性，因此不能一概視為刑事訴訟法第 159 條之 4 第 1 款或第 2 款為公務或業務上之紀錄文書，也因該種文書之特殊性質，亦有部分案件，法院傳訊承辦人員作證。目前法院審判實務，將該等人員視為一般證人。此外，金檢報告多為檢查人員實地查核之紀錄，因此法院應依其內容，判斷是否有勘驗之必要，特別是關於金融事業場地、設備或防火牆等門禁<sup>226</sup>措施，若能親自勘驗，或許更能清楚其落實情況。

金融業產品與業務甚多，需依個案判斷，是否受傳聞法則之限制。例如：筆者曾參與證券業有關之衍生性金融商品訴訟<sup>227</sup>，對造當事人對於利率交換 IRS（Interest-Rate Swaps）<sup>228</sup>的定價曾有意見，事實上該種新金融商品之定價，多半是以 Bloomberg（彭博）或 Reuters（路透）等公司提供的即時報價資料庫設計，因此金融業與當事人的交易契約（Term Sheet），其所載之交易條件均係由金融機構單方依報價資料庫設計，然而此種交易條件並不可單純認為係資料庫的數字運用，而等同於證券集中交易市場的個股價格，衍生性金融商品之交易條件包含金融機構的財務工程設計與從業人員專業能力。事實上，過去有關衍生性金融商品的糾紛與爭議均十分常見，例如：雷曼連動債爭議<sup>229</sup>與 TRF（目標可贖回遠期契約）爭議<sup>230</sup>，前揭衍生性金融商品爭議，均存在交易條件有利於

<sup>226</sup> 參考中華民國證券投資信託暨顧問商業同業公會「證券投資信託及顧問事業與兼營他事業或由他事業兼營之利益衝突防範實務守則」第 5.6 條。

<sup>227</sup> 參考 95 年度金字第 000015 號判決及 96 年度金上字 000003 號判決。

<sup>228</sup> 依據已廢止的「財團法人中華民國證券櫃檯買賣中心櫃檯買賣證券商經營新台幣利率衍生性商品交易業務作業要點」地 2 點第 1 項第 2 款，利率交換：指當事人約定，依其交易條件及利率指標，於未來特定周期就不同計息方式之現金收付定期結算差價之契約。

<sup>229</sup> 連動式債券，又稱為結構式債券。所謂的連動式債券，主要是結合了固定收益產品及衍生性金融商品，當中的固定收益產品，則以債券商品為主，在衍生性金融商品部份，則可以連結匯率、利率、期貨、選擇權、股價指數或一籃子股票等等；一般而言，連動式債券多以外幣計價的方式投資於海外債券。

由於雷曼公司倒閉，其所發行的連動式債券瞬間毫無價值，當時國內持有之投資人，赴銀行、主管機關及立法院申訴，銀行局救雷曼連動債專案處理，銀行公會亦發佈雷曼連動債銷售爭議樣態及其處理原則。

<sup>230</sup> 目標可贖回遠期契約（Target Redemption Forward；TRF）係一種衍生性金融商品，央行將其分類為選擇權類的商品。交易方式為由銀行與客戶對「未來匯率走勢」進行押注。由於市場普遍

金融機構，不利於消費者等問題。因此，筆者以為證券業因交易與業務所生之交易條件或交易報告，無論以傳統文書或數位資料形式，都必須探究金融從業人員得否以其意志處理，若以其意志判斷則需傳喚於法庭作證，而不得概括視為業務上之特信性文書而排除傳聞法則之運用。

## 第二節 鑑定報告之證據調查程序

### 第一目 鑑定報告與傳聞法則之衝突

關於鑑定報告是否受到傳聞法則之規範，相關學界見解歸納如下：

#### 一、肯定說

依刑事訴訟法第 198 條及第 208 條規定，不論係鑑定人或鑑定機關、團體，應由法院、審判長、受命法官或檢察官為選任與囑託，並依刑事訴訟法第 206 條之規定，提出記載鑑定之經過及其結果之法定程序的書面報告，只要具備前述兩要件，該鑑定報告即屬刑事訴訟法第 159 條第 1 項所定得為證據之「法律有規定」之例外情形，而賦予證據能力。鑑定報告書係鑑定機關或鑑定人於審判外之陳述，並因符合傳聞法則之例外而有證據能力<sup>231</sup>。

#### 二、否定說

鑑定人於審判外接受委託所為之鑑定報告，是否要納入被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述之範疇，而認為屬傳聞證據之一種，其實頗有疑義，並

---

預期人民幣單向升值，故銀行為衝刺獲利，誘導客戶購買大量 TRF，來賭人民幣單向升值，但後來人民幣匯率不如預期，因商品合約明顯有利銀行、不利消費者，故造成投資人大良損失。〈103 年 4 月 29 日中時電子報報導〉，金管會對永豐銀行祭出停止承作 TRF 商品一年的處份，並對台北富邦銀及另七家國銀的 TMU 進行金檢，且陸續依疏失情節開罰。

〈104 年 10 月 23 日中時電子報報導〉，金管會針對 TRF（目標可贖回遠期契約）將會進行四大控管，一是針對複雜性高風險商品提列損失準備、二是調降最大損失上限、三是專業投資人的資格認定、四是交易額度的控管。

〈104 年 12 月 30 日中時電子報報導〉，金管會限縮 TRF 祭八大緊箍咒，此波嚴管措施包括：損失上限由平均單期名日本金的 6 或 9.6 倍降到 3 倍、一般客戶投資時「期初保證金」不得低於契約總名日本金的 2%，商品期限超過一年且隱含賣出選擇權的匯率類衍生性金融商品因為投機性較高，期初保證金不得低於契約總名日本金的 5%。至於「追繳保證金」，則將回歸各銀行訂定門檻。

<sup>231</sup> 楊雲驊，向左走？向右走？被告自請鑑定之證據能力-評最高法院 97 年度台上字第 1629 號、97 年度台上字第 1846 號、99 年度台上字第 2618 號判決，第六屆學術與實務之對話-辯護與傳聞-最高法院 99/100 刑事裁判評釋學術研討會，2011 年 5 月，頁 20-31。

李佳玫，鑑定報告與傳聞例外-最高法院近來相關裁判之評釋，政大法學評論第 101 期，2008 年 1 月，頁 193-253。

陳運財，傳聞法則之理論及其實踐，月旦法學雜誌第 97 期，2003 年 6 月，頁 103、104。

基於以下理由而採取否定說<sup>232</sup>：

### 1. 鑑定人與證人之區辨：

鑑定人之角色與任務，在於憑其特別之專業知識提出鑑定意見，亦即將其專業知識及經驗運用於特定之事實。與一般證人相較，鑑定人需具備專業知識，而此點與證人有顯著之區別，鑑定人可發表價值判斷與意見評論，也與原則上禁止證人陳述「個人意見或推測之詞」之內容不同。此外，鑑定人具有可替代性，當鑑定不完備者，得命繼續鑑定或另行鑑定，亦與證人有極大差異。鑑定與人證之證據方法，本質上截然不同，後者係單憑一般人與生俱來感官知覺之本能，陳述感官知覺所認知之事實，證據本質是事實的供述；而前者鑑定人則係以專業知識及訓練，對於鑑定事項之認知及判斷，證據本質上屬於意見證據。

### 2. 鑑定法規範制度之完整性：

我國刑事訴訟法第一篇總則第12章「證據」第3節規定內容為「鑑定與通譯」，其中刑事訴訟法第197條至第210條專門規範鑑定，以及刑事訴訟法第166條以下亦有詰問之詳細規定，其規範之密度遠勝於新修法之傳聞法則，因此依法進行之鑑定，本身即應具有證據能力。

### 3. 目的考量-將鑑定納入傳聞法則以保障反對詰問權：

將審判外鑑定之書面列入傳聞證據之一種，藉由傳聞法則所保障之反對詰問權，使鑑定人接受詰問，不再以現今實務運作模式，即鑑定書面屬於傳聞法則之例外，反使鑑定書面意見大量獲得實務承認，讓當事人對鑑定人詰問之規定，於實務幾乎架空。

鑑定人為「人的證據方法」，審判者最直接、原始的證據，應是鑑定人的當庭證詞，並讓法官就其意見直接進行訊問。以鑑定被告取代鑑定人當庭證詞，將侵害被告對質詰問權。當瞭解鑑定報告與對質詰問權的關係後，若欲在審判上以鑑定報告取代鑑定人的當庭證詞，依據立法者所設下的標準，以及最高法院向來的見解，該鑑定報告至少必須原則上真實可信，方能彌補侵害被告之對質詰問權的質疑。從美國實證的角度來看，鑑定報告有廣泛的錯誤風險，並非不可挑戰的真理。又，刑事被告的對質詰問權具有憲法層次，並被定位為憲法第8條實質正當法律程序之一，而非僅幫助法院發現真實，為了避免國家機關藉由刑事訴追進行不當手段，向不利於己的證人詰問是一個必要的手段，甚至是憲法上應保障的權利。綜上，鑑定報告存在真實性風險，甚至對被告而言通

<sup>232</sup> 楊雲驊，向左走？向右走？被告自請鑑定之證據能力-評最高法院97年度台上字第1629號、97年度台上字第1846號、99年度台上字第2618號判決，第六屆學術與實務之對話-辯護與傳聞-最高法院99/100刑事裁判評釋學術研討會，2011年5月，頁20-31。

李佳玫，鑑定報告與傳聞例外-最高法院近來相關裁判之評釋，政大法學評論第101期，2008年1月，頁193-253。

陳運財，傳聞法則之理論及其實踐，月旦法學雜誌第97期，2003年6月，頁103、104。

常為不利於己的證人，因此並不適合做為傳聞法則的例外<sup>233</sup>。

此外，在美國對於是否需傳喚鑑定人到庭，實務亦有分歧，少數法院認為鑑定人沒有無虛偽動機，因此鑑定報告具有可信度。因此，少數法院允許檢察官引用特信性文書之傳聞例外規定(聯邦證據法第 803 條第 6 款與第 8 款)，並以鑑定報告取代鑑定人的當庭證詞；但此種作法並未得到多數法院及學界支持，並認為侵害被告對質詰問權，認定鑑定報告是一種特別可信的文書，事實上就是一種迷思。再者，鑑定人依據刑事訴訟法第 206 條第 1 項所製作的鑑定報告顯然是一種書面替代品，屬於原始證據派生而來的證據，而刑事訴訟法第 206 條之規定得否作為直接審理原則的例外仍有疑義。事實上，鑑定報告與勘驗筆錄不同，因現實上難以將所有關係人移往案件現場進行審判，為了避免證據日後減失，法院指定受命法官實施勘驗並作成筆錄，而於審判期日時，法院以提示、朗讀勘驗筆錄之方式進行證據調查(刑事訴訟法第 164 條與第 165 條)。因有不得已的情況，勘驗筆錄成為原始證據方法的替代品，故立法者允許法院以朗讀勘驗筆錄的方式進行證據調查，勘驗筆錄的使用為直接審理原則的例外。然而，鑑定並無特殊情況，不符合必須以朗讀筆錄的方式來替代原始證據方法的情況，被告親自詰問不利於己的證人正是直接審理原則的重點，基於直接審理原則對於人證的重視，故解釋上不得將刑事訴訟法第 206 條當作是直接審理原則的例外規定<sup>234</sup>。

## 第二目 評析我國概括選任鑑定制度及私請鑑定制度之發展可能

### (一) 評析概括選任鑑定制度

在刑事訴訟法 2003 年修正前，實務上並不探討鑑定報告的證據能力，並普遍存在「職權主義對於證據種類並不設限，凡得為證據之資料，均具有論理之證據能力」的想法。修法後，立法者將傳聞法則與證據排除法則引入台灣，依刑事訴訟法第 206 條之規定，鑑定報告屬於刑事訴訟法第 159 條第 1 項之「法律另有規定」的傳聞例外。然而，雖有前揭條文之明訂，但卻無法處理在實務上常見由司法警察送相關鑑識單位鑑定的情況。刑事訴訟新制法律問題研討會，有一說認為司法警察移送作成之鑑定與鑑定須由檢察官或法官移送之法律規定不同，故不具證據能力；但另一說則認為，基於檢察長已概括授權，基於檢察一體原則，司法警察所送請之鑑定，如同檢察官執行鑑定義務，而有刑事

<sup>233</sup> 楊雲驊，向左走？向右走？被告自請鑑定之證據能力-評最高法院 97 年度台上字第 1629 號、97 年度台上字第 1846 號、99 年度台上字第 2618 號判決，第六屆學術與實務之對話-辯護與傳聞-最高法院 99/100 刑事裁判評釋學術研討會，2011 年 5 月，頁 20-31。

李佳政，鑑定報告與傳聞例外-最高法院近來相關裁判之評釋，政大法學評論第 101 期，2008 年 1 月，頁 193-253。

陳運財，傳聞法則之理論及其實踐，月旦法學雜誌第 97 期，2003 年 6 月，頁 103、104。

<sup>234</sup> 李佳政，鑑定報告與傳聞例外-最高法院近來相關裁判之評釋，政大法學評論第 101 期，2008 年 1 月，頁 193-253。

訴訟法第 206 條之適用<sup>235</sup>。

因此，法務部於 92 年 9 月 1 日法檢字第 0920035083 號函<sup>236</sup>，對於司法警察機關調查中之案件，或有量大或急迫之情形，為因應實務之現實需求，針對特定案件性質，認為有鑑定之必要者，基於檢察一體原則，得由該管檢察長對於轄區內之案件，以事前概括選任鑑定人或囑託鑑定機關（團體）之方式進行鑑定，惟宜以公務人員或公務機關為原則，實務上也多採此見解。刑事訴訟法第 159 條之 4 第 1 款的特信性文書可用來判斷鑑定報告的證據能力。因鑑定報告乃針對具體個案，為將來審判所需，非屬日常職務或業務上例行紀錄之性質<sup>237</sup>。然而，令人質疑的是上級檢察官首長不應在未清楚個案的情況下，即事先概括委任司法警察代行檢察官的權限。又，依照實務的見解，事先授權是為了檢察一體的適用，目的在統一檢察官起訴與裁量的基準，避免檢察官裁量權的標準不一，然而，事先授權司法警察送請鑑定之權限，與檢察官起訴基準並無關係，事實上更接近偵查一體的概念<sup>238</sup>。

## （二）私請鑑定制度之發展可能

依據 97 年度台上字第 1629 號判決，認為私請鑑定不構成傳聞證據「法律有規定」之例外情形，應不具證據能力。然而，99 年度台上字第 2681 號判決，被告私請之鑑定，基於尊重當事人之證據處分權，可因同事人同意而生證據能力，故實務上尚未有確切定論。

就學界而言，亦有兩派見解，認為私請鑑定違背法定程序，不得因當事人

<sup>235</sup> 李佳玫，檢察一體原則與鑑定報告的證據能力-評最高法院九十五年度台上字第六六四八號刑事判決，月旦法學雜誌第 149 期，2007 年 10 月，頁 248-258。

<sup>236</sup> 92 年 9 月 1 日法檢字第 0920035083 號函：「但對於司法警察機關調查中之案件，或有量大或急迫之情形，為因應實務之現實需求，如檢察官針對該類案件之性質（例如：查扣之毒品必須檢驗其成份、對施用毒品之犯罪嫌疑人必須檢驗其體內有無毒品代謝反應、對於查扣之槍砲彈藥必須檢驗有無殺傷力、對違反野生動物保育法案件必須鑑定是否屬於保育類動物案件等），認為當然有鑑定之必要者，經參考本部九十二年五月二十日法檢字第○九二○八○二二○三號函送之本部「因應刑事訴訟法修正工作小組」研討之刑事訴訟法修正相關議題第二十一則之共識結論及台灣高等法院於九十二年八月一日舉行之刑事訴訟法新制法律問題研討會第三則法律問題研討結果之多數說（載於司法院九十二年八月印行「刑事訴訟法新制法律問題彙編」第十五頁至第十八頁），基於檢察一體原則，得由該管檢察長對於轄區內之案件，以事前概括選任鑑定人或囑託鑑定機關（團體）之方式，俾便轄區內之司法警察官、司法警察對於調查中之此類案件，得即時送請事前已選任之鑑定人或囑託之鑑定機關（團體）實施鑑定。但為期慎重起見，檢察長概括選任之鑑定人或囑託之鑑定機關（團體），宜以公務人員或公務機關為原則，但毒品案件，經衛生署指定之合格私人醫療院所（機構）亦得納入鑑定之單位。」。

<sup>237</sup> 陳運財，傳聞法則之理論及其實踐，月旦法學雜誌第 97 期，2003 年 6 月，頁 103、104。

<sup>238</sup> 李佳玫，檢察一體原則與鑑定報告的證據能力-評最高法院九十五年度台上字第六六四八號刑事判決，月旦法學雜誌第 149 期，2007 年 10 月，頁 248-258。

同意而有證據能力，理由有下<sup>239</sup>：

### 1. 形式嚴格性與當事人處分權

刑事訴訟法第 159 條之 5 的立法理由，係基於證據資料愈豐富，越有助於發現真實，並適度尊重當事人之證據處分權。原則上將非證據適格之被告以外之人於審判外言詞或書面陳述，因當事人之明示或默示同意，且法院認為該陳述係在適當情況下作成，例外賦予證據能力。但我國刑事訴訟法採相對的「形式嚴格性」，無論訴訟的標的之認定、審判程序的開啟、進行方式以及終結等，均有詳細的規定，皆由審判長指揮，原則上當事人沒有處分的權利。然在當事人進行主義以及訴訟經濟、迅速等要求下，訴訟當事人就簡式審判程序、協商程序及強制處分之同意等均有部分處分權。前揭當事人進行主義之事項，多屬程序之進行，由於選任鑑定人係用以發現真實，應屬形式嚴格性之範疇，縱使當事人對被告選任鑑定一致同意，亦因違背嚴格證明原則的「形式嚴格性」而不生效力<sup>240</sup>。

### 2. 有效的真實發現得否允許弱化程序嚴格性

雖然證據資料愈豐富，愈有助於發現真實，但法律已明文規定鑑定人需由法院或檢察官選任，排除被告等自行選任鑑定人，目的即在確保鑑定人之專業、客觀與公正，並藉由「拒卻鑑定人」、「鑑定人具結義務」、「鑑定時到場」以及「增加鑑定人或另行鑑定」等機制，達到公正之目標。我國在立法選擇上立法者只允許法院或檢察官選任鑑定人，實則放棄了由被告選任鑑定人，所取得鑑定報告，事實上可能更有助於真實發現的利益；而這是我國立法者的價值選擇，基於三權分立，在未修法前，司法權不得恣意解釋。然而實務上允許概括授權警察送請鑑定，而使該種鑑定報告有鑑定能力，但卻不允許被告或告訴人提出鑑定報告，恐有違當事人武器平等之原則。最高法院就被告或告訴人與司法警察所提出鑑定報告之態度不一，主要是認為被告或告訴人私請的鑑定人，自始就欠缺公正性不適合成為證據；但鑑定若是由官方囑託作成，則因無私人的利害關係，鑑定結果較公正，則鑑定報告的可信度較高<sup>241</sup>。

但基於以下論點，仍有學說認為仍應接受告訴人或被告之私請鑑定：

<sup>239</sup> 楊雲驊，向左走？向右走？被告自請鑑定之證據能力-評最高法院 97 年度台上字第 1629 號、97 年度台上字第 1846 號、99 年度台上字第 2618 號判決，第六屆學術與實務之對話-辯護與傳聞-最高法院 99/100 刑事裁判評釋學術研討會，2011 年 5 月，頁 20-31。。

<sup>240</sup> 楊雲驊，向左走？向右走？被告自請鑑定之證據能力-評最高法院 97 年度台上字第 1629 號、97 年度台上字第 1846 號、99 年度台上字第 2618 號判決，第六屆學術與實務之對話-辯護與傳聞-最高法院 99/100 刑事裁判評釋學術研討會，2011 年 5 月，頁 20-31。。

<sup>241</sup> 李佳攻，鑑定報告與傳聞例外-最高法院近來相關裁判之評釋，政大法學評論第 101 期，2008 年 1 月，頁 193-253。

李佳攻，檢察一體原則與鑑定報告的證據能力-評最高法院九十五年度台上字第六六四八號刑事判決，月旦法學雜誌第 149 期，2007 年 10 月，頁 248-258。

## 1. 官方鑑定報告的可信度仍有不足

根據美國研究指出，鑑定過程可能有的問題相當多，包括有鑑識設備不足或器材故障、專業鑑定人不足、鑑定人缺乏專業能力、該項鑑定使用不適當的數據資料庫、鑑定人存有主觀偏見、對於鑑定人的資格與鑑定品質控管流程欠缺一致的標準、鑑定流程缺乏獨立的評鑑制度或案件量過多導致鑑定作業錯誤等；以及鑑定人謊報自己的鑑定能力、故意或過失的污染鑑識樣本、鑑識樣本的保管流程(chain of custody)<sup>242</sup>斷裂並使得本案與他案的鑑識樣本被混用或誤用、鑑識樣本被故意調換、鑑定人故意誤讀鑑識結果以迎合檢察官、警察或社會大眾期望，以及文書紀錄作業的錯誤等<sup>243</sup>。

又，刑事鑑定因為採用科學技術，通常被認為可以提供最客觀中立的證據。但事實上，鑑定就如同其他科學一樣，其結果並非絕對客觀正確。除了前述所提到的作業流程問題之外，科學界對於何種方法才能得到正確的鑑定結果並不必然有一致共識。此外，即使技術本身並無爭論，鑑定人若使用同一種鑑識方法，也會因為鑑定人的主觀判斷不同而有不同結果。例如對於指紋鑑定，究竟要多少相似點才能判斷指紋的屬性，美國司法實務界亦無定論。台灣對於鑑定報告的可信度問題，曾有類似的案例；例如：在 96 年度台上字第 464 號判決中，判決指出鑑定人並無相應的專業能力，卻提供被害人之死因與死亡經過的鑑定報告。依 83 年度台非字第 369 號判決，判決指出鑑定人並未對所有證物進行鑑定，卻率以作成鑑定報告。除此之外，實務上亦發現有鑑定不完備、鑑定方法準確性有疑問與鑑定方法不明等問題。依據 100 年度台上字第 3067 號判決亦正視鑑定人員的多樣性，或許更有利於事實的發現。又，依 104 年度台上字第 480 號判決，對於不同鑑定報告，法院亦有不同認定而有取捨，顯見法院實務已非對鑑定報告全面接受，而不加審酌<sup>244</sup>。

## 2. 符合改良式當事人進行主義的精神

根據立法理由，所謂「改良式當事人進行主義」，其重點在於貫徹無罪推定原則，檢察官應就被告犯罪事實，負實質的舉證責任，法庭的證據調查活動，是由當事人來主導，法院只在事實真相有待澄清，或者是為了維護公平正義以

<sup>242</sup> 保管流程鏈，是美國證據法上重要概念，是指審判庭上提出的證據需與現場之證據相同，且亦與犯罪當時的情況顯著相同。為此，提出證據之一方物證之保管鏈(chain of custody)未斷裂，也就是物證保管過程為連續。

<sup>243</sup> 李佳政，鑑定報告與傳聞例外-最高法院近來相關裁判之評釋，政大法學評論第 101 期，2008 年 1 月，頁 193-253。

李佳政，檢察一體原則與鑑定報告的證據能力-評最高法院九十五年度台上字第六六四八號刑事判決，月旦法學雜誌第 149 期，2007 年 10 月，頁 248-258。

<sup>244</sup> 李佳政，鑑定報告與傳聞例外-最高法院近來相關裁判之評釋，政大法學評論第 101 期，2008 年 1 月，頁 193-253。

李佳政，檢察一體原則與鑑定報告的證據能力-評最高法院九十五年度台上字第六六四八號刑事判決，月旦法學雜誌第 149 期，2007 年 10 月，頁 248-258。

及被告重大利益時，才發動職權調查證據。現行實務允許概括授權警察送請鑑定，而使該種鑑定報告有鑑定能力，但卻不允許被告或告訴人提出鑑定報告，顯然讓檢察官相對於被告享有較優勢地位而有違當事人進行主義，告訴人所委託作成的鑑定報告，可提供檢察官作為控訴方的證據，被告本來就有權提出對其有利之證人，有利證人應包括其自行委託的鑑定人。因此，立法者不應限制刑事訴訟法上之囑託鑑定主體，法院也不宜以被告或告訴人非囑託鑑定之主體便否定其鑑定報告之證據能力<sup>245</sup>。

筆者以實務上最常運用的筆跡鑑定<sup>246</sup>為例，無論是筆跡的外觀檢查、筆劃的細部特徵檢查、單字與整體文書的觀察及使用筆類的觀察，基本上都需要鑑定人的主觀判斷，不同的鑑定人因為養成過程不同，在判斷上可能有不同的看法，故事實上不能保證其正確性及公正性。因此，現行刑事鑑定亦應詳細說明取得結果之理由，以利審判庭判斷其鑑定邏輯及學理依據。對於被告或告訴人私請鑑定之鑑定報告，如同前述學者分析在官方鑑定的可信度尚有疑問及改良式當事人進行主義制度下，在我國尚未全面引進專家證人制度下，賦予私請鑑定報告之證據能力，或許更有助於犯罪事實的發現。此外，實務判決要求鑑定人的鑑定報告應附上理由與推論，而不應直接表示結果，可見司法實務著重鑑定結果的推論過程，而非一味採納其結果，畢竟鑑定結果只是法院發現犯罪審判證據之一，法院應綜合所有證據運用自由心證發現犯罪事實<sup>247</sup>。

### 第三目 鑑定意見和專家證言之異同

鑑定人係大陸法系之產物，而英美法系則是專家證人制度。正如第四章所述，專家證人經當事人提出後必須由法官進行適格審查，而鑑定人則由法官或檢察官選任與聲請傳喚。無論鑑定意見和專家證言，均為專業人士對於裁判相關之事實，提供專業意見。然而，也正如前述，實務上對於鑑定人並不進行交互詰問，而未來若使鑑定人接受交互詰問，依據刑事訴訟法第 166 條第 1 項第 1 款規定，先由聲請傳喚證人及鑑定人之當事人進行主詰問。由於專家證人多由當事人聲請傳喚，因此實踐上大陸法系之鑑定人與英美法系之專家證人，在詰問順序便有不同。因此，目前性侵害犯罪防治法第 16 條之 1，若由檢察官或法院得依職權或依聲請指定或選任專家證人，則與英美法上專家證人之詰問順序

<sup>245</sup> 李佳政，鑑定報告與傳聞例外-最高法院近來相關裁判之評釋，政大法學評論第 101 期，2008 年 1 月，頁 193-253。

李佳政，檢察一體原則與鑑定報告的證據能力-評最高法院九十五年度台上字第六六四八號刑事判決，月旦法學雜誌第 149 期，2007 年 10 月，頁 248-258。

<sup>246</sup> 張雲芝，文書鑑定 Q&A，元照出版有限公司，2010 年 12 月，頁 81-84。  
筆跡印文鑑定參考手冊，內政部警政署刑事警察局刑事鑑識中心編製。

<sup>247</sup> 李佳政，鑑定報告與傳聞例外-最高法院近來相關裁判之評釋，政大法學評論第 101 期，2008 年 1 月，頁 193-253。

李佳政，檢察一體原則與鑑定報告的證據能力-評最高法院九十五年度台上字第六六四八號刑事判決，月旦法學雜誌第 149 期，2007 年 10 月，頁 248-258。

恐有不同。

又，鑑定和人證均為證據方法之一。目前性侵害犯罪防治法第 16 條之 1，規範專家證人經傳喚到庭陳述後，方得為證據，並準用相關詰問規定；惟若專家證人提供專業意見而未到庭接受詰問，是否如同鑑定報告為傳聞法則之例外，目前並未規範。

#### 第四目 小結

目前鑑定報告為傳聞法則之例外規定，因此實務上多不用進行交互詰問，惟為保障當事人對質詰問權且鑑定報告品質不一，因此依學說之普遍見解，法院應傳喚鑑定人並由當事人交互詰問方為適當。綜上，就金融刑事案件，證交所與櫃買中心之股票交易分析意見書，部分法院判決視為一種參考，然而 104 年度台上字第 2932 號判決認為金管會之意見並非一般機關函覆而為一種鑑定意見。目前金融刑事案件並無私請鑑定之狀況，然而金融交易種類甚多，舉例而言，在衍生金融商品常見的新台幣利率交換(IRS)，在報價與交易條件是否公平方面，可以選擇店頭商品監理機關即櫃買中心<sup>248</sup>提供意見，然而此種金融交易多為專業金融機構與上市櫃公司法人間之交易，銀行、證券商、保險公司或上市櫃公司財務部門，或許更熟知此種交易之報價及交易條件是否公平，面對日新月異之金融交易，應容許當事人私請鑑定之可行性，以協助法院進行審判。

### 第三節 物證及書證之證據調查程序-以美國證據法為例

#### 第一目 我國物證及書證之調查程序

我國傳統上將證據分為人證、物證及書證三類，物證是以有體物之存在或樣態作為證據，由於人證容易說謊且有記憶之問題，因此物證在訴訟上一向極為重要。刑事訴訟法修正後，對於證人及鑑定人之調查，改採兩造對抗的交互詰問制度；但關於物證及書證的調查，卻仍採維持以法院職權調查主義<sup>249</sup>。

關於物證及書證的調查，由於不採起訴狀一本制度，故審判時提出物證及書證為法官。刑事訴訟法第 164 條規定：「審判長將證物提示當事人、代理人、辯護人或輔佐人，使其辨認。」，依上開規定，實務上常見未對被告提示證物僅提示扣押清單及照片或僅提示證物而未使其辨認，是否違反程序，有兩種見解<sup>250</sup>：

<sup>248</sup> 參考財團法人中華民國證券櫃檯買賣中心店頭金融商品電腦交易系統作業辦法店頭金融商品電腦交易系統作業辦法。

<sup>249</sup> 吳巡龍，刑事訴訟與證據法全集，新學林出版股份有限公司，2008 年 11 月，頁 547-566。  
吳巡龍，物證調查程序，月旦法學教室第 92 期，2010 年 5 月，頁 24、25。

<sup>250</sup> 吳巡龍，刑事訴訟與證據法全集，新學林出版股份有限公司，2008 年 11 月，頁 547-566。  
吳巡龍，物證調查程序，月旦法學教室第 92 期，2010 年 5 月，頁 24、25。

(1)違反訴訟程序：因違背直接審理原則且無法擔保證物為真正，並妨礙被告行使防禦權，該證據調查程序應屬違法。例如：90 年度台上字第 3071 號判決，因未向被告提示證物而僅提示扣押清單，違背直接審理主義而有違背訴訟程序；98 年度台上字第 6663 號判決未向上訴人等提示證物時，不僅與直接審理法則有違，更有應於審判期日調查之證據未予調查之違誤。

(2)實物提示僅於證物同一性有爭議時方有適用：實物提示僅於證物同一性有混淆或誤用時，方有實物提示之必要，當證物之同一性並無爭議時，以其他替代實物之證據提示於審判庭，並無不當。98 年度台上字第 599 號判決，清楚表明當扣押物之同一性並無爭議時，未提示扣押物時並無法之虞，而扣押物名目乃筆錄之一部分，得依刑事訴訟法第 165 條規定調查。又，依 97 年度台上字第 96 號刑事判決，認為提示照片或告以勘驗筆錄要旨即與提示證物之效用一致。

此外，根據 98 年度台上字第 5906 號判決及 103 年度台上字第 463 號判決，認為當事人對於「有無證物存在」或「證物之同一性」存有爭議時，方有實物提示之必要，倘當事人於「證物存在」及「證物同一性」之事實並無爭議時，雖未踐行實物提示程序而有程序上的違誤，但對判決結果及被告防禦權並無影響，屬於無害瑕疵，故依刑事訴訟法第 380 條規定，不得為上訴之理由，但必須於判決書更正。

另就無法當庭提示的證物(例如堆高機一台)，目前審判長多係提示照片代替。依刑事訴訟法第 288 條第 1 項規定，調查證據完畢，應詢問當事人有無意見。若當事對照片有爭議，法院即得依刑事訴訟法第 212 條及第 213 條實施勘驗，製作勘驗筆錄，並製作圖畫或照片附於該筆錄，再依刑事訴訟法第 165 條以書證調查程序行之。文書若以存在或態樣作為證據資料，此類文書稱為文書證據，此時為物證，例如刑法第 352 條之毀損文書罪；若以文書內容為證據資料，則稱為證據文書，我國對於書證(例如：鑑定報告、公文書、業務文書等書類)的調查方式，原則上應以宣讀或告以要旨兩種方式為之，而與物證應實物提示而有所不同，主要是該文書經刑事訴訟法第 39 條以下關於文書製作的規定，已經足已擔保文書的真正；但對於非經法定程序所製作的文書，經宣讀或告以要旨後，被告亦可判斷其真偽以擔保其真正故無庸使其辨認；但物證以物的存在或態樣為證據資料，當然需使被告辨認，以確保真正<sup>251</sup>。

實務界對於書證調查的實際作法，有四種方式：(1)不告以要旨亦不提示書證：例如：審判長詢問被告，對筆錄有無意見。(2)告以要旨而不提示書證：例如：審判長問被告，對於偵訊筆錄中的強盜事實，是否有意見。(3)提示書證但未告以要旨：例如：提示證人筆錄詢問有無意見。(4)告以要旨並提示書證：例如：提示證人筆錄詢問被告對犯罪事實有無意見。其中第 1 種與第 3 種作法均明顯

<sup>251</sup> 吳巡龍，刑事訴訟與證據法全集，新學林出版股份有限公司，2008 年 11 月，頁 547-566。

違背法律規定的調查程序而有違法，87 年度台上字第 4347 號判決亦持相同看法<sup>252</sup>。

雖然我國傳統證據方法分為人證、物證及書證，為因應科技之進步，各種載體變化萬千，依據 80 年度台上字第 4672 號判例，則對錄影帶所錄取之畫面，若以該錄影帶之存在或形態為證據資料，其調查證據之方法，應依刑事訴訟法第 164 條物證調查之規定，提示該錄影帶，命被告辨認；如係以該錄影帶錄取之畫面為證據資料，而該等畫面業經檢察官或法院實施勘驗，製成勘驗筆錄，則該筆錄已屬書證，則以書證方式調查<sup>253</sup>。目前就新型態證據現今依刑事訴訟法第 165 條之 1 辦理，增訂準文書調查程序，對於新型態證據即數位資料之調查方式，前述第一節第二目，刑事證據法則於數位資料之適用及實務發展已有詳細說明。

## 第二目 美國聯邦證據法下物證之驗真法則及最佳證據法則

驗真是為了確認所提出之證據與其所宣稱者相同，依美國聯邦證據法第 901 條「真正證明與辨認之要求」(Authenticating or Identifying Evidence)；第 902 條「自我確證性」(Self-authentication)。第 901 條是指證據可由任何方法證明其真正，所有提出證據之基礎，都必須向法院或陪審團解釋，以進行事實之認定，決定證據與事實之關聯性。因此，在美國法上提出任何證據，都必須先進行驗真程序，提出證據之一方必須以任何方法證明其真正，且需證明證據與事實之關聯性<sup>254</sup>。

本目僅說明美國法下物證之調查程序，物證及書證在美國均統稱為物證，因此以下說明之物證調查方式均包含我國法意義下之書證，介紹美國法物證之調查方式，在美國通常只有主詰問人<sup>255</sup>能提出物證，被告於檢察官舉證時，可使用證物彈劾檢察官之證人，但不得提出該證物作為實質證據，必須至被告舉證，才能提出作為實質證據，反之亦然。然而，部分州則例外於適當情況下，允許

<sup>252</sup> 吳巡龍，刑事訴訟與證據法全集，新學林出版股份有限公司，2008 年 11 月，頁 547-566。

<sup>253</sup> 吳巡龍，刑事訴訟與證據法全集，新學林出版股份有限公司，2008 年 11 月，頁 547-566。

<sup>254</sup> 李榮耕，刑事審判程序中數位證據的證據能力-以傳聞法則及驗真程序為主，臺北大學法學論叢第 91 期，2014 年 9 月，頁 169-211。

吳巡龍，刑事訴訟與證據法全集，新學林出版股份有限公司，2008 年 11 月，頁 547-566。

<sup>255</sup> 交互詰問的順序：

證人是被告一方聲請傳喚的，就由辯護律師或被告先問話，叫做「主詰問」；問完，檢察官如果認為有必要，也可以提出質疑，進行問話，叫做「反詰問」。「反詰問」問完，辯護律師或被告仍可就「反詰問」中所發見的疑點或事項再為問話，叫做「覆主詰問」。

證人如果由檢察官聲請傳喚的，那麼詰問的順序就由檢察官先開始。

證人若是法官主動傳喚的，原則上先由法官訊問，問完，檢察官、辯護律師或被告認為有必要，可以要求法官准許問話。這時候的問話具有「反詰問」的性質，至於由那一方當事人先進行問話，則由法官決定。<http://www.judicial.gov.tw/>

當事人提出證物作為實質證據。證據必須經過適當的程序提出法院，才具有證據容許性即證據能力。具體言之，證物本身不能自己證明證物為真正，可以由審判前準備程序之當事人合意程序或由法官裁定容許證物，否則就需由證人建立其關聯性（relevancy）及可信賴性（reliability）才能被容許，此稱為建立基礎或立基（lay foundation）。可信賴性需證明證物保管嚴密且未中斷之方式建立，即所謂保管流程（chain of custody），關聯性則一般是經由驗真（authentication）來確立<sup>256</sup>。

美國聯邦證據法第 902 條「自我確證性」（Self-authentication），其屬例示規定，共舉出十種情形，包括蓋印及未蓋印之本國公文、外國公文、經證明之公務紀錄副本、公家出版物、報紙與期刊、商用字條及其他類似物、已認證之文件、商業文書及相關文件、國會所立法律。當物證屬於此種類型，則不再適用第 901 條之證明<sup>257</sup>。

美國的物證種類分為五大類，並依性質的有不同建立物證的基礎方法如下<sup>258</sup>：

1. 實物證據：指兇器、贓物、毒品等實體物，提出者多為檢察官。若欲提出實物證據，需證明該物與案件有關聯性，證人可辨認該證物，除該物的外觀具有獨特性且不能變動外，其於皆需證明該證物的連續保管流程。
2. 展示性證據：用以展示現場狀況或實物的證據，例如：照片、模型、圖表及模擬圖，提出者若能證明該證據能正確地展示或解釋現場狀況或實物，且該物有助於事實的判斷，實務上均會採納此種證據。展示性證據與律師現場使用的海報與圖表區別，前者係物證的一種；而後者只是幫助律師辯論的輔助工具，在美國並不會進入陪審團最後評決的程序。
3. 錄音帶、錄影帶：需證明錄音帶或錄影帶之內容與案件有關聯性，且能重現當時的談話內容與情境。若有目擊證人，可由該證人證明真實無誤；若無人在場，可請裝置設備人員證明錄音錄影設備的完善與定期維護。依美國聯邦證據法第 901 條規定：「(a)作為證據先決條件的驗真或辨認，得以足資支持系爭事項確與提出證據者所宣稱相符之證據為之。(b)下列各款所例示之各項驗真或辨認，符合本條規定，但驗真或辨認不以本項例示為限：(1)知情證人的證言：證實某事確與證據所擬顯示之內容相符。……(9)過程或方法：描述產生某種結果的過程或方法，並證明該過程或方法的確產生該結果。」。其中有目擊者作證之驗真即為前述(b)(1)所指情形，無目擊者作證之驗真則屬(b)(9)所指情形。
4. 有獨立意義的法律文件：指本票、支票、契約書、備忘錄及遺囑等文件，該種文件具有獨立的法律意義，提出者須證明簽名或署押為真正，可以傳喚證人作證，或以筆跡鑑定確認字跡的真正。

<sup>256</sup> 吳巡龍，刑事訴訟與證據法全集，新學林出版股份有限公司，2008 年 11 月，頁 547-566。

<sup>257</sup> 吳巡龍，刑事訴訟與證據法全集，新學林出版股份有限公司，2008 年 11 月，頁 547-566。

<sup>258</sup> 吳巡龍，刑事訴訟與證據法全集，新學林出版股份有限公司，2008 年 11 月，頁 547-566。

5. 公務紀錄、業務紀錄：公務紀錄係指公務人員本於職務所為之紀錄，例如：土地登記、戶政登記等例行性及常態性之記載；業務記錄係指電話通訊明細、對帳單及交易電子明細等文書。由於此類文書，公務文書製作者負有誠實、正確記載其公務行為之義務，而業務機構為維持其信用及業務運作而製作，可信性程度亦高，提出者若能證明該類證據係依程序製作及保存，則可成為證據，且依美國聯邦證據第 803 條(6)及(8)為傳聞法則的例外。

在美國若欲以該資料為證據則證據提出者應提出原本，此為最佳證據法則 (best evidence rule)，若他造不爭執文件複本的真正性或無明顯不公情事，則可提出複本作為證據。若原本非因證據提出者故意毀損或遺失或無法取得等情事，亦得提出其他證據以證明原本之內容，若原本為第三人持有，除非第三人有拒絕證言權，否則第三人仍必須提出原本。傳統上最佳證據法則只適用於書面文件，但依聯邦證據法第 1002 條也適用於電話錄音、錄影、照片等新形態之證據。此外，依聯邦證據法第 1001 條，所謂書面，包括以手寫、列印或印刷等方式記載下來的字母、文字、數字或者其他具有相似功能符號等。因此，電腦輸出列印之紙本文件、磁碟、路標或者商品標章；錄音包括以機械或電子方式記載下來的字母、文字、數字或者其他具有相似功能符號；照片包括普通的靜止照片、X 光片、錄影帶和電影等，均適用最佳證據法則。傳統一般只允許出示原本，但依聯邦證據法第 1003 條，已擴大規定可以出示文件複本<sup>259</sup>。

#### 美國驗真法則與最佳證據法則於數位資料之調整

##### 1. 驗真法則<sup>260</sup>

a. 數位資料之驗真必須遵循平等原則：在 United states v. Vela 乙案中，被告主張將電磁紀錄與正常業務活動紀錄加以區別處理，並要求需對數位資料提出更高的驗真標準，但法院最後認為數位資料，仍應與業務行為製作的其他紀錄同等對待。

b. 數位資料的驗真主要考察其是否具有形式上之真實性：

驗真是指形式上的真實性，而非實質上的可靠性。前者是證據可採性問題，後者屬於證明力問題。法院對這樣的觀念在 United States v. Whitaker、United States v. Bonallo 等案中一再出現。

c. 數位資料的驗真方法主要是以側面認定方式為之，即自認、證人作證、其他物證、推定與鑑定方式完成：

<sup>259</sup> 朱帥俊，刑事證據法則對於電子證據適用之研究，國立交通大學管理學院碩士在職專班科技法律組碩士論文，2007 年，頁 184-187。

<sup>260</sup> 朱帥俊，刑事證據法則對於電子證據適用之研究，國立交通大學管理學院碩士在職專班科技法律組碩士論文，2007 年，頁 176-188。

劉秋伶，數位證據之刑事證據調查程序，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2010 年，頁 42-47 與頁 56-58。

數位資料在製作、儲存或傳輸等階段，不易以直接方式驗真，故只能以間接方式驗真。在 *United States v. Simpson* 一案中即是採此方式。被告辯稱執法人員所查獲之兒童色情照片下載時間與 FTP 端的紀錄檔時間不同，無法確認兩者是相同的檔案；此外亦辯稱執法人員將 Simpson 在網路聊天室之聊天內容印出之紙本文件無法比對筆跡，故無法證明此證據之真實性，法院不得採為證據。檢察官則舉證從被告 Simpson 於網路聊天的談話內容中，已得知其真實姓名與電子郵件帳號等資料。對於下載檔案與 FTP 端的紀錄檔時間不一致，檢方說明一般人下載檔案時，若發現本身已有此內容之檔案，往往會將新下載的檔案刪除，這是電腦使用者的慣常作法。因此，所持有的檔案紀錄之下載時間與 FTP 端之時間不同的結果，是十分常見的情況，法院最後採納檢方所提之證據，據以將被告定罪。

d. 驗真基準的提出與分析：數位資料之驗真基準，原則上比照一般證據，然由於數位資料之特性，美國實務仍發展具體審查標準，康乃狄克州於最高法院於 *Swinton* 案所提出之審查標準如下<sup>261</sup>：

- (1) 在該領域中，是否普遍接受以該設備作為經常性使用的標準儀器，該設備並處於良好的狀態。
- (2) 由合格人員操作該設備。
- (3) 該人員是否遵循標準作業流程。
- (4) 是否使用具可信性的軟體或程式。
- (5) 該人員是否以正確的方式操作該設備。
- (6) 設備所產出之資料是否能精準地呈現其運作結果。

電腦產生紀錄的驗真重點主要是在該電腦、設備或系統是否能正常運作，並產出正確的資料。當事人提出電腦產生紀錄作為證據時，就必須證明產生該紀錄的程式或系統所產生的數據與資料皆為正確。就電腦儲存紀錄，驗真主要為證人對電腦紀錄內容、如何自電腦取得內容或是否為日常使用有認知及瞭解等，則為驗真重點<sup>262</sup>。

## 2. 最佳證據法則<sup>263</sup>

依聯邦證據法第 1002 條也適用於電話錄音、錄影、照片等新形態之證據。此外，依聯邦證據法第 1001 條，所謂書面，包括以手寫、列印或印刷等方式記載下來

<sup>261</sup> 李榮耕，刑事審判程序中數位證據的證據能力-以傳聞法則及驗真程序為主，臺北大學法學論叢第 91 期，2014 年 9 月，頁 169-211。

<sup>262</sup> 李榮耕，刑事審判程序中數位證據的證據能力-以傳聞法則及驗真程序為主，臺北大學法學論叢第 91 期，2014 年 9 月，頁 169-211。

<sup>263</sup> 朱帥俊，刑事證據法則對於電子證據適用之研究，國立交通大學管理學院碩士在職專班科技法律組碩士論文，2007 年，頁 176-188。

劉秋伶，數位證據之刑事證據調查程序，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2010 年，頁 42-47 與頁 56-58。

的字母、文字、數字或者其他具有相似功能符號等。傳統上一般只允許出示原本，但依聯邦證據法第 1003 條，已擴大規定可以出示文件複本。運用最佳證據法則於數位資料之調整如下：

a. 數位資料適用最佳證據法則的前提係為證明數位資料的內容

最佳證據法則於數位資料的適用，前提是為了證明數位資料的內容，若為了證明其他事項，則不適用最佳證據法則。例如在 United States v. Gonzales-Ambrosio Hernandez - Coronel 乙案中，法院指出最佳證據法則是為了證實文書與錄音紀錄的證據內容。

b. 判斷數位資料原本、複本之標準是人為擬制的，非自然標準

在 Doe v. Jni Sate 乙案中認為，威阿軍事研究中心提交的程式資料能夠證明其列印物確實係出自於電腦，故應屬於原本，已符合最佳證據法則。

以美國聯邦證據法第 1001 條為標準，數位資料於以下兩種情況下為原本：

a. 數位資料儲存在電腦內，該數位資料之產出能以視覺閱讀，並能準確反應資料內容的印出物及其他輸出。

b. 製作者或發行者有意使複本之數位資料具有如同文書之效力。

從前述分析來看，原本的解釋將影響最佳證據法則之適用，故美國解決數位資料在最佳證據法則適用的作法，在於擴大對原本定義的解釋，以解決因數位資料之特性在適用最佳證據法則時難以適用的問題<sup>264</sup>。

#### 第四節 小結

根據本論文第 2 章之實務判決，雖然法院實務審判常仰賴金融監理機關之書函，部分法院則依個案傳喚相關人員作證。就金檢局之金檢報告，金檢局人員實施檢查通常會運用電腦稽核或查核公司內部帳冊或作業資料，因此金檢報告或證交所與櫃買中心的查核監視報告或交易分析意見書，內含數位資料內容。此外，前揭報告或交易分析意見書，為金融監理人員依據公司內部之資料，依專業判斷後作成書件。

雖然金檢報告、查核監視報告或交易分析意見書，通常係依據公司內部之文件或帳冊作成，但實務上法院通常逕自採納為證據，甚少要求當事人完全提出所涉物證及書證，亦未至現場實地勘驗。其實我國審判採直接審理原則，禁止法院以派生的、間接的證據方法來替代原始的、直接的證據方法，因此前揭實務的審理方式並不妥當。

根據學者分析，我國目前已有刑事訴訟法第 165 條之 1，條文概括地規範將來可能新生的各種證據，並明文以適當之設備，顯示聲音、影像、符號或資料

<sup>264</sup> 劉品新主編，美國電子證據規則，中國檢查出版社，2004 年 5 月，頁 230。

為錄音、錄影、或其他相類之證物之調查方法，可謂配合科技日新月異<sup>265</sup>的立法方式。我國的物證及書證調查由法官依職權為之，理論上縱使雙方對真實性不爭執，法院亦應確認其真實性後，方得實質審理內容。此與民事訴訟當事人一造提出證據，若他造承認或不爭執其真實時，除人事程序外，法院均不需再調查證據的真實性不同<sup>266</sup>。

依美國證據法，所有證據都需經驗真程序，驗真係證據能力的前提要件之一，亦是成為證據的基本門檻，可參考美國驗真程序訂定驗真的總則性規定及個別的例示規定，針對數位資料可參考美國驗真法則提供之基準。事實上，依刑事訴訟法第 161 條第 1 項及第 329 條第 1 項，檢察官與自訴代理人有提出證明方法證明該物證或書證係真實的義務。因此，在我國法制下或許我國司法實務可以採納美國法上驗真法則之標準，具體落實前揭條文之檢察官與自訴代理人需證明證據係真實的義務<sup>267</sup>。



<sup>265</sup> 證交所為促使證券商提供電子化金融服務，於104年6月23日公布修正證交所「營業細則」、「證券商受託契約準則」等法規，其中就開戶部份甚至允許生物辨識技術以驗證客戶身分，未來開戶作業將會有角膜與指紋資料，此種資料於法庭上的處理，當然需要特定的設備。

<sup>266</sup> 吳巡龍，刑事訴訟與證據法全集，新學林出版股份有限公司，2008年11月，頁547-566。

<sup>267</sup> 吳巡龍，刑事訴訟與證據法全集，新學林出版股份有限公司，2008年11月，頁547-566。  
李榮耕，刑事審判程序中數位證據的證據能力-以傳聞法則及驗真程序為主，臺北大學法學論叢第91期，2014年9月，頁169-211。

## 第六章 結論與修法建議

本論文第二章說明，金融檢查與調查之法律依據，特別是依照金融監督管理委員會組織法第5條第1項，辦理金融檢查得通知被檢查者備詢之條文，據金管會網站說明表示為一種準調查權。目前金融監理機關進行金融檢查皆有擔保措施，故相對人必須忍受被檢查之義務，否則須承擔拒絕檢查之後果，對於人民而言係間接強制之手段，也因此本論文第三章說明不自證己罪原則。

依照第三章之分析，「非刑事程序」有無不自證己罪原則之適用，重點在於是否產生刑事法關連，當遵守行政法之義務而可能招致其他刑事追訴處罰之虞者，則此時應有不自證己罪原則之適用，依照歐洲人權法院自Saunders案的一貫立場，並不採取非刑事程序與刑事程序分離觀察的論點，而以非刑事程序與刑事程序合併觀察為立場。為保障當事人程序權，可以參考期貨交易法第99條第2項之立法，當人民被主管機關要求親自說明時，得選任律師、會計師或其他依法得為辯護之人到場，以落實程序正義，避免武器不對等。

根據第四章之分析，我國傳聞法則規定相當不足，依美國法口頭、書面或肢體動作都應視為陳述之一種；而傳聞例外的種類也太少，也未定義非傳聞之規定。實務上以類推適用方式以解決個案，但缺乏法律明確性容易產生爭議，因此可參考美國法進行增修。此外，本章亦討論專家證人，在我國司法實務，目前並未明確禁止專家證人，但實務判決認為我國鑑定人即等於專家證人，故並無引進之必要。然而，目前鑑定制度並未同意由當事人私請鑑定，且鑑定人之品質仍有落差，因此專家證人之概念仍有引進之必要，故可以參考性侵害犯罪防治法第16條之1明確立法。

從本論文第一章與第二章，金融監理機關的書函文件，是法院審判與認定犯罪事實的重要證據之一，然並未全面傳喚相關承辦人員作證。因此，為落實直接審理原則，應傳喚相關承辦人員作證，並容許當事人得交互詰問，以保障被告對質詰問權。又，尊重金融監理機關人員長期監理金融市場之專業性得援引美國法之概念，可視為專家證人並至審判庭接受詰問及具結，以擔保證言之真實性。

根據本論文第五章之分析，雖然法院實務審判常仰賴金融監理機關之書函，而法院則依個案傳喚相關人員作證。金檢局人員實施檢查通常會運用電腦稽核或查核公司內部帳冊或作業資料，因此金檢報告或證交所或櫃買中心的查核報告、監視報告或交易分析意見書，內含數位資料內容。而前揭報告或交易分析意見書，為金融監理人員依據公司內部之資料，依專業判斷後作成書件。

雖然金檢報告、查核報告、監視報告或交易分析意見書，係依據內部之數位資料、文件或帳冊作成，但實務上法院卻逕自採納為證據，甚少要求當事人

完全提出所涉物證及書證，亦未至現場實地勘驗。本論文認為於我國司法實務可以採納美國法上驗真法則之標準，先由檢察官與自訴代理人證明該物證或書證係真實；再引進最佳證據法則，要求當事人就物證或書證提出原本，並依美國聯邦證據法第 1003 條，擴大規定可以出示文件複本。而非一昧採納金融監理機關所作成之報告，而應盡可能調取報告作成的依據及資料內容，以落實直接審理原則，並透過證據的提出，使被告及其辯護人可以對之詰問。

從前揭第一章第四節英國、日本、韓國及美國之立法例，英國立法例，訂定關於調查程序所取得之證據，於刑事訴訟應如何適用之要件；日本立法例，對於犯罪事件之調查，賦予主管機關應有之權力及限制；韓國立法例區分檢查與調查各自規範適當之程序，甚至明文賦予聽證程序之保護。反觀台灣金融監理機關金融檢查之授權法令，散見於各相關法規，而金融監督管理委員會組織法第 5 條辦理金融檢查，金管會對涉有金融犯罪嫌疑之案件，得敘明事由，報請檢察官許可，向該管法院聲請核發搜索票後，會同司法警察，進入疑為藏置帳簿、文件、電子資料檔等資料或證物之處所，實施搜索。

這樣的立法方式，不僅於組織法立法不符行政法理外，金融檢查程序規範密度亦明顯不足，台灣可比照日本與韓國之立法例，詳列金融監理機關得進行調查之法律依據。目前我國立法上並未學習德國「有受刑事追訴之虞時，得拒絕行政程序之陳述」或「不得拒絕行政程序之陳述，但禁止運用於刑事追訴」兩種立法方式，而英國金融服務與市場法第 174 條，除當事人或其代表人自行引用調查程序所取得之證據外，原則上調查機關取得之陳述，檢察機關不得引用為證據且亦不得提問。

美國之立法方式最為不同，美國法律賦予美國證管會調查權、檢查權、民事訴訟權等，並得辦理訪談、傳喚證人、發出傳票及凍結不法所得等權力，與我國規範有所不同。而且對於證券市場不法案件的調查，可與司法單位共同查核且證據相互分享，在民事與刑事調查雙軌併行下，可有效縮短調查期間，有助於即時執法，並同時對涉案當事人之不當行為採取適當行政處罰，或許亦是我國未來立法的一種選擇。

我國之前所通過之金融四法<sup>268</sup>與刻正進行資產管理法<sup>269</sup>之研擬，均未明確訂定金融監理機關之調查權，且亦未處理金融檢查取得之證據，如何於刑事程序上使用，未來或許台灣應比照日本與韓國之立法例，規範金融監理機關得進行調查之法律依據，本論文認為金融檢查或調查具有強制性，因此應適度受不自證己罪原則之保護，若金融檢查或調查基於金融監理或管理，所發動一般檢查或專案檢查，由於係維繫金融市場之運作，仍應視為一般行政程序，透過行政法上之正當程序保障即可；然若為民眾檢舉或重大事件所生之檢查或調查，由

<sup>268</sup> 包括：「銀行法」、「國際金融業務條例」、「保險法」及「金融消費者保護法」。

<sup>269</sup> 我國資產管理發展與規劃方向，委託單位：金融研究發展基金管理委員會；研究單位：環宇法律事務所，2014 年 7 月。

於有進入刑事程序之可能，得參考不自證己罪原則，賦予人民更多程序保障。

金融事務複雜需當事人配合，故相對人於行政程序上仍需配合陳述，但應參考德國「不得拒絕行政程序之陳述，但禁止運用於刑事追訴」之立法方式，其所得之證據原則上僅限於原行政目的使用，若需運用於刑事程序上之證據，可以參採英國立法例需由當事人或其代表提出方得於刑事庭使用，以確保人民不自證己罪權利之保障。



## 附錄-相關法規

### 法院辦理重大刑事案件速審速結注意事項（日期：104年1月29日）

二、下列案件第一審法院應認為重大刑事案件，適用本注意事項審理之：

（二十）違反銀行法、證券交易法、期貨交易法、洗錢防制法、信託業法、金融控股公司法、票券金融管理法、信用合作社法、保險法、農業金融法等案件，被害法益達新臺幣一億元以上，或其他使用不正之方法，侵害他人財產法益或破壞社會經濟秩序，被害法益達新臺幣一億元以上者。

### 金融監督管理委員會組織法第2條第3項第2款（日期：100年06月29日）

前項所稱銀行業、證券業、期貨業及保險業範圍如下：

二、證券業：指證券交易所、證券櫃檯買賣中心、證券商、證券投資信託事業、證券金融事業、證券投資顧問事業、證券集中保管事業、都市更新投資信託事業與其他證券服務業之業務及機構。

### 金融監督管理委員會組織法第5條（日期：100年06月29日）

本會及所屬機關辦理金融檢查，於必要時，得要求金融機構及其關係人與公開發行公司提示有關帳簿、文件及電子資料檔等資料，或通知被檢查者到達指定辦公處所備詢。

被檢查者認為檢查人員之檢查為不適當者，得要求本會及所屬機關處理之。

被檢查者提供資料時，檢查者應掣給收據，除涉有金融犯罪嫌疑者外，應於資料提送完全之日起，十個工作日內發還之。

本會及所屬機關對涉有金融犯罪嫌疑之案件，得敘明事由，報請檢察官許可，向該管法院聲請核發搜索票後，會同司法警察，進入疑為藏置帳簿、文件、電子資料檔等資料或證物之處所，實施搜索；搜索時非上述人員不得參與。經搜索獲得有關資料或證物，統由參加搜索人員，會同攜回本會及所屬機關，依法處理。

本會及所屬機關為檢查金融犯罪指派之檢查人員依法執行公務時，應出示身分證明及有關執行職務之證明文件；其未出示者，被檢查者及其關係人得拒絕之。

第一項所稱關係人之範圍如下：

一、金融機構之負責人與職員。

二、金融機構之關係企業，其範圍適用公司法第三百六十九條之一至第三百六十九條之三、第三百六十九條之九及第三百六十九條之十一規定。

本會及所屬機關對妨礙、規避或拒絕第一項檢查、拒不提示有關帳簿、文件及電子資料檔等資料或無正當理由而拒不到達備詢者，除其他法律另有規定外，處新臺幣五萬元以上二十五萬元以下罰鍰，並得按次連續處罰至接受檢查、到場備詢或提出有關帳簿、文件及電子資料檔等資料為止。

金融監督管理委員會證券期貨局組織法第 2 條（權限職掌）（日期：100 年 06 月 29 日）

本局掌理下列事項之擬訂、規劃及執行：

- 一、公開發行公司、有價證券募集、發行、上市、證券商營業處所買賣之監督及管理。
- 二、期貨交易契約之審核與買賣之監督及管理。
- 三、證券業與期貨業之監督及管理。
- 四、外資投資國內證券與期貨市場之監督及管理。
- 五、證券業、期貨業同業公會與相關財團法人之監督及管理。
- 六、證券投資信託基金、有價證券信用交易之監督及管理。
- 七、會計師辦理公開發行公司財務報告查核簽證之監督及管理。
- 八、證券投資人及期貨交易人之保護。
- 九、與本局業務有關之金融機構檢查報告之處理及必要之追蹤、考核。
- 十、其他有關證券業與期貨業之監督及管理。

證券投資信託及顧問法第 101 條（日期：104 年 02 月 04 日）

主管機關為保障公共利益或維護市場秩序，得隨時要求證券投資信託事業、證券投資顧問事業、基金保管機構及全權委託保管機構或其關係人，於期限內提出財務、業務報告或其他相關資料，並得直接或委託適當機構，檢查其財務、業務狀況及其他相關事項，該事業、機構或其關係人不得規避、妨礙或拒絕。主管機關認為必要時，得隨時指定律師、會計師或其他專門職業或技術人員為前項之檢查，並向主管機關據實提出報告或表示意見，其費用由被檢查人負擔。

主管機關為保障公眾利益或維護市場秩序，對於有違反本法行為之虞者，得要求相關目的事業主管機關或金融機構提供必要資訊或紀錄。前三項所得之資訊，除為健全監理及保護投資人之必要外，不得公布或提供他人。

證券投資信託及顧問法第 102 條（日期：104 年 02 月 04 日）

主管機關於審查證券投資信託事業、證券投資顧問事業、基金保管機構及全權委託保管機構所申報之財務、業務報告及其他相關資料，或於檢查其財務、業務狀況時，發現有不符法令規定之事項，除得予以糾正外，並得依法處罰之。

證券投資信託及顧問法第 113 條（日期：104 年 02 月 04 日）

證券投資信託事業、證券投資顧問事業、基金保管機構或全權委託保管機構有下列情事之一者，處新臺幣十二萬元以上六十萬元以下罰鍰，並責令限期改善；屆期不改善者，得按次連續處二倍至五倍罰鍰至改善為止：

- 一、違反第十一條第四項或第四十三條第二款有關向主管機關申報規定。

- 二、違反第十七條第一項或第二項規定。
- 三、未依第二十條規定提供查閱。
- 四、未依第二十六條、第四十九條、第七十四條第一項、第三項、第八十一條第一項、第九十九條第一項或第一百條第二項規定，製作、申報、公告、備置或保存帳簿、表冊、傳票、財務報告或其他有關業務之文件或事項。
- 五、違反第二十九條第一項、第四十三條第一款、第四十五條第四項、第九十六條第四項或第五項有關應公告規定。
- 六、未依第四十七條第二項規定，申報、公告、通知或報備。
- 七、未依第六十條第一項第二款規定，製作客戶資料表或留存相關證明文件。
- 八、未依第六十二條第一項、第四項或第五項規定設帳、登載、編製、送達紀錄或報告書。
- 九、違反主管機關依第六十九條所定規則有關應備置人員或依第七十二條第一項所定規則有關應設置部門規定。
- 十、違反第九十四條規定，與受益人或客戶發生利益衝突或有損害其權益之行為。
- 十一、違反第九十六條第二項規定，無正當理由拒絕主管機關之指定承受。
- 十二、違反第一百零一條第一項規定，未依限提出財務、業務報告或其他相關資料，或規避、妨礙、拒絕檢查。

農業金融法第 7 條（日期：100 年 04 月 13 日）

農業金融機構之監理業務，中央主管機關應委託金融監理機關或金融檢查機構辦理。

中央主管機關得隨時派員檢查全國農業金庫、信用部或其他關係人之業務、財務及其他有關事項，或令該金庫、信用部或其他關係人於限期內據實提報財務報告、財產目錄或其他有關資料及報告。

中央主管機關於必要時，得委託專門職業及技術人員，就前項所定應行檢查事項、報表或資料予以查核，並向中央主管機關據實提出報告；其費用，由該金庫或信用部負擔。

期貨交易法第 99 條（日期：104 年 02 月 04 日）

主管機關為維護公眾利益或市場秩序，對於有違反本法行為之虞者，得要求期貨交易之有關機關、團體或個人，提示有關帳簿、文據或通知有關人員到達辦公處所說明；其作業辦法，由主管機關定之。

前項被請求人得選任律師、會計師或其他依法得為辯護之人到場。

中華民國證券商業同業公會證券商辦理外國有價證券複委託買賣業務作業辦法第 40 條（日期：104 年 04 月 17 日）

證券商應就其複委託買賣業務設置完整會計帳冊及憑據，並將有關單據、表冊、契約、交易紀錄及寄存保管證券明細，置於營業處所。

本公會得派員檢查、查詢前項相關資料，或函請證券商轉知其委任之保管機構及複受託證券商說明提供本公會所需核對資料；證券商不得規避或拒絕，並應

負責使複受託證券商及保管機構配合辦理。

中華民國證券投資信託暨顧問商業同業公會會員自律公約第 17 條（日期：94 年 01 月 19 日）

本公會會員於提出業務申請或經營業務期間，應依法令規定接受本公會所為之檢查與輔導，拒絕或規避者，本公會得通知限期接受檢查與輔導，如仍拒絕或規避者，本公會得依第十八條規定予以處分，至接受檢查與輔導為止。

中華民國證券投資信託暨顧問商業同業公會證券投資信託事業經理守則  
第三部份 基金與全權委託帳戶管理（日期：104 年 04 月 02 日）

九、基金管理

（一）投資範圍及限制

2. 設置投資管理委員會或投資管理團隊，並就台灣證券交易所股份有限公司上市股票、財團法人中華民國證券櫃檯買賣中心上櫃股票及興櫃股票訂定投資範圍，作為基金經理人投資管理與選股操作之依據。
3. 設置風險管理委員會或風險管理機制，且訂定風險管理政策，內容至少包含檢視前款投資範圍之部位風險及相關投資標的適當性之評估項目，並至少每季執行一次。

中華民國證券投資信託暨顧問商業同業公會證券投資信託基金募集發行銷售及其申購或買回作業程序第 17 條之 1（日期：104 年 10 月 30 日）

投資人以特定金錢信託、投資型保單或財富管理帳戶方式申贖基金，基金銷售機構及人身保險業應自行確認投資人申購匯款及支付買回款項係以客戶本人名義為之，但申購款項之匯（扣）款人與受益人之關係為本人、配偶、未成年子女者，不在此限。

證券投資信託事業應依下列規定確認申購人與匯（扣）款人之關係為本人、配偶、未成年子女：

一、申購人以銀行或自動提款機（ATM）轉帳、匯款、扣款、虛擬帳號指定匯款等方式申購基金時，應確認匯（扣）款人姓名或核對入帳之虛擬帳號為約定識別匯款人之號碼、或要求申購人提供轉帳明細、匯款單或存摺影本等相關足以識別申購人與匯（扣）款人之關係為本人之資料。

二、經前款確認申購人與匯（扣）款人之關係非本人者，證券投資信託事業應確認申購人（即受益人）與匯（扣）款人之關係為配偶或未成年子女，並以申購人或匯（扣）款人所提供之身分證影本或戶口名簿影本或戶籍謄本影本或電子戶籍謄本影本等足以識別申購人與匯（扣）款人之關係為配偶或未成年子女之身分證明資料為依據。

證券投資信託事業依前項辦理投資人申購程序，若申購人與匯（扣）款人之關係非本人、配偶或未成年子女者，證券投資信託事業應指示基金保管機構辦理退款並取消申購交易。

中華民國證券投資信託暨顧問商業同業公會證券投資信託基金募集發行銷售及其申購或買回作業程序 第 35 條之 1（日期：104 年 10 月 30 日）

證券投資信託事業為落實職能分工，辦理基金申購與買回作業之相關報表，需有覆核機制

臺灣證券交易所股份有限公司對上市公司財務業務平時及例外管理處理程序第4條（日期：104年09月02日）

本公司於年度財務報告至少選定百分之十、第二季及第三季財務報告至少選定百分之五，第一季財務報告至少選定百分之三為受查公司，上市公司（不含上市之台灣存託憑證）每五年至少需被選定為受查公司一次。

選定受查公司後，應於檢送財務報告期限日後二十日內將公司名稱、撰寫專案報告原因陳報主管機關備查，並於其後四十五日內完成專案報告，再陳報主管機關備查；惟如因查核案情複雜且須較長時間者，得報請主管機關核准延長查核期間，惟延長期間最長不得逾一個月。

進行查核後，如有下列情形者，應即迅予處理：

- 一、發現有重大異常或違反證券相關法令者，即陳報主管機關處理。
- 二、有違反營業細則相關規定時，即依規定予以處理。

臺灣證券交易所股份有限公司對上市公司財務業務平時及例外管理處理程序第8條（日期：104年09月02日）

上市公司發生下列重大事件時，本公司應就該重大事件對公司經營或市場造成之影響，依本處理程序第十、十一條之規定提出檢查報告，報請主管機關處理。

一、財務

（一）上市公司當期財務報告顯示發生嚴重虧損，使得歸屬於母公司業主之權益低於財務報告所列示股本。每股面額非屬新台幣十元者，其股本係指股本加計資本公積一發行溢價之合計數。

（二）會計師出具非無保留意見或非標準式之查核或核閱報告其情節重大者。

（三）上市公司及其母公司或子公司有存款不足之退票或其他喪失債信情事。

（四）上市公司主要債務人遭退票、申請破產、或其他類似情事；公司背書保證之主要債務人無法償付到期之票據貸款或其他債務等情事者。

（五）上市公司依證券交易法第三十六條抄送之財務資料經發現有為無業務往來之公司背書保證，或提供公司資產供他人借款之擔保者。

（六）現金增資或發行公司債有關累計之實際支用金額及工程進度均較預計數落後達百分之二十五以上。

（七）上市公司或其子公司取得或處分資產（國內各類股票、債券開放型基金除外）達公司財務報告所列示股本百分之二十或新台幣三億元以上者。每股面額非屬新台幣十元者，前開有關股本百分之二十之計算應以歸屬於母公司業主之權益百分之十替代之。

（八）當月以交易為目的之衍生性商品，其未沖銷契約金額較上月增加達財務報告所列示股本百分之十以上者，或已實現及未實現損失金額合計較上月增加達一億元以上者。每股面額非屬新台幣十元者，前開有關股本百分之十之計算應以歸屬於母公司業主之權益百分之五替代之。

（九）當月營業收入較去年同月成長、衰退比率偏高，或至當月止累計營業收入較去年同期成長、衰退比率偏高，其變動無合理原因者。

（十）一定期間累計營業收入較去年同期成長、衰退比率偏高，且與所屬產業呈反向變動者。

二、業務

(一) 上市公司當期財務報告顯示嚴重減產、全部或部分停工，致發生嚴重虧損，預估短期內無法改善。

(二) 公司廠房或主要設備出租、全部或主要部分資產質押致有營業困難或停頓之虞者或有公司法第一百八十五條第一項所定各款情事之一者。

(三) 簽訂重要契約、改變業務計畫之重要內容、完成新產品開發、收購他人企業或與他公司業務合作計畫之簽訂或解除，對公司財務業務造成不利影響者。

(四) 發生重大災害、抗爭、罷工或環境污染情事而預估短期內無法恢復營運，或其預估損失超過該公司財務報告所列示股本百分之二十或新台幣三億元以上者。每股面額非屬新台幣十元者，前開有關股本百分之二十之計算應以歸屬於母公司業主之權益百分之十替代之。

### 三、其他

(一) 上市公司發生無法如期改選董監事或原選任董事或監察人二分之一以上無法執行職權。

(二) 上市公司股務作業發生嚴重缺失(如內部人員舞弊)，致影響市場秩序。

(三) 因訴訟、非訟、行政處分或行政爭訟事件，對公司財務或業務有重大影響者。

(四) 簽訂重要契約、改變業務計畫之重要內容或與他公司業務合作計畫之解除，對公司財務業務造成不利影響。

(五) 上市公司、或其母公司、或其子公司進行公司重整或破產之程序，及其進程序中所發生之一切事件，含公司所為之任何聲請，或利害關係人所為之任何聲請且為公司所明知者，或受法院所為之任何通知或裁定，或其他依相關法令進行重整或破產程序之有關事項。

(六) 上市公司股票發生重大違約。

(七) 公司於初次上市後股價有異常上漲之情事。

(八) 上市公司於重大訊息或媒體發佈影響公司重大營運事件者。

(九) 發現上市公司與關係企業之交易有重大異常者。

(十) 上市公司最近一個月內股價發生大幅變動而遭本公司監視部發布處置措施二次以上且集保質借股數加計融資餘額股數合計占公司上市股數百分之三十三以上者。

(十一) 上市公司於本公司公開資訊觀測站輸入重大訊息後之次三日收盤均價較其前三日收盤均價差幅達百分之十四以上者。

(十二) 上市公司經理人於一個月期間內，合計出售持股逾百分之五十且股數逾二千交易單位者。

(十三) 經查核上市公司內部控制制度，發現有重大異常情事者。

(十四) 連續三個月以上有董事或監察人持股成數不足者。

(十五) 上市公司依規定設置獨立董事有非因病故等不可抗力因素請辭，致獨立董事、監察人席次不足者。

(十六) 公司財務主管、會計主管、內部稽核主管、研發主管或簽證會計師變動者。

(十七) 當月份全體內部人累積設定質權股數逾其持有股數達百分之五十以上者；或全體內部人持股減少數逾其持有股數達百分之五十以上者。

(十八) 上市公司內部人申報股權轉讓逾一千交易單位，而其轉讓理由為質權人賣出(銀行斷頭)者。

(十九) 主管機關或本公司基於其他原因認為有必要者。

臺灣證券交易所股份有限公司對上市公司財務業務平時及例外管理處理程序第 10 條 (日期：104 年 09 月 02 日)

上市公司發生重大事件，除依「本公司對有價證券上市公司重大訊息之查證暨公開處理程序」辦理查證與公開外，承辦同仁應就該公司所發生之重大事件進行瞭解分析，蒐集相關資料及掌握其案情，必要時並即填製分析報告（格式如附件五之一），除未發現異常情事者免執行實地查核，餘應赴該公司實地查核，並於實地查核完竣後撰寫專案報告，其內容應包括下列項目：

- 一、上市公司發生重大事件之原因。
- 二、重大事件對上市公司、所屬集團、產業及市場之影響。
- 三、上市公司之因應措施。
- 四、必要時，簽證會計師對相關事項所出具之意見。
- 五、實地查核時發現違反證券相關法令之事項。
- 六、本公司之採行措施。
- 七、對主管機關之建議事項。

臺灣證券交易所股份有限公司對上市公司財務業務平時及例外管理處理程序第 11 條 (日期：104 年 09 月 02 日)

上市公司發生重大事件時，本公司經依前條規定瞭解後，應執行例外管理實地查核時，其查核程序如后：

- 一、指派專人查核。
- 二、擬定查核重點陳報主管機關備查。
- 三、赴上市公司實地查核。
- 四、查核發現重大異常情事時應以電話或傳真方式通報主管機關。如發現受查公司有違反證券相關規定時，應於查核後函知上市公司改善，其情節重大者，本公司得函請其派員參加主管機關所指定單位舉辦之宣導課程，並副知前開主管機關指定單位。公司未派員參加者，本公司得視缺失性質將其列為嗣後財務報告實質審閱、平時例外管理或內部控制制度查核之優先受查對象。
- 五、必要時，得洽受查公司委請會計師專案審查公司內部控制制度，並出具審查報告。
- 六、儘速完成查核專案報告，發現有異常情事者，應逐級呈核後，即逐案陳報主管機關處理；未發現有異常情事者，得逐級呈核後，彙總、定期陳報請主管機關。
- 七、列為每季重大訊息查證之抽查公司，其期間為一年。

臺灣證券交易所股份有限公司管理規則第 22 條 (日期：101 年 07 月 11 日)

證券交易所對集中交易市場，應建立監視制度，擬具辦法申報本會核備，並確實執行。

證券交易所為前項市場之監視，必要時得向其會員或證券經紀商，證券自營商、證券自營商提出說明，其會員或證券經紀商，查詢及調閱有關資料或通知上市公司，不得拒絕。

臺灣證券交易所股份有限公司營業細則第 9 條之 1 (日期：105 年 01 月 25

日)

本公司應依證券交易所管理規則規定訂定實施股市監視制度辦法及其相關作業規定，以維護本公司市場交易秩序。

臺灣證券交易所股份有限公司營業細則第 28 條之 2 (日期：105 年 01 月 25 日)

上市有價證券其市場價格與交易情形顯著異常，而有影響市場交易、結算、交割秩序之虞者，本公司得限制全部或部分證券商對該有價證券受託或自行買賣之數量，或採行其他經監視業務督導會報決議之處置。

臺灣證券交易所股份有限公司實施股市監視制度辦法第 3 條 (日期：100 年 05 月 18 日)

本公司於所設之證券集中市場(以下簡稱市場)發現有價證券之交易有異常情形達一定標準時，為提醒投資人注意，得將其名稱及交易資訊之內容於市場公告。

臺灣證券交易所股份有限公司實施股市監視制度辦法第 4 條 (日期：100 年 05 月 18 日)

前條所定異常情形有嚴重影響市場交易之虞時，本公司即在市場公告並得採行下列之措施：

- 一、對該有價證券以人工管制之撮合終端機執行撮合作業。
- 二、限制各證券商申報買進或賣出該有價證券之金額。
- 三、通知各證券經紀商於受託買賣交易異常之有價證券時，對全部或委託買賣數量較大之委託人，應收取一定比率之買進價金或賣出之證券。
- 四、通知各證券商於買賣交易異常之有價證券時，增繳交割結算基金。
- 五、暫停該有價證券融資融券交易。
- 六、報經主管機關核准後停止該有價證券一定期間之買賣。

前項措施之標準、方式及期間，以及第三條交易異常標準、公告方式，由本公司擬訂作業要點，於報奉主管機關核備後實施。

本公司認為有價證券之交易異常有嚴重影響市場交割安全之虞時，或於其他必要情形，經監視業務督導會報決議，得採行第一項或其他處置措施。

臺灣證券交易所股份有限公司實施股市監視制度辦法第 5 條 (日期：100 年 05 月 18 日)

本公司發現有價證券買賣申報或交易有異常情形時，得於開盤前或交易時間內通知受託買賣證券商請其注意，並得依證券交易所管理規則第廿二條第二項之規定，向證券商、上市公司查詢或調閱有關資料或通知提出資料說明，必要時得將其資料說明透過資訊系統或於證券商營業處所公告之。

前項有價證券交易異常情形，必要時得通知本公司共同責任制交割結算基金特別管理委員會。

臺灣證券交易所股份有限公司實施股市監視制度辦法第 7 條 (日期：100 年 05 月 18 日)

本公司對於各種市場異常情形，經調查追蹤，即將有關資料完整建檔備供稽考，並對涉及違反法令者，逕行舉發或簽附有關調查報告報請主管機關核辦。

財團法人中華民國證券櫃檯買賣中心就上櫃公司財務業務平時及例外管理處理程序第3條（日期：103年12月16日）

本中心對上櫃公司財務業務之管理，分為平時管理（定期專案查核）及例外管理（重大事件專案查核）。

上櫃公司申報（請）募集與發行有價證券，其申報（請）書件之審閱作業程序由本中心另訂之。

財團法人中華民國證券櫃檯買賣中心就上櫃公司財務業務平時及例外管理處理程序第4條（日期：103年12月16日）

本中心就上櫃公司平時管理，於年度財務報告選定至少百分之十、第一季財務報告選定至少百分之三，第二季及第三季財務報告選定至少百分之五為受查公司，上櫃公司每五年至少須被選定為受查公司一次。

選定受查公司後，應於檢送財務報告期限日後二十日內將公司名稱、選案原因陳報金融監督管理委員會（以下簡稱主管機關）備查，並於其後四十五日內完成專案報告，再陳報主管機關備查。如因查核案情複雜且須較長期間者，得報請主管機關核准延長查核期間，惟延長期間最長不得逾一個月。

本中心依下列標準選定受查公司。

一、按下列標準選案：

（一）財務項目：

1. 營業收入、營業利益或稅前淨利與去年同期相較，顯著衰退者。
2. 採用權益法認列之關聯企業及合資損失之份額達一定金額或達公司當期營業利益之一定比率者，或子公司合計持有母公司股權達母公司股權之一定比率者。
3. 當期對關係人合計之進貨（或銷貨）占合併進貨（或銷貨）總金額之比率達百分之二十以上；或與去年同期相較增加達百分之五十以上且金額達權益百分之三以上者。
4. 應收關係人款項、預付關係人款項期末之餘額達權益百分之十以上者；或本季增加百分之五十以上且達權益百分之三者。
5. 當期對關係人資產交易累計金額（除進銷貨交易以外）占該期期末總資產比率之百分之三以上者。
6. 本季增加之背書保證金額達權益百分之十以上；或期末背書保證金額累計達權益百分之三十以上者。
7. 本季增加之資金貸予他人金額合計達權益百分之三以上；或期末資金貸與他人金額累計達權益百分之十以上者。
8. 財務比率不佳者。
9. 非流動之股權投資金額占權益百分之六十以上者。
10. 每股淨值偏低。

（二）非財務指標：

1. 財務主管辭職。
2. 會計主管辭職。
3. 內稽主管辭職。

4. 研發主管辭職。
  5. 更換會計師（非屬會計師事務所內部調整）。
  6. 董事或監察人持股異動。
  7. 董監事（含獨立董事）異動，董事長、總經理辭職。
  8. 授權董事會依同業水準支付董監報酬且經依篩選標準發現支付董監酬金不合理。
  9. 最近月份申報資料顯示，董事、監察人質權設定逾全體董監實際持有股數達百分之五十以上者。
  10. 最近一年內有訴訟事件對公司財務業務有重大影響者。
  11. 財務主管或會計主管與董事、監察人具二親等以內之親屬關係。
- 依上開選案標準所選定受查公司，如前季已列為受查公司者，本季得排除列入選案。

二、符合下列事項者列為必要受查公司，但經分析後認為無須執行查核者得不列入：

- (一) 財務報告形式審閱所發現異常之公司。
- (二) 經營權異動者。
- (三) 營業範圍重大變更者。
- (四) 因經營權異動且營業範圍重大變更，致上櫃有價證券經停止買賣或變更交易方法，嗣符合本中心業務規則相關規定而恢復有價證券之普通交易方法者。
- (五) 凡達到前款第（一）目第 3、4、8 次且金額重大，而未於上一季執行專案審查者。
- (六) 最近三年連續虧損，或累計虧損占財務報告所列示股本比率達百分之五十以上者。但無面額或每股面額非屬新臺幣十元者，前開有關股本百分之五十之計算應以權益百分之二十五替代之。
- (七) 稅前淨損較去年同期增加數占財務報告所列示股本比率達百分之三十以上者。但無面額或每股面額非屬新臺幣十元者，前開有關股本百分之三十之計算應以權益百分之十五替代之。
- (八) 發行公司債到期有還款疑慮者。
- (九) 現金及約當現金占財務報告所列示股本比例過大且無資本支出計畫者。
- (十) 預付款項金額或變動比率重大異常者。
- (十一) 從事衍生性商品未實現損失逾新臺幣一億元且達權益百分之三以上，或當期以交易為目的之未沖銷契約金額占財務報告所列示股本百分之四十以上。但無面額或每股面額非屬新臺幣十元者，前開有關股本百分之四十之計算應以權益百分之二十替代之。
- (十二) 會計師於年度財務報告轉投資事業採用其他會計師查核工作比重過高者。期中財務報告轉投資事業採用其他會計師核閱工作且未經會計師核閱之比重過高者。
- (十三) 財務重點專區注意資訊本季增列之公司。
- (十四) 財務報告有會計政策或會計估計變動者。
- (十五) 應收款項、存貨金額占權益比重偏高者。
- (十六) 逾期一年以上之應收款項達一定金額或達權益一定比率者。
- (十七) 本中心基於其他原因認為有必要者。

三、本公司於每次選案時另依下列標準隨機選取受查公司：

- (一) 最近三年度未進行平時管理、例外管理及財報實審者。
- (二) 其他隨機選案標準。

財團法人中華民國證券櫃檯買賣中心就上櫃公司財務業務平時及例外管理處理程序第8條（日期：103年12月16日）

上櫃公司發生前條所列之重大事件時，本中心除依「本中心對有價證券上櫃公司重大訊息之查證暨公開處理程序」辦理查證與公開外，應就該公司所發生之重大事件進行瞭解分析，蒐集相關資料及掌握其案情，必要時並即填製分析報告（格式如附件三），除未發現異常情事者免執行實地查核外，餘應赴公司進行實地查核，並於實地查核完竣後，撰寫重大事件專案查核報告，其內容包括左列項目（格式如附件四）：

- 一、公司財務業務基本資料。
- 二、公司發生重大事件之原因，該事件對其公司本身、所屬集團、產業及市場影響之說明，及公司之因應措施。
- 三、必要時，簽證會計師對相關事項所出具之意見。
- 四、重要查核項目及查核結果。
- 五、實地查核時發現違反證券相關法令之事項。
- 六、本中心採行之措施、綜合分析意見及建議事項。

本中心執行前項實地查核時，若發現重大異常情事，應以電話或傳真方式，通報主管機關查核情形（格式如附件五），並於查核完畢後，儘速完成重大事件專案查核報告，發現有異常情事者，應逐級呈核後，即逐案陳報主管機關處理；未發現有異常情事者，得逐級呈核後，彙總定期陳報主管機關。

本中心就上櫃公司財務業務重大事項標準查核程序，由本中心另訂之。

本中心對於列為重大事件專案查核之公司，應追蹤瞭解其重大訊息公開情形，並列為重大訊息查證之抽查公司，其期間為一年。

財團法人中華民國證券櫃檯買賣中心就上櫃公司財務業務平時及例外管理處理程序第7條（日期：103年12月16日）

本中心發現上櫃公司有下列情事之一者，應就該重大事件對公司經營或市場造成之影響，依本處理程序第八條規定辦理：

一、財務：

（一）當期財務報告顯示其發生嚴重虧損，致淨值低於財務報告所列示股本者。但股票為無面額或每股面額非新臺幣十元者，股本應加計資本公積 - 發行溢價。

（二）會計師出具非無保留意見或非標準式之查核或核閱報告其情節重大者。

（三）該公司及其母公司或子公司有存款不足之退票或其他喪失債信情事者。

（四）主要債務人遭退票、申請破產、或其他類似情事；或背書保證之主要債務人無法償付到期之票據、貸款或其他債務等情事者。

（五）依證券交易法第三十六條抄送之財務資料經發現有為無業務往來之公司背書保證者，或提供公司資產供作他人借款擔保者。

（六）前各次現金增資或發行公司債其尚未執行完成之計劃執行進度落後，或有重大變更，或相關資訊未（或延遲）輸入網際網路系統者。

（七）上櫃公司或其子公司取得或處分資產（國內各類股票、債券開放型基金除外）達公司財務報告所列示股本百分之二十或新臺幣三億元以上者。但無面

額或每股面額非屬新臺幣十元者，前開有關股本百分之二十之計算應以淨值之百分之十替代之。

(八) 當月以交易為目的之衍生性商品，其未沖銷契約金額較上月增加達財務報告所列示股本百分之十以上者，或已實現及未實現損失金額合計較上月增加達一億元以上者。但無面額或每股面額非屬新臺幣十元者，前開有關股本百分之十之計算應以淨值之百分之五替代之。

(九) 當月營業收入較去年同月成長、衰退比率偏高，或至當月止累計營業收入較去年同期成長、衰退比率偏高，其變動無合理原因者。

(十) 一定期間累計營業收入較去年同期成長、衰退比率偏高，且與所屬產業呈反向變動者。

## 二、業務：

(一) 當期財務報告顯示其嚴重減產、全部或部分停工，致發生嚴重虧損，預估短期內無法改善者。

(二) 廠房或主要設備出租，全部或主要部分資產質押或有公司法第一百八十五條第一項所定各款情事之一者。

(三) 簽訂重要契約、改變業務計畫之重要內容、完成新產品開發、收購他人企業或與他公司業務合作計畫之簽訂或解除，對公司財務業務造成不利影響者。

(四) 發生重大災害、抗爭、罷工或環境污染情事而預估短期內無法恢復營運，或其預估損失超過該公司財務報告所列示股本百分之二十或新臺幣一億元以上者。但無面額或每股面額非屬新臺幣十元者，前開有關股本百分之二十之計算應以淨值之百分之十替代之。

## 三、其他：

(一) 發生經營權之爭、無法如期改選董事或監察人，或原選任董事或監察人二分之一以上無法執行職權者。

(二) 連續三個月以上董事或監察人持股低於主管機關規定成數者。

(三) 股務作業發生嚴重缺失（內部人員舞弊），致影響市場秩序者。

(四) 公司股票發生重大違約者。

(五) 公司最近一個月內股價發生大幅變動而遭本中心交易部發佈處置措施二次以上，且集保質借股數加計融資餘額股數合計占公司上櫃股數百分之五十以上者。

(六) 上櫃公司於初次上櫃後股價有異常上漲之情事。

(七) 發現公司與關係企業之交易有重大異常者。

(八) 因訴訟、非訟、行政處分或行政爭訟事件，而對其財務或業務有重大影響者。

(九) 上櫃公司、或其母公司、或其子公司進行公司重整或破產之程序，及其進行程序中所發生之一切事件，含公司所為之任何聲請，或利害關係人所為之任何聲請且為公司所明知者，或受法院所為之任何通知或裁定，或其他依相關法令進行重整或破產程序之有關事項。

(十) 公司於本中心指定之網際網路資訊申報系統或媒體發佈影響公司營運之重大事件者。

(十一) 公司對於應輸入本中心指定之網際網路資訊申報系統之重大訊息內容有前後大幅修正情事，且其輸入後次日之均價較其輸入當日暨其前二日之均價差幅達百分之十四以上者。

(十二) 上櫃公司經理人於一個月期間內，合計出售持股逾百分之五十且股數逾一千交易單位者。

(十三) 內部人大量申報股權轉讓五百張者，而其轉讓理由為質權人賣出（銀行斷頭）者。

(十四) 當月份全體內部人累積設定質權股數逾其持有股數達百分之五十以上者；或全體內部人持股減少數逾其持有股數達百分之五十以上者。

(十五) 公司財務主管、會計主管、內部稽核主管、研發主管或簽證會計師變動者。

(十六) 上櫃公司內部控制制度經查核後，發現有重大異常情事者。

(十七) 上櫃公司申請轉上市後因不符上市條件而自行撤件或經台灣證券交易所股份有限公司退件者。

(十八) 主管機關或本中心基於其他原因認為有必要者。

本中心發現九十一年二月二十五日以後申請上櫃之公司或經主管機關命令設置獨立董事之上櫃公司，有下列情事之一者，得將該公司列入例外管理對象，依本處理程序第八條規定辦理：

一、未依規定設置獨立董事。

二、獨立董事變動未依「對有價證券上櫃公司重大訊息之查證公開處理程序」揭露重大訊息。

三、獨立董事非因病故等不可抗力因素請辭致獨立董事不足二席。

#### 櫃檯買賣有價證券監視制度辦法第3條（公布日期：99年11月30日）

證券商透過本中心等價、等殖自動成交系統買賣之有價證券有異常情形達一定標準時，本中心為提醒投資人注意，應公告其名稱及交易資訊之內容。

前項交易異常標準、公告方式，由本中心另訂之。

#### 櫃檯買賣有價證券監視制度辦法第4條（日期：99年11月30日）

前條所定異常情形有嚴重影響櫃檯買賣交易之虞時，本中心即在市場公告並得採行下列之措施：

一、對該有價證券以人工管制之撮合終端機執行撮合作業。

二、限制各證券商申報買進或賣出該有價證券之金額。

三、通知各證券商經紀商於受託買賣交易異常之有價證券時，對委託買賣數量較大之委託人，應收取一定比例之買進價金或賣出之證券。

四、通知各證券商於買賣交易異常之有價證券時，增繳給付結算基金。

五、暫停該有價證券融資融券交易。

六、報經主管機關核准後停止該有價證券一定期間之買賣。

前項措施之標準、方式及期間，由本中心另訂之。

有價證券之交易，認有異常並嚴重影響市場交割安全之虞或其他認有必要時，經監視業務督導會報決議，得採行第一項或其他處置措施。

#### 櫃檯買賣有價證券監視制度辦法第7條（日期：99年11月30日）

本中心對於櫃檯買賣交易異常情形，經調查追蹤，即將有關資料完整建檔備供稽考，對於違反本中心規定者，應迅予處理，並對涉及違反法令者，逕行舉發或簽附有關調查報告報請主管機關核辦。

財團法人中華民國證券櫃檯買賣中心對上櫃公司內部控制制度查核作業程序第3條（日期：103年2月18日）

本中心對上櫃公司內部稽核人員執行稽核計畫情形之查核，每季選案比率必要時得彈性調整，惟全年應選定之受查公司家數不得低於百分之十六，必要時即應進行實地查核並採遵循測試，實地查核家數應不低於受查公司家數之四分之一，且有本程序第四條第一至八款之情事者即須執行實地查核。

本中心應於每季結束後一個月內，將該季查核報告或追蹤報告結果彙總陳報主管機關備查。

第一上櫃公司年度及第二季各期隨機選定比率至少百分之三十五為原則、第一季及第三季各期隨機選定比率至少百分之十五為原則。

本中心對第一上櫃公司執行查核，得以受查公司依第一上櫃公司管理作業要點第八條規定出具之前一年度會計師內部控制制度專案審查報告替代之，另本中心對第一上櫃公司執行查核之選案會計年度如為初次上櫃會計年度者，其內部控制制度專案審查報告之涵蓋期間得依本中心「審閱會計師所出具之內部控制審查報告作業程序」規定辦理。

財團法人中華民國證券櫃檯買賣中心對上櫃公司內部控制制度查核作業程序第4條（日期：103年2月18日）

本中心依下列標準選定受查公司：

- 一、出具內部控制制度無重大缺失以外之內部控制制度聲明書者。
- 二、最近三年度曾出具有重大缺失之內部控制制度聲明書者。
- 三、內部控制制度聲明書原聲明遵循全部法令者，改為遵循主要法令者。
- 四、未依公開發行公司建立內部控制制度處理準則規定申報稽核人員名冊、稽核計畫、稽核計畫執行情形、缺失及異常事項改善情形及內部控制制度聲明書者。
- 五、於本中心就上櫃公司財務業務平時及例外管理處理程序或審閱上櫃公司財務報告作業程序發現內部控制制度執行有重大缺失者。
- 六、年度中變更已申報之年度稽核計畫且無合理原因者。
- 七、前次進行內部控制制度查核發現有未符規定且情節重大者。
- 八、財務主管或內部稽核主管變動且無合理原因者。
- 九、就最近三年度內未進行內部控制制度查核之上櫃公司隨機選取，惟選案前一年度已取得外部獨立客觀機構公司治理制度認證之上櫃公司得免列入，但經發現有內控重大缺失等情事，仍對其進行內部控制之查核作業。
- 十、其他有查核之必要者。

財團法人中華民國證券櫃檯買賣中心對上櫃公司內部控制制度查核作業程序第8條（日期：103年2月18日）

本中心查核人員執行查核工作應撰寫查核報告，並載明下列事項：

- 一、查核項目。
- 二、查核結果。
- 三、追蹤辦理。

查核結果如發現上櫃公司執行內部控制制度有未符規定者，應洽受查公司研訂具體改善或解決措施，函報本中心備查，其情節重大者，本中心得請其派員參加主管機關所指定單位舉辦之宣導課程，並副知前開主管機關指定單位，公司

未派員參加者，本中心得視缺失性質將其列為嗣後財務報告實質審閱、平時例外管理或內部控制制度查核之優先受查對象。另本中心將持續追蹤缺失改善情形並撰寫追蹤報告至其改善缺失為止。必要時，可洽請簽證會計師對相關事項出具意見外。追蹤報告內容包括前次查核發現之缺失事項、本次查核之改善情形。

銀行法第 127 條之 2 (違反監管接管等處置之罰則) (日期：104 年 6 月 24 日)  
違反主管機關依第六十二條第一項規定所為之處置，足以生損害於公眾或他人者，其行為負責人處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣二千萬元以下罰金。

銀行負責人或職員於主管機關指定機構派員監管或接管或勒令停業進行清理時，有下列情形之一者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣二千萬元以下罰金：

- 一、於主管機關指定期限內拒絕將銀行業務、財務有關之帳冊、文件、印章及財產等列表移交予主管機關指定之監管人、接管人或清理人，或拒絕將債權、債務有關之必要事項告知或拒絕其要求不為進行監管、接管或清理之必要行為。
- 二、隱匿或毀損有關銀行業務或財務狀況之帳冊文件。
- 三、隱匿或毀棄銀行財產或為其他不利於債權人之處分。
- 四、對主管機關指定之監管人、接管人或清理人詢問無正當理由不為答復或為虛偽之陳述。
- 五、造債務或承認不真實之債務。

違反主管機關依第四十七條之二或第一百二十三條準用第六十二條第一項、第六十二條之二或第六十二條之五規定所為之處置，有前二項情形者，依前二項規定處罰。

中華民國證券投資信託暨顧問商業同業公會「證券投資信託及顧問事業與兼營他事業或由他事業兼營之利益衝突防範實務守則」第 5.6 條 (日期：96 年 11 月 27 日)

場地與設備從事兼營業務之事業，其場地設備應視業務需要作適當區隔，建立門禁管制並留存進出紀錄備查。

前項兼營業務共用營業場所時，應於營業場所明顯適當位置設置營業項目之告示。

財團法人中華民國證券櫃檯買賣中心店頭金融商品電腦交易系統作業辦法第 3 條 (日期：103 年 9 月 11 日)

使用財團法人中華民國證券櫃檯買賣中心（以下簡稱本中心）店頭金融商品電腦交易系統，除主管機關暨相關法令另有規定外，應依本辦法規定辦理。

前項店頭金融商品電腦交易系統係指：

- 一、衍生性金融商品交易系統。
- 二、外國公債交易系統。

## 參考文獻

### (1) 書籍

1. 王士帆，不自證己罪原則，春風煦日論壇-刑事法叢書系列 7 專題論著 2，2007 年 6 月。
2. 王兆鵬、陳運財、林俊益等合著，傳聞法則-理論與實踐，元照出版有限公司，2003 年 9 月。
3. 王兆鵬，美國刑事訴訟法，元照出版有限公司，2004 年 9 月。
4. 王兆鵬，刑事訴訟法講義，元照出版有限公司，2010 年 9 月。
5. 王兆鵬，辯護權與詰問權，元照出版有限公司，2007 年 1 月。
6. 王兆鵬，新刑訴、新思維，元照出版有限公司，2004 年 10 月。
7. 王兆鵬、張明偉，刑事訴訟法(上)及(下)，承法出版文化有限公司，2012 年 9 月。
8. 石木欽，改良式當事人進行主義之證據法則——以審判實務為中心，元照出版有限公司，2008 年 11 月。
9. 朱富美，科學鑑定與刑事偵查，瀚盧圖書出版有限公司，2004 年 1 月。
10. 李開遠，證券犯罪刑事責任專論，五南圖書出版公司，2014 年 6 月。
11. 何賴傑、林鈺雄著，刑事訴訟法實例研習，新學林出版股份有限公司，2000 年 6 月。
12. 吳巡龍，刑事訴訟與證據法全集，新學林出版股份有限公司，2008 年 11 月。
13. 林鈺雄，刑事訴訟法(上)及(下)，元照出版有限公司，2010 年 9 月。
14. 林鈺雄，刑事程序與國際人權，元照出版有限公司，2007 年 12 月。
15. 林鈺雄，搜索扣押註釋書，元照出版有限公司，2001 年 9 月。
16. 林俊益，刑事訴訟法概論(上)及(下)，新學林出版股份有限公司，2012 年 9 月。
17. 林孟皇，金融犯罪與刑事審判，元照出版有限公司，2011 年 9 月。
18. 林輝煌，論證據排除—美國法之理論與實務，元照出版有限公司，2003 年 9 月。
19. 林朝榮、林芸澧，傳聞法則之比較研究-理論與實務之排比，文笙書局股份有限公司，2007 年 12 月。
20. 法治斌等，行政檢查之研究(POD)，行政院研究發展考核委員會，1996 年 6 月。
21. 胡鐸清，金融監理與金融檢查實務，財團法人台灣金融研訓院，2005 年 10 月。
22. 洪文玲，行政調查與法之制約，學知出版事業股份有限公司，1998 年 3 月。
23. 施志茂、施光訓，犯罪偵查學-傳統與金融犯罪偵查，中華管理績效評鑑學會，2010 年 7 月。
24. 陳祐治，證據法案例解說，元照出版有限公司，2009 年 11 月。
25. 陳祐治，佛羅里達證據法逐條釋義，瀚盧圖書出版有限公司，2006 年 2 月。

26. 陳運財，直接審理與傳聞法則，五南圖書出版公司，2001年。
27. 郭介恆、濱西隆男、藤原靜雄等著，行政調查之建制與人權保障、行政訴訟之前置救濟方法與程序，台灣行政法學會，2009年7月。
28. 詹德恩，金融犯罪的剋星：金融調查，三民書局股份有限公司，2011年7月。
29. 錢世傑，圖解數位數位證據之法庭攻防，十力文化出版有限公司，2009年11月。
30. 張雲芝，文書鑑定Q&A，元照出版有限公司，2010年12月。
31. 劉品新主編，美國電子證據規則，中國檢查出版社，2004年5月。
32. 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，元照出版有限公司，2003年4月。
33. Thomas A. Mauet 著，蔡秋明、方佳俊譯，訴訟技巧，城邦文化事業股份有限公司，2008年5月。
34. Allen C. Snyder, Anthony J. Bocchino, David A. Sonenshein 著，蔡秋明、魏玉英譯，加州證據法與異議實務，英屬蓋曼群島商家庭傳媒股份有限公司城邦分公司，2005年1月。
35. Mary-Jo Kranacher, Richard Riley, Joseph T. Wells 著，中華民國會計師公會全國聯合會 鑑識會計委員會譯，鑑識會計及舞弊查核，指南書局有限公司，2011年8月。

## (2) 期刊論文

1. 王兆鵬，刑事訴訟中被遺忘的權利-緘默權，月旦法學雜誌第 145 期，2007年6月。
2. 王兆鵬，審判階段緘默權之理論研究（上），月旦法學雜誌第 16 期，1996年9月。
3. 王兆鵬，審判階段緘默權之理論研究（下），月旦法學雜誌第 17 期，1996年9月。
4. 王兆鵬，論新修刑訴之證人不自證己罪，台大法學論叢，2005年1月。
5. 朱朝亮，體驗供述與意見供述之別，月旦法學教室第 112 期，2012年2月。
6. 何賴傑，論傳聞書證，台灣法學新課題（二），社團法人台灣法學會，2004年11月。
7. 何賴傑，傳聞法則下證人陳述之證據能力，月旦法學教室第 9 期，2003年7月。
8. 吳巡龍，鑑定與專家證人，台灣本土法學雜誌第 153 期，2010年6月。
9. 吳巡龍，對質詰問權與傳聞例外-美國與我國裁判發展之比較與評析，台灣法學雜誌第 119 期，2009年1月。
10. 吳巡龍，我國傳聞法則實務問題的探討，台灣法學新課題（二），社團法人台灣法學會，2004年11月。
11. 吳巡龍，物證調查程序，月旦法學教室第 92 期，2010年5月。
12. 吳巡龍，不自證己罪拒絕證言權，月旦法學教室第 90 期，2010年3月。
13. 吳耀宗，鑑定人在刑事訴訟程序的角色與權利義務-兼與證人、鑑定證人相比較，中央警察大學法學論集 12 期，2007年4月。
14. 吳志光，從蘇案開庭談起-「專家證人」制度的落實與檢察官在刑案中應扮演的角色，司法改革雜誌第 40 期，2002年8月。

15. 李佳玫，檢察一體原則與鑑定報告的證據能力-評最高法院九十五年度台上字第六六四八號刑事判決，月旦法學雜誌第 149 期，2007 年 10 月。
16. 李佳玫，鑑定報告與傳聞例外-最高法院近來相關裁判之評釋，政大法學評論第 101 期，2008 年 1 月。
17. 李榮耕，刑事審判程序中數位證據的證據能力-以傳聞法則及驗真程序為主，臺北大學法學論叢第 91 期，2014 年 9 月，頁 169-211。
18. 林鈺雄，不自證己罪之射程距離-最高法院相關裁判之回顧與評釋，台灣本土法學雜誌第 93 期，2007 年 4 月。
19. 林鈺雄，歐式米蘭達-歐洲人權法院 Allan 裁判及其劃時代意義之評析，台灣本土法學雜誌第 72 期，2005 年 7 月。
20. 林鈺雄，不自證己罪於非刑事程序之前置效力-評 96 年台上字第 7239 號判決及相關裁判，月旦法學雜誌第 161 期，2008 年 10 月。
21. 林鈺雄，論不自證己罪原則-歐洲整合趨勢及我國法發展之評析，臺大法學論叢，第 35 卷第 2 期，2006 年 3 月。
22. 林國全，證券主管機關之行政調查權，月旦法學雜誌第 39 期，1998 年 8 月。
23. 林國全，證券市場自律機構功能之探討，政大法學評論第 56 期，1996 年 12 月。
24. 林國全，自日本 1992 年設置證券交易等監視委員會論證券主管機關之調查檢查權限，政大法學評論第 54 期，1995 年 12 月。
25. 林裕順，專家證人 vs. 鑑定人-概括選任鑑定之誤用與評析，月旦法學雜誌第 189 期，2011 年 2 月。
26. 林俊益，傳聞法則與交互詰問之具體實踐，台灣法學新課題(二)，社團法人台灣法學會，2004 年 11 月。
27. 陳祐治，專家證言與鑑定，檢察新論第 6 期，2009 年 7 月。
28. 陳運財，傳聞法則之理論及其實踐，月旦法學雜誌第 97 期，2003 年 6 月。
29. 陳運財，傳聞法則及其例外之實務運作問題檢討，台灣法學雜誌第 94 期，2007 年 5 月。
30. 陳運財，傳聞法則與直接審理，月旦法學教室，第 21 期，2004 年 7 月。
31. 陳運財，刑事程序鑑定之證據法則，萬國法律第 137 期，2004 年 10 月。
32. 陳運財，嚴格證明法則，月旦法學教室第二十三期，2004 年 9 月。
33. 陳運財，偵查中證人之具結與傳聞例外之適用-評 94 年台上字第 3277 號刑事判決，台灣本土法學雜誌第 93 期，2007 年 4 月。
34. 陳文貴，行政調查與行政檢查及行政搜索之法律關係，法令月刊 60 卷 3 期，2009 年 3 月。
35. 黃淑君譯，英國金融監管局調查權行使之要件與程序，國際金融參考資料第 47 期，2002 年 5 月。
36. 楊雲驊，向左走？向右走？被告自請鑑定之證據能力-評最高法院 97 年度台上字第 1629 號、97 年度台上字第 1846 號、99 年度台上字第 2618 號判決，第六屆學術與實務之對話-辯護與傳聞-最高法院 99/100 刑事裁判評釋學術研討會，2011 年 5 月。
37. 楊雲驊，〈眾裡尋他千百度—最高法院對於刑事訴訟法第 159 條之 1 解釋之評析〉，台灣法學雜誌第 120 期，2009 年 1 月。
38. 賴芳玉，談專家證人，律師雜誌第 253 期，2000 年 10 月。

39. 顧立雄、許純琪，從美國法檢討我國傳聞法則之規定，法官協會雜誌第5卷第2期，2003年12月。
40. 錢世傑，論刑事證據上關於數位資料證據資格之檢討，月旦法學教室第143期，2007年4月。

(3) 學位論文/研究報告(含法條翻譯)

1. 朱帥俊，刑事證據法則對於電子證據適用之研究，國立交通大學管理學院碩士在職專班科技法律組碩士論文，2007年。
2. 林一德，電子數位資料於證據法上之研究，國立台灣大學碩士論文，2000年。
3. 陳韻如，參加美國證管會舉辦之國際證券執法與市場監視研討會報告，金融監督管理委員會證券期貨局，2014年2月10日。
4. 陳雪玉，論證人不自證己罪特權，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2007年7月。
5. 劉秋伶，數位證據之刑事證據調查程序，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2010年。
6. 楊朝鈞，行政調查可否適用不自證己罪原則-以稅務調查為例，國立高雄大學政治法律學系碩士論文，2015年6月。
7. 劉新耀，論鑑定人於刑事訴訟程序中之功能與地位，中國文化大學法學院法律學研究所，2010年6月。
8. 日本金融商品交易法(中譯本)，中華民國證券商業同業公會，2008年9月30日。
9. 金融投資服務暨資本市場整合法(通稱 韓國資本市場整合法)中譯本，2009年。
10. 我國資產管理發展與規劃方向，委託單位：金融研究發展基金管理委員會；研究單位：環宇法律事務所，2014年7月。

英文文獻

1. Adrew Lidbetter, Company investigations by the DTI, in John de Lacy(ed.), The reform of United Kingdom company law, 2002, Chapter 14.
2. DJ Harris, M O' Boyle, C Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights, 1995.
3. Giannelli, Paul C., The Admissibility of Laboratory Reports in Criminal Trials: The Reliability of Scientific Proof, 49 OHIO ST. L. J. 671, 1988.