

「天理昭彰，法理不彰」<sup>1</sup>

～評最高法院一〇一年度台上字第九〇〇號刑事判決

李佳玟（成功大學法律系）

## 一、前言

羅瑩雪：「（杜氏兄弟）殺了那麼多條人命，難道不算壞人嗎？而且案件都是經過那麼多次審查才判死刑的，過程都很審慎，「他們殺人的手段那麼殘忍，還替他們講話？」現在還有很多壞人逍遙法外，這對於社會上另一些主張正義、弱小的善良人士公平嗎？」

（綠委尤美女致電槍下留人 羅瑩雪強硬拒絕，風傳媒 05.03.2014）

→ 杜氏父子經歷六次更審，到定讞之前，一共經歷十五個審判程序，收到十五個判決。台灣法院在審理此案時真的如法務部長所說的非常審慎？案件真的是經過多次審查才判死刑的？定讞的死刑判決是否經得起法理的檢驗？

## 二、定讞判決之重要犯罪事實列表與證據對照

依據最高法院 101 台上 900 號判決，杜氏兄弟（父子）定罪判死的重要犯罪事實與證據如下：

事實的意義	重要犯罪事實（依據的證據）
1. 被害人死因。	被害人等五人均係遭水果刀類中型銳器砍切頸部出血休克致死。（法學鑑定書、佛山市公安局現場勘查筆錄）
2. 被害人應與兇手熟識，有多名兇手。	依命案現場及被害人陳屍情形，兇手應為熟人，且為三人以上。（大陸佛山市公安局所製現場勘查紀錄現場圖、現場照片、法醫學鑑定書、侯國利兒子侯賀仁證詞(住第一間房間)(台人)）
3. 被害人有鉅額財物損失。	葉明義房間內保險櫃被強劫人民幣二百四十七萬二千二百四十九元。（葉進丁證詞(工廠主人之一)(台人)、葉鏞誠

<sup>1</sup> 本文標題是受本案更六審（臺灣高等法院臺南分院刑事判決 98 年度重上更(六)字第 353 號）其中一段文字的啟發：「...或謂被告等既事先曾委託「付光選」購買「橡膠（或乳膠）手套」6 付作為犯案工具，則杜明雄若於作案時已戴上前述手套，何以猶會在置於命案現場之封口膠捲軸內側留下其右手食指指紋？似有疑竇等情。...上開短刀鞘上及封口膠捲軸內側封口處指紋，應係杜明雄在杜清水租屋處準備上開物品時不慎所留，蓋於自己租住處為工作方便而未始終戴著手套致在上開證物上留有指紋亦屬合理，正所謂天理昭彰、百密必有一疏，同時此亦與作案現場時被告等需帶橡膠手套以免留下指紋結果相吻合。」法院宣稱本案關鍵指紋的存在是因為天理昭彰，但法院認定證據的存在卻諷刺地違背刑事訴訟法的基本法理。

	證詞(寄放錢在葉處)(台人)、財物員劉英娟證詞(陸人))
4. 被告住處附近查獲對被告不利的物證。	大陸公安人員在杜清水租處附近查獲銀色旅行袋一只，內有刀鞘、手套及封口膠等物。(照片、現場勘驗筆錄)
5. 被告之一的指紋出現在犯罪現場。	大陸公安人員在命案現場所查獲之封口膠捲軸內側，驗出杜明雄右手食指指紋一枚，另在杜清水租處附近查獲之銀色旅行袋內其中一把短刀鞘外纏封口膠上，亦驗出杜明雄左手拇指指紋一枚。(現場遺留封口膠(勘驗筆錄、照片)、封口膠指紋檢驗報告書、1只銀色旅行袋，內裝有長40公分長刀鞘、長16.5公分短刀鞘各1支、錄影帶捲軸殘體、花色短褲1件、破裂封口膠3段與破碎乳膠手套碎片(勘驗筆錄、照片)、大陸勘驗筆錄、短刀鞘外纏封口膠指紋痕跡鑑定書、被告杜明雄證詞、鑑定證人翁景惠證詞)
6. 犯罪現場查獲對被告不利的物證。	葉明義嘴部封口膠一塊，與在杜清水租處附近查獲之銀色旅行袋內封口膠三塊其中一塊，經鑑定結果係同一條封口膠所分離。(被害人葉明義嘴部封口膠1塊(照片)、杜清水租屋處附近查獲1只銀色旅行袋內封口膠3塊中1塊(照片)、大陸痕跡鑑定書、台鑑定證人翁景惠證詞)
7. 證人指證曾載被告在案發前購買兇刀等作案工具。	上訴人等曾於案發前一日下午三時許，搭乘付光選之計程車至西瓜刀店購買西瓜刀一把，並曾委託付光選代為購買米黃色橡膠手套六付。(計程車司機付光選證詞(陸人))
8. 被告案發後有不明鉅款。	杜清水於案發當日上午搭機返回台灣前(即清晨)，匆忙將人民幣七十五萬元、七十萬元及十九萬元，分別交予伍建成、張文華及許中飛，除部分還債外，剩餘款項則委請伍建成等人代為匯回台灣，且其對上述款項之來源未能作具體之說明，顯違常理。(伍建成證詞(台人)、警衛溫祝華及蔡傳才證詞(台人)、伍慧純證詞(台人)、佛山市南海市公安局扣押物品清單、張文華證詞(台人)、張文華之妻唐植萍證詞(台人)、許中飛證詞(台人)、許中飛之妻黃貴美證詞(台人)、杜明志證詞(台人))
9. 被告所有之鉅款與被害人失款有類似特徵	杜清水交予伍建成、張文華、許中飛人民幣之網綁方式，與葉明義所有保險櫃內被強劫人民幣之網綁方式相同。(葉進丁證詞(工廠主人之一)(台人)、葉鏞誠證詞(寄放錢在葉處)(台人)、會計謝家鳳、陳碧儀證詞(陸人)(筆錄))
10. 被告與被害人熟識。	杜清水曾在聯窖五金化工廠居住二、三年，與該工廠內員工及保全員田學伍及伍遠寨均熟識，於該工廠夜間管制門戶時，可不經報備自由出入該工廠大門。(葉進丁證詞(台

	人)、葉來贈證詞(台人)、張耿榮證詞(台人)、侯賀仁證詞(台人)、命案現場照片、現場勘查筆錄卷)
11. 被告平日素行不良。	杜清水在大陸期間並無工作及收入，經常向當地台商索款或借款花用，且多未償還，當地多數台商對其風評不佳。(多位台商證詞、杜清水夜總會簽帳單影本(載於筆錄中))
12. 被告犯前行徑可疑。	上訴人等對於渠等何以在案發前短短數日竟二度密集前往大陸之目的與動機，均無法作合理解釋。(臺灣臺南地方法院檢察署 90 年度執字第 2784 號案卷影本)
13. 被告無可信不在場證明。	杜清水與上訴人等對於其等於案發前一日迄案發當日之行蹤，均未能充分說明，且彼此所供不一。
14. 被告案發後行徑可疑。	杜清水與上訴人等於案發當日未搭乘其等所預訂當日下午二時三十分之班機返回台灣，卻特別提早於上午六、七時許匆忙趕至白雲機場以補位方式趕搭當日上午八時二十分之早班機返台，復未能就其等迫切搭機返台之原因作合理之說明，顯有蹊蹺。
15. 被告測謊未通過。	上訴人等與杜清水經實施測謊結果，對於其等否認參與本件犯行之回答均呈不實反應。(測謊鑑定報告(台灣製作))

表格製作：李佳玟，協助：詹汶灝（成大刑法組研究生）

分析：上述十五項證據，以下列四項為建立杜氏父子與佛山命案之關連的核心證據。倘若核心證據因欠缺證據能力或證明力被排除，剩下十一項證據至多讓杜氏父子有洗錢或其他犯罪的嫌疑，尚不足以讓法院超越合理懷疑地定杜氏父子結夥強盜殺人的罪名。

- (4) 大陸公安人員在杜清水租處附近查獲銀色旅行袋一只，內有刀鞘、手套及封口膠等物。
- (5) 大陸公安人員在命案現場所查獲之封口膠捲軸內側，驗出杜明雄右手食指指紋一枚，另在杜清水租處附近查獲之銀色旅行袋內其中一把短刀鞘外纏封口膠上，亦驗出杜明雄左手拇指指紋一枚。
- (6) 葉明義嘴部封口膠一塊，與在杜清水租處附近查獲之銀色旅行袋內封口膠三塊其中一塊，經鑑定結果係同一條封口膠所分離。
- (7) 上訴人等曾於案發前一日下午三時許，搭乘付光選之計程車至西瓜刀店購買西瓜刀一把，並曾委託付光選代為購買米黃色橡膠手套六付。

### 三、證據能力

(一) 物證 (銀色旅行袋一只, 內有刀鞘、手套及封口膠等物)

最高法院：「... 偵查機關查扣犯罪證物後，若已將原物拍攝照片存證，或將該等證物送請相關專業機關檢驗明確，則該證物之照片及相關鑑驗通知書，應足以表徵該證物之同一性。則法院縱未於審判期日調取該證物 (即原物) 提示予當事人辨認，但已將該證物照片或相關鑑驗通知書提示予當事人並訊問其意見，則其提示該證物照片及鑑驗通知書之效用，與提示原物無異，其所踐行之調查證據程序尚難指為違法。另按現行刑事訴訟法採直接審理主義，依同法第一百六十四條第一項規定，相關犯罪之證物以「提示實物」為原則，亦即原則上法院調查物證時必須將實物顯現於審判庭，並使當事人、代理人、辯護人或輔佐人辨認，始得採為判決之基礎。惟此項「提示實物」原則僅於該證物之同一性發生爭議時，始有適用；若當事人對證物之同一性並無爭議，或僅對其取得程序或證明力有所爭執，則以其他替代實物之證據型態提示於審判庭，乃非法所不許。本件大陸地區公安機關所查扣之封口膠一卷、銀色旅行袋一只及其內以封口膠製作之長、短刀鞘各一付、錄影帶捲軸殘體、破裂封口膠三段及破碎乳膠手套碎片等證物，雖因兩岸分隔之政治現實，致未能向大陸地區公安機關調取上開證物 (實物)，以提示予上訴人等及其選任辯護人辨認。惟上開證物均經大陸地區公安機關拍照存證附卷，並由原審於審判期日將該等證物之照片提示供上訴人等及其選任辯護人辨認，而上訴人等及其選任辯護人對於該等證物照片與原物之同一性並無爭執，則上開證物照片亦應具有證據能力。...」

評論：

1. 法院在本案的作法乃是依循實務通說：以「該證物之照片及相關鑑驗通知書，應足以表徵該證物之同一性」為由，未在審判過程中進行實物提示，為我國實務通說，這種作法不只出現在境外犯罪或是跨境犯罪，不少境內案件也如此處理。在某些案件裡，我國法院甚至容許偵查機關在無特殊情況時不扣押證。在證物遺失的時候，鑑定報告也可取代實際物證，譬如邱和順案。
2. **實物提示的意義**：所謂證物提示，是指法院在審判過程中公開提示證物，使審判參與者可以在審判程序中藉由自己的五官知覺 (1) 確認犯罪證據的存在、(2) 觀察證據是否被掉包、變造或是錯置，以及 (3) 檢視證物是否存在提出者所宣稱的性質與內容。證物提示讓所有的審判參與者都可以觀察證物，因此審判程序中的證物提示可達到兩種目的，一為保障被告的防禦權，證據提示給予被告及其辯護人一定的能力與機會，依據刑事訴訟法第二百八十八條之一、之二的規定，去爭執對其不利之證據的真實性、證據能力與證明力。另一為貫徹直接審理主義，讓法官對於犯罪事實的心證，建立在審判中公開提示的原始證據之上，而不是承接他人 (通常是鑑定人) 的心證。證物於審判庭中公開提示，也讓判決因證據資料的公

開可有檢驗可能性。

3. **實物提示的例外**：除非（1）某一證據因其性質難以在審判庭中公開提示，譬如：（A）具有特殊危險性（例如爆裂物）、（B）調取時關於證物之保管存在高度風險（例如大量偽鈔或毒品）、（C）若要實物提示有難以克服的困難（例如物證體積巨大，物證會自然毀敗，或是犯罪現場的跡證證據難以實體移置，一定得拍照或用他物轉印），或是（D）基於正當理由已無實物提示的可能性（譬如：犯罪現場所採取的證物經過鑑識已被破壞），也除非（2）被告於證據調查前自認無爭執實益而自願放棄在審判中進行實物提示的權利，否則法院仍應該於審判中提示原始證物。
4. **本案之情況並不符合例外**：本案之物證包括「封口膠一卷、銀色旅行袋一只及其內以封口膠製作之長、短刀鞘各一付、錄影帶捲軸殘體、破裂封口膠三段及破碎乳膠手套碎片等證物」，性質上不具備特殊危險性，調取時也無保管上的高度風險，物證也無體積巨大、自然毀敗或跡證難以實體移置等問題，也不會因為鑑識而破壞。毫無疑問地，杜氏父子案的證物不符合實物提示的例外類型。
5. **「被告無爭執」的失權效果**？法院主張「被告無爭執」，以此合理化不實物提示的作法。本文認為，被告無爭執雖然從結果上緩和了法院作法的正當性問題，但卻不可能掩蓋了被告「根本不知道自己是有權當場辨識證物，也不知道自己有權提出異議」的情況。可追問的是，本案法院審判中是否告知被告有實物檢視的權利？倘若法院從來沒有問過，可以主張「被告無爭執」嗎？
6. **法院應利用司法互助協議要求證據**：姑且不論「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」簽訂之前，兩岸間個案的司法互助早就存在，該協議於 2009 年 4 月 26 日簽訂，本案更五審判決日期為 2009 年 7 月 21 日，更六審判決日期為 2011 年 8 月 25 日，兩個事實審法院為何不利用新簽訂的司法互助協議，要求中國提供本案相關物證？在無正當理由的情況下，檢察官本應該以照片與鑑定報告取代實物提示，法院若接受，不但侵害被告防禦權將，也違反直接審理原則。
7. **司法互助協議中欠缺證據驗真程序**：即便物證真的送來台灣，台灣的法院也必須確認證據的真實性，包括檢驗證據保管流程，意即進行證據驗真程序。驗真程序在刑事訴訟程序中相當重要，但由於台灣刑事訴訟法向來欠缺關於之驗真程序的規定，台灣與中國簽訂互惠性的《海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議》也欠缺這個部分的規定（對照台美簽訂的協議即可發現此部分的欠缺），台灣法院是否有能力確認中國證據蒐集與保管程序的合法性與可靠性是個大問題。
8. **法院不曾眼見為憑卻判死刑**：本案從二〇〇二年地院審判程序開始，不僅被告看不到物證，承審法官也沒人實際看過證據，台灣法院自始至終是單方面地接受中國所提供的照片與鑑定報告。換言之，證物是否真的存在，

沒有半個台灣的法官可以百分之百地確定。這樣的情況在一般的刑事案件就不能被接受，更何況這是一個死刑判決？法院如何可以在沒有親眼見到物證的存在，就斷人生死？法院在說天理昭彰的時候，可曾摸著良心？

9. **鑑定報告不應取代實物證據**：鑑定報告是否可信，取決於該報告是否可受重複檢證。當物證不存在時，這個重複可驗證性已經不存在，倘若物證滅失欠缺正當理由或特殊理由，該鑑定報告應被排除。對於法官而言，無法透過司法互助將物證送到台灣在審判庭上提示，並非可以鑑定報告與照片取代實際證物的正當理由。既然審判者從來也不可能百分之百肯定其真實性，也無法讓本地鑑識機關與被告重複檢驗，該證據以及其照片與鑑定報告都應該被一併排除。

參閱：

李佳玟，實物提示，原則或例外？，月旦裁判時報，2014年4月，頁86-95。  
李佳玟，逸失的勒贖錄音帶--評高院九八矚上重更(十一)第七號與最高法院一〇〇台上四一七七號刑事判決，月旦裁判時報，17期，2012年10月，頁59-71。

## (二) 鑑定報告

最高法院：「...另說明原判決附表所示現場勘查紀錄表三份、法醫學鑑定書一份、物證檢驗報告書二份與痕跡鑑定書三份等文書，係佛山市公安局就本件相關跡證所為勘查紀錄及鑑識報告；該等文件均係台灣台南地方法院依職權函請刑事警察局與大陸地區政府洽商，請其等交付本件相關證物，經刑事警察局與大陸地區政府洽商後，由刑事警察局鑑識科科長翁景惠於九十一年四月二十三日至二十四日至大陸澳門地區，由大陸廣東省公安廳刑偵局科長楊攻、廣東省公安局主檢法醫師劉偉民、痕檢工程師朱奕賢、廣東省公安局預審官莫布來等交付後攜帶返台等情，業據鑑定人翁景惠於第一審結證在卷，並有刑事警察局九十一年四月二十九日刑鑑字第100875號函一份在卷可參。故該等文書之取得程序，符合我國刑事訴訟法所規定正當程序取得證據之要求(當時兩岸尚未簽訂司法互助協議，無法透過正式司法互助程序取得大陸地區之證據資料)。而大陸地區公安機關法醫師之地位相當於我國檢察署之法醫師，同具公務員身分，其所製作之鑑定書，並無顯不可信之情況。且鑑定證人即當時任職刑事警察局法醫室主任石台平於第一審亦證稱：大陸地區公安機關之鑑定報告已達世界法醫學界之標準等語，上述鑑定資料復經其複鑑認定無訛，因認大陸公安機關所製作之法醫學鑑定書、物證檢驗報告書、痕跡鑑定書(同屬傳聞證據)，以及廣東省佛山市南海市(現已改制為南海區)公證處所製作之死亡公證書，均無顯不可信之情況，而應類推適用同法第一百五十九條之四第一款規定，認均具有證據能力。...」

評論：

1. 鑑定報告不應原則上具有證據能力，法院應傳喚實際從事鑑定的鑑定人到庭接受交互詰問，除非被告在知道自己權利的情況下，自願放棄詰問的權利。現行法律的規定（刑訴法 159I）以及實務的作法，嚴重侵害被告的防禦權，讓檢察官可以委任鑑定，但被告卻不可以委任鑑定，讓兩方武器不對等，傷害審判的公平性。
2. 刑事訴訟法第 159-4 不能用在為個案做成的文書上。
3. 鑑定報告的證據能力應個別認定，無法透過他國鑑定專家泛泛地證明一國的鑑識水準，來認定證據能力。若這個論證可以成立的話，那是不是先進國家（例如：美國）來的鑑定報告一律不須質疑？他國司法體制尚且不曾這樣信賴自家的鑑定報告，難不成送出國之後就成為「神之鑑定報告」？

參閱：

李佳玟，鑑定報告與傳聞例外，政大法學評論，第 101 期，2008 年 2 月，頁 193-254。

### （三）證人公安筆錄（證人付光選之公安筆錄）

最高法院：「...原判決並說明：海峽兩岸關係協會與財團法人海峽交流基金會（下稱海基會）於九十八年四月二十六日共同簽訂公布之「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」第三章「司法互助」第八點第一項關於「調查取證」規定：「雙方同意依己方規定相互協助調查取證，包括取得證言及陳述；提供書證、物證及視聽資料；確定關係人所在或確認其身分；勘驗、鑑定、檢查、訪視、調查；搜索及扣押等」。依此司法互助協議之精神，我方既可請求大陸地區公安機關協助調查取證，則被告以外之人於大陸地區公安機關調查（詢問）時所為之陳述，經載明於筆錄或書面紀錄，為傳聞證據之一種，在解釋上可類推適用刑事訴訟法第一百五十九條之二或同條之三等規定；而大陸地區公安機關所製作之紀錄文書或證明文書，應可適用同法第一百五十九條之四規定，以決定其證據能力。雅瑤派出所偵查員及大瀝分局刑警隊偵查人員詢問大陸地區人民付光選所製作之證言筆錄（即詢問筆錄、繼續盤查記錄），為被告以外之人在我國法院審判外之陳述，具有傳聞證據之性質；且其證言筆錄係大陸地區具有刑事偵查職權之公務員所製作（參照大陸地區刑事訴訟法第三條第一項規定：對刑事案件之偵查、拘留、執行逮捕、預審，由公安機關負責。第十八條第一項規定：刑事案件之偵查由公安機關進行……），並符合大陸地區刑事訴訟法相關規定（參照大陸地區刑事訴訟法第四十二條規定：證明案件真實情況的一切事實，都是證據。證據有下列七種：……（二）、證人證言。……以上證據必須經過查證屬實，才能作為定案的根據。第四十三條規定：審判人員、檢察人員、偵查人員必須依照法定程序，收集能夠證實犯罪嫌疑人、被告人有罪或者無罪、犯罪情節輕重的各種證據。嚴禁刑訊逼供和以威脅、引誘、欺騙以及其他非法的方法收集證據。第九十七條規

定：偵查人員詢問證人，可以到證人的所在單位或者住處進行，但是必須出示人民檢察院或者公安機關的證明文件。在必要的時候，也可以通知證人到人民檢察院或者公安機關提供證言。詢問證人應當個別進行。第九十八條規定：詢問證人，應當告知他應當如實地提供證據、證言和有意作偽證或者隱匿罪證要負的法律責任），且該筆錄復經受詢問人付光選親自書寫「以上筆錄我看過，和我講的一樣」或「以上講的全部真實，沒有一點隱瞞，如有一點隱瞞，願負全部責任」等文句，並簽名及書寫詢問日期於其上，每頁正下方均有其親自簽名及捺指印，堪認前述文書之取得程序具有合法性。且曾受大瀝分局或雅瑤派出所偵查人員詢問之台商伍建成、張文華、葉泰良、邱慶隆、馬大川等人，在本件偵審程序作證時均未供稱該分局偵查人員有以威脅、利誘、詐欺或其他非法方法對其等詢問之情形，因認付光選在雅瑤派出所偵查員詢問時所製作之筆錄，係於可信之特別情況下所製作，且為證明本件犯罪事實存否所必要。而原法院更三審先後於九十五年五月四日、同年十二月二十八日，及九十六年三月十四日囑託海基會送達傳票予付光選，期能傳喚其前來原審法院作證，以便接受檢察官、上訴人等及其選任辯護人之詰問，但均無法送達，有原法院更三審函請海基會代為送達證人付光選而退回之傳票三份，及海基會九十五年五月十日海隆（法）字第0950015319號、同年六月九日海隆（法）字第0950023178號、九十六年一月五日海隆（法）字第0960005565號、同年五月七日海隆（法）字第0960019821號、同年三月二十日海隆（法）字第09600089612號、同年六月四日海隆（法）字第0960024028號函各一份附卷足據，可見證人付光選現已所在不明而無從傳喚，則在解釋上，應可類推適用刑事訴訟法第一百五十九條之三第三款規定，而承認其證據能力。...」

「... 原判決另以上訴人等及其選任辯護人雖均請求傳喚大陸地區人民付光選到庭供其等對質詰問，然經原法院更三審三度囑託海基會送達傳票予付光選，均因所在不明而無法送達傳票或使其到庭。惟衡酌兩岸目前政治局勢，欲使付光選來台具結作證並接受對質詰問，確有現實上之困難。而兩岸雖已於九十八年四月二十六日共同簽訂「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」，我方固可依該協議請求對方相關人員協助調查取證，但付光選所在既屬不明，亦無從請求對方協助請該證人至原審接受詰問。則該證人在客觀上既存有無從傳喚到庭作證，以供檢察官、上訴人等及其選任辯護人對其詰問之現實困難，即難認原審有剝奪上訴人等及其選任辯護人對該證人之詰問權，而妨礙其等訴訟防禦權之情形。從而，原審審酌該證人於雅瑤派出所作成詢問筆錄之情況，核無違法取證或其他瑕疵，認為以之作為本件證據應屬適當，因認可適用刑事訴訟法第一百五十九條之三第三款規定，而承認其證據能力。...」

「... 此外，原判決對於大陸地區人民付光選在雅瑤派出所偵查員及大瀝分局刑警隊詢問時所製作之筆錄，何以具有證據能力，已詳敘其理由（業如前述）。上訴意旨等對此雖仍有爭執，然海峽兩岸關係協會與海基會於九十八年四月二十六日共同簽訂公布之「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」第三章「司法互

助」第八點第一項關於「調查取證」規定：「雙方同意依己方規定相互協助調查取證，包括取得證言及陳述；提供書證、物證及視聽資料；確定關係人所在或確認其身分；勘驗、鑑定、檢查、訪視、調查；搜索及扣押等」。依此互助協議之精神，我方既可請求大陸地區公安機關協助調查取證，以作為司法上之用途，即有承認大陸公安機關調查所取得之證據，可依我國法律承認其證據能力之意思。雖大陸地區公安機關偵查人員非屬我國司法警察或司法警察官，然其係大陸地區政府依法任命而具有偵查犯罪權限之公務員，依上述互助協議規定，復有協助我方調查取證之義務，則大陸地區公安機關之偵查人員依其職權或基於上述互助協議而為刑事上之調查取證，在地位與功能上實與我國司法警察或司法警察官依職權調查證據無異。且目前兩岸文化、經濟交流日漸頻繁，跨越兩岸之犯罪事件亦層出不窮（例如犯罪行為地、結果發生地或犯人所在地分別在兩岸），亟須兩岸合作共同打擊犯罪，以維護兩岸交流與人民安全。若大陸地區公安機關偵查人員依職權或依前述互助協議所調查之傳聞證據，或製作之證明文書及紀錄文書，僅因其不具我國司法警察或司法警察官之身分，而認不得適用刑事訴訟法第一百五十九條之二、之三或之四關於傳聞證據例外具有證據能力之規定，致妨礙事實之發現，而無法為公正之裁判，無異鼓勵犯罪，而危害兩岸交流與人民安全。故刑事訴訟法第一百五十九條之二、之三關於「司法警察官或司法警察」之規定，自有依時代演進及實際需求而為適當解釋之必要。從而，原判決理由謂被告以外之人於大陸地區公安機關偵查員調查時所為之陳述，經載明於筆錄或書面紀錄（屬傳聞證據），而為證明犯罪事實存否所必要者，認可類推適用刑事訴訟法第一百五十九條之二或同條之三之規定，以決定其證據能力，依上述說明，尚非全無見地。雅瑤派出所偵查員及大瀝分局刑警隊詢問大陸地區人民付光選所製作之詢問筆錄（包括繼續盤問記錄），為被告以外之人在我國法院審判外之陳述，具有傳聞證據之性質；但經原法院更三審先後多次囑託海基會送達傳票予付光選，但均無法送達，業如前述，可見付光選現已所在不明而無從傳喚。惟大陸地區已於西元一九七九年七月間，公布施行「中華人民共和國刑事訴訟法」，嗣於西元一九九六年又對上述刑事訴訟法作大幅度修正，其修正內涵兼顧打擊犯罪與保護人權，並重視實體法之貫徹與程序法之遵守，雖非完美無瑕，但對訴訟之公正性與人權保障方面已有明顯進步，故該地區之法治環境及刑事訴訟制度，已有可資信賴之水準。從而，原判決以雅瑤派出所偵查員及大瀝分局刑警隊人員係大陸地區具有刑事偵查權限之公務員，而其詢問大陸地區人民付光選所製作之筆錄，又符合大陸地區刑事訴訟法相關規定，該筆錄復經受詢問人付光選閱覽後親自簽名及捺指印確認無訛，堪認前述文書之取得程序具有合法性。...

「...且曾受上述大陸地區公安機關偵查員詢問之台商伍建成、張文華、葉泰良、邱慶隆、馬大川等人均未供稱大陸地區公安機關有以威脅、利誘、詐欺或其他非法方法對其等詢問之情形，因認付光選在雅瑤派出所偵查員及大瀝分局刑警隊詢問時所製作之筆錄，係於可信之特別情況下所製作，且為證明犯罪事實存否所必要，乃類推適用刑事訴訟法第一百五十九條之三第三款規定，而承認其證

據能力，尚難遽指為違法。此外，有部分學者認外國公務員所製作之文書（例如警詢筆錄），可審酌該項文書之性格（即種類與特性），暨彼邦政經文化是否已上軌道等情狀，以判斷其是否在可信之特別情況下所製作（亦即是否具備「特信性」），而適用刑事訴訟法第一百五十九條之四第三款規定，以決定其證據能力（參閱林永謀著「刑事訴訟法釋論」中冊，冠順印刷公司二〇一〇年十二月改訂版第一一二頁）。而依原判決上開論述，既認定上述大陸地區公安機關偵查員對付光選所製作之詢問筆錄，係在可信之特別情況下所製作；而上述公安機關偵查員又係大陸地區政府所依法任命具有偵查權限之公務人員，則其對付光選所製作之詢問筆錄（即文書），基於時代演進及事實需要，在解釋上亦應可類推適用同法第一百五十九條之四第三款規定，而承認其證據能力。故原判決雖僅援引同法第一百五十九條之三第三款規定，作為付光選上述詢問筆錄具有證據能力之依據；然依上述說明，不論依同法第一百五十九條之三第三款，或同條之四第三款規定，均可獲致相同之結論，自難指摘原判決採證違法。又原法院更三審已多次囑託海基會送達傳票予證人付光選，期能傳其到庭具結作證，並接受檢察官、上訴人等及其選任辯護人之詰問，惟均未能送達傳票，顯見付光選已所在不明而無從傳喚或拘提其到庭進行詰問程序，亦無法以視訊方式為遠距訊（詰）問，此係基於兩岸分治及現實上之困難所致，尚難謂原審有剝奪上訴人等及其選任辯護人對該證人之詰問權，而妨礙其等行使訴訟防禦權之情形。上訴意旨指摘原審剝奪其對該證人之詰問權，亦難認為有理由。...」

評論：

1. **類推適用傳聞例外違憲**：傳聞例外侵害被告憲法所保障的對質詰問權，故有法律保留原則的適用，因此傳聞例外禁止類推適用。但此一作法為實務所慣行，適用在境內犯罪、境外犯罪與跨境犯罪之上。境外犯罪的處理，幾乎都是用類推適用傳聞例外的方式，納入境外證言筆錄。
2. **法院並未確實審查傳聞證言的特信性要件**：即使不爭論類推適用傳聞例外的作法違憲，法院在本案顯然未曾確實審查筆錄製作過程有無符合傳聞例外所要求的特信性要件。在境內案件中，法院從來沒有因為台灣警察宣稱依法製作筆錄，以及證人簽名宣稱筆錄記載與本意相符，就認為傳聞證據具有特信性，最高法院顯然對於本國外國警詢筆錄的審查嚴格程度不一。
3. **法院並未注意本案特殊狀況**：最高法院並未解釋證人證詞前後不一的問題（對比第一審判決），也未注意證人公安筆錄並非在審判之前或之初就提出，而是審判中補送，這份證詞非常可能是在審判中時方才製作。
4. **證人屢傳不到令人疑惑**：台灣法院屢傳不到證人一事存在可疑之處。既然中國公安可以找到證人來製作筆錄，為何不能將證人送到台灣接受詰問與調查？在中國這個控制緊密的國家裡，除非證人已經自然死亡或被暗殺，哪裡會有中國公安找不到的人？
5. **中國刑事程序已達可信水準**？即便中國刑事訴訟法在文字上逐漸朝向人

權保障的方向前進，但一來中國刑事訴訟法對於人身自由的保障仍有問題<sup>2</sup>，二來中國至今依然時常傳出「偵查機關不照章行事，以刑求逼供或是濫權搜索或逮捕」等新聞<sup>3</sup>，甚至連中國學者都為文批評<sup>4</sup>，兩岸合作協議也沒有實質改善這個狀況<sup>5</sup>。在此情況下，台灣法院要使用中國所提供的證據，包括案件中若有刑求抗辯，都應該要更為謹慎。但本判決中，最高法院卻對中國刑事司法實務有比中國學者更高的信心。

6. **特信性文書之規定不得用在為個案製作的文書上：**159-4 三款均不得用在為個案製作的文書上。倘若依據 159-4 第三款，賦予該證人公安筆錄證據能力，將會產生外國警詢筆錄的價值高於本國警詢筆錄的結果。最高法院不允許本國製作過程可被監督的警詢筆錄依據刑事訴訟法第一五九條之四（不管是第一款或第三款）進入審判之內，卻讓那些「製作流程不明，我國法院難以確認筆錄製作是否任意且正確」的外國警詢筆錄藉此進入我國審判之中。簡單地說，法院最高法院的作法不僅對於被告不公平，也對我國的司法警察不公平。
7. **司法互助協議僅是制度性地協助偵查機關取證：**所謂司法互助協議，是指各國為了達成刑事追訴、審判與懲罰的目的，簽訂可相互為請求或為協助之具有國際法效力的文書。目前各國主要以簽署條約或協議的方式進行合作，好處是可確認互助之範圍、要件與程序。但司法互助並不以書面協議或條約為必要，亦可透過國際刑事規範，或國際組織（譬如：國際刑警組織），甚至在個案中為互惠保證聲明。像台灣這種國際處境困難的國家，至今簽訂的司法互助協議數量相當有限，不少司法互助是以個案的方式，

<sup>2</sup> 參閱孔傑榮、韓羽，〈陸欠缺刑事司法正義〉，中國時報（09/29/2011），a19 版；蘋果日報（03/15/2012），〈「祕密拘留」合法化〉，a21 版。

<sup>3</sup> 例如：自由時報（08/28/2011），〈中國軟禁異議份子 將可秘密偵訊〉，a06 版；自由時報（03/22/2012），〈中國倒行逆施 下令律師宣誓效忠共產黨 我民間司改會：更證明中國並非法治國家〉，02 版；中央社（09/01/2012），〈陸法院可禁辯護人出庭 遭譏〉。新頭殼（05/16/2014）〈六四前夕再抓人 律師唐荊陵遭刑拘〉，<http://newtalk.tw/news/2014/05/16/47371.html>。

<sup>4</sup> 參閱范振中（2012），〈兩岸司法互助取證新探（一）—從大陸地區佛山市台商遭殺害案之判決談起〉，《法務通訊》，2619 期，頁 3-5。（「...參照大陸地區具代表性學者的研究，渠等分別認「中國刑事訴訟制度在實施中面臨的根本問題、是刑事程序失靈的問題。」「所謂刑事程序的失靈，是指立法者所確立的法定程序在刑事司法活動中受到了規避和擱置，以致使刑事訴訟法的書面規定在不同程度上形同虛設。」；亦有提出「在一九九六年刑事訴訟法修改之後，中國刑事司法過程中暴露出來的諸多問題彰顯了現行的程序規制基本上被架空、被擱置、」、「現在看法，中國刑事司法的主要問題，可能已經不再是立法上能夠取得重大突破，而更在於那些法律中已經確立的程序規則能否在司法實踐中得到有效的實施」、「實踐操作面的問題是無法通過制度改革來解決的，而在司法尚無法完全獨立、程序尚未能實現自治的背景下，設計得再完美的制度也可能在實踐中『走樣』。」）

<sup>5</sup> 兩岸司法互助協議中第 12 條雖規定：「雙方同意及時通報對方人員被限制人身自由、非病死或可疑為非病死等重要訊息，並依己方規定為家屬探視提供便利。」但起碼在鍾鼎邦事件中，鍾鼎邦於二〇一二年六月十八日遭贛州市國家安全局以「協助調查法輪功」為理由拘禁，並且沒有律師陪同、無法與外界聯繫、家屬亦無從得知其所在，下落及處境不明。九天後方被指涉及「危害國家安全」、「公共安全罪」而遭監視住居。家屬及外界尚質疑鍾鼎邦遭到非法取供等問題。參閱：中廣新聞（07/10/2012），〈竹科經理大陸探視遭拘留 家屬籲政府伸援手〉。

透過法院發函、國際組織的協助，或是駐外單位的努力，取得他國司法或偵查機關調查獲得的證據。

8. **司法互助僅為協助取證，不代表法院就要接受此項證據**：不過，即便司法互助讓一國可以不侵犯他國主權的方式獲得他國境內的證據，包括囑託他國提供、囑託他國代為調查蒐證，或甚至是派員至他國，與他國偵查機關進行聯合調查，不代表請求國刑事訴訟法因此就有境外效力，或是所獲得的證據便可直接適用請求國的刑事訴訟法。從司法互助到證據可在我國司法審判程序中使用，必須視情況處理好幾個不同層次的法律問題，包括境外取證程序合法性的判斷、境外供述證據的驗真，以及境外陳述證據與傳聞法則。法院有義務確認司法互助取得之證據是否合法、真實，並以合乎程序正義的方式使用（包括保障被告防禦權以及實踐直接審理原則）。

參閱：

李佳玟，境外或跨境刑事案件中的境外證人供述證據：最高法院近十年來相關判決之評釋，臺大法學論叢，第 43 卷第 2 期，2014 年 6 月。

#### 四、證據證明力

##### （一）鑑定報告

「... 以上被害人等五人陳屍情形及所受傷勢，有佛山市公安局所製作之現場勘查筆錄、現場圖、法醫學鑑定書及案發現場照片附卷可稽，並經我國內政部警政署刑事警察局（下稱刑事警察局）法醫室主任石台平就上述資料複鑑認定無訛。...」

「且鑑定證人即刑事警察局鑑識科長翁景惠於第一審亦證稱：佛山市公安局上開痕跡鑑定書所用指紋鑑識方法（即三酮法），與我國警方鑑識所使用之方法與技術相同，其鑑識結論應可信任等語，是佛山市公安局前述指紋鑑識結果應堪採信。...」

「... 鑑定證人翁景惠於第一審亦表示認同該項鑑定方法（即顯微鏡觀察法），並證稱：「上述關於二塊封口膠係出於同一條封口膠所分離之鑑定結果，稱為『物證吻合』，於技術上具有高度可信度」等語，是上述痕跡鑑定書所示二塊封口膠係由同一條封口膠分離之鑑定結果，亦堪採信。...」

評論：

1. 鑑定報告的證據能力應個別認定。非實際從事鑑定的鑑識專家即便可以泛泛地認可某一種鑑識方法，但鑑於每項鑑定都潛藏著誠實與非誠實的錯誤，法院與被告無從透過詰問非實際從事鑑定的專家獲知這些錯誤，所以不可能用「詰問非實際從事鑑定的鑑識專家某個鑑識方法是否可行」來證

成特定鑑定報告的證明力。

2. 中國鑑定機關做出的鑑定報告是否存在配合公安修改結論的情況？

## (二) 證人公安筆錄

「...又上訴人等於案發前曾委託付光選購買橡膠手套六付，復於案發前一日下午三時許搭乘付光選之計程車前往大瀝市場購買西瓜刀一把，業據付光選於大瀝分局偵查員詢問時證述明確。而付光選與上訴人等及杜清水均無怨隙，應無故意偽證以誣陷杜清水與上訴人等之必要。且負責偵辦本案之大瀝分局偵查員與杜清水及上訴人等並不相識，尤無故意找付光選出面偽證而加以誣陷之可能，故付光選所述應堪採信。...」

評論：

1. 法院隱瞞或忽視證人曾經翻供的事實，法院也隱瞞或忽視證詞是在一審審判中才送進來的事實。
2. 證詞可信度牽涉證人的觀察、記憶、言語表達與誠信，誠信的確是影響證詞是否可信的一項因素。因此證人與被告是否存在嫌隙，或是警察與被告訴是否存在嫌隙，的確是法院判斷證言是否可採的重要因素。但誠信只是影響證詞可信度的其中一項因素，因此即便證人與被告或是警察與被告訴無嫌隙，不能就此推論證言必然可信。

## 五、結論

杜氏兄弟（父子）案疑點重重卻被法院定罪判死，固然與兩岸司法互助只求打擊犯罪，不重視正當程序有關，也固然跟速審法有關（程序延宕無法定讞，長期受羈押的被告將會被釋放）。但若非台灣法院長久以來便宜行事，不依據法律審查證據，以犯罪打擊者自居，輕視被告憲法權利，法院不會這麼輕易且自認「理直氣壯地」反駁杜氏兄弟（父子）與其辯護人對於證據的爭論。

在杜氏兄弟（父子）案裡，法院甚至採取更低的採證標準，只為了不讓犯罪者有可乘之機。降低標準的結果，是讓本案冤案的機會大幅增加。本應中立的法院正義感過剩，沒有堅守自己的角色，代價非常可能是三條無辜的人命。即便杜氏兄弟（父子）是否無辜難以確認，但無可否認的是，杜氏兄弟（父子）並不是在正當的程序下被定罪判死，杜氏父子三人受憲法所認可的權利在草率的程序下被剝奪，法院以為自己是在對被害人交代，但卻反倒可能製造冤案的被害人。

讓問題雪上加霜的是，在社運團體與學者注意到杜氏兄弟案，並對可能執行死刑的法務部提出警示時<sup>6</sup>，卻因為法務部長羅盈雪對於權力的傲慢，對於制度

<sup>6</sup> 苗博雅，兩岸黑箱協議—不只影響你的生計，更會影響你的性命，2014年4月3日，廢死聯

的無知，以及自稱佛教徒卻對生命表現出草率輕賤的態度，斷送司法在錯誤無可挽回之前糾正自己錯誤的機會。

「逝者已矣」，不是杜氏兄弟（父子）案不被檢討的理由，司法院應主動將本案送評鑑。「來者可追」，犯了錯的司法體系與政府不能期待人民遺忘，利用人民的健忘，最高法院應徹底檢討並修正慣常的錯誤見解，各級法院應以判決（裁定不符合程序的證據應被排除）逼迫立法者修訂相關的程序法則，並逼迫政府檢討與中國的司法互助。政府至少應仿照台美司法互助協議，給予被告足夠的程序保障。上述作法不能彌補杜氏父子的生命，但起碼這個體系不會製造更多的杜氏父子。