

促成性交易罪及補強法則之適用範圍

一評臺灣高等法院 104 年度上訴字第 1553 號 判決

薛智仁*

目次

壹、判決內容及其問題

一、判決內容

二、問題提出

貳、促成性交易罪之適用範圍

一、實務概況

二、限縮適用之必要性

三、保護法益導向之限縮適用標準

四、小結

參、超法規補強法則之適用範圍

一、補強法則之司法續造

投稿日期：105 年 10 月 05 日；接受刊登日期：105 年 12 月 19 日。

* 臺灣大學法律學系副教授，德國杜賓根大學法學博士。本文初稿曾於 2016 年 9 月 23 日及 30 日，發表於臺灣高等法院主辦之「105 年度實務與學術對話系列活動：臺灣高等法院及所屬法院刑事類具參考價值裁判評析」研討會。筆者特別感謝石木欽院長的邀請，與談人許辰舟法官的評論、與會的張永宏法官及錢建榮法官的提問，使我有機會補充相關的論理。匿名審查人提供的寶貴意見，也增加本文的可讀性，在此謹致謝忱。

二、自白補強法則之理論基礎

三、超法規補強法則之正當性

四、警察證言之補強必要性？

肆、結論

關鍵字：促成性交易罪、性交易、善良風俗、國民健康、性工作者之自由、
自白補強法則、超法規補強法則、司法警察、刑事訴訟法之類推
適用

中原財經法學

壹、判決內容及其問題

一、判決內容

被告甲係設址桃園之「越世界養生館」負責人，涉嫌容留女子提供客人半套性服務，每次收費新台幣 1000 元，由店內小姐取得 600 元，餘歸店家，經檢察官起訴違犯媒介、容留女子與他人猥褻罪（刑法第 231 條第 1 項前段）（下文稱為「促成性交易罪」）。起訴事實是民國 103 年 8 月 14 日晚間，員警林榮貴喬裝男客進入養生館，當時被告不在現場，由 6 號小姐阮美玲引領進入包廂進行按摩，並從事半套性服務。桃園地方法院因為罪證不足判決被告無罪¹，檢察官提起上訴，臺灣高等法院維持原審判決，駁回上訴²。本判決提出二個法律見解作為裁判基礎：

首先，本判決認為促成性交易罪存在「內部關係」與「外部關係」：前者係指在行為人與其所引誘、容留或媒介之人之間，有引誘、容留或媒介行為；後者係指在行為人與性交易之男客之間，以內部關係為手段，達到外部關係獲得財產上利益之目的，但祇以營利意思對外表示為已足，不以果已獲利為必要。至於內部人員如何分配外部獲利，

¹ 桃園地方法院 104 年度訴字第 165 號刑事判決。

² 本判決經選為 104 年度台灣高等法院暨所屬法院具參考價值裁判。相較於最高法院的判決受到學說與實務的重視，高等法院及地方法院的判決除了少數社會矚目案件之外，通常不在學術界的研究範圍內。不過，由於高等法院是不得上訴第三審案件之終審法院，其所表達之法律見解重要性未必亞於最高法院之見解，從增進實務與學術交流的意旨來說，學術界未來亦值得深化對於高等法院裁判之研究。

均不影響犯罪成立。上述內部關係與外部關係，均賴檢察官以積極證據舉證證明之。

其次，本判決指出，刑事訴訟法第 156 條第 2 項僅規定被告或共犯之自白應有補強證據，但是判例承認被害人、告訴人及幼童之證言亦應適用補強法則，乃以上開各類供述證據，具相當虛偽危險性，即便施以預防規則之具結、交互詰問與對質，其真實性之擔保仍有未足，以濟成文法之不足。由於司法警察（官）為偵查輔助機關，其職能及任務俱以追訴犯罪為目的，若是就偵辦犯罪過程知悉或經驗之事項為證人，與被告或犯罪嫌疑人在程序上之利害對立，基於告訴人之證述適用補強法則之同一法理，對於司法警察（官）為重要證人之案件，亦應適用補強法則，限制其證據價值。尤其在以誘捕偵查手段蒐證的案件，需要以補強證據證明蒐證經過，始能確定誘捕偵查之合法性及蒐證所得證據之證據能力。

基於上述，本判決認為檢察官之舉證無法證明「內部關係」存在。證人阮美玲坦誠為林榮貴按摩，但是否認有脫掉林榮貴的內褲及按摩其生殖器，未指證被告授意、媒介或容留其與男客性交易；被告辯稱其不允許店內服務人員從事性交易，亦不知阮美玲是否為林榮貴從事半套性服務。證人林榮貴固然分別在職務報告書、偵訊及原審時證述，阮美玲向其表明或準備從事半套性服務，但是對於表明性交易的時點及代價，先後證詞互相齟齬。林榮貴聲稱有密錄器之錄音內容可佐證查緝經過，卻先後以未錄得詳細對話內容及儲存錄音檔之電腦損壞為由，始終未提出。而根據查緝現場拍攝之照片，房間門係屬布幔、無法由內部上鎖，房間內擺設、物品，亦無任何不尋常足以證明「越世界養生館」係經營色情按摩行業。因此，林榮貴之單方指證證明力薄

弱，又缺乏補強證據，無法認定阮美玲有為其按摩生殖器，亦無從推測被告有媒介容留行為。

二、問題提出

本案承審法官認為僅憑誘捕偵查之警員片面指證，無法認定被告有引誘、容留或媒介性交易，不僅顯示其於證據評價上謹守無罪推定原則，而且亦在判決理由清楚交代證據評價的理由，就其事實認定本文謹表贊同。

本案值得注意之處，主要在於其延續最高法院立場的兩個法律見解，對於色情業者的刑事追訴實務，具有通案性的意義。第一個問題涉及促成性交易罪（刑法第 231 條第 1 項）的適用範圍。此一規定的立法正當性一直備受爭議³，其構成要件文字也相當寬鬆，足以涵蓋各種促成他人性行為的行為模式。因此，本判決延續最高法院之「內部關係」與「外部關係」區分，能否作為合理限制本罪適用範圍的標準，值得關注（本文貳）。第二個問題涉及司法警察作證是否適用補強法則的問題。由於性交易目前仍是違法行為，色情行業通常有高度隱密性與細緻的組織分工，以避免警方的查緝。為了偵查促成性交易的犯罪嫌疑，警方經常利用誘捕偵查的手段，由警察假冒顧客（並秘密錄音）進行查緝，在確認有性交易之事實後表明身分。儘管此種誘捕偵查通

³ 黃榮堅，刑法妨害風化罪章增修評論，月旦法學雜誌，第五十一期，頁 82-85（1999）；張天一，引誘媒介性交或猥褻罪之問題檢討－以性交易行為之可罰性為中心，軍法專刊，第四十七卷第七期，頁 33-37（2001）；吳耀宗，「火車性愛趴事件」與刑法誘媒性交猥褻罪，月旦法學雜誌，第二〇六期，頁 203-206（2012）。

常屬於「機會提供型」而被認為是合法的偵查手段，取得之證據有證據能力⁴，但是業者通常抗辯其不知有性交易、已經明白禁止員工提供性交易，或者否認從中獲利之事實。因此，誘捕警員的證詞在什麼條件下才足以認定犯罪事實存在，成為定罪的關鍵。本判決將超法規補強法則擴大適用於（誘捕偵查之）司法警察之證言，提高定罪的難度，對於經常運用誘捕偵查的案件，例如促成性交易罪及毒品犯罪，具有重要性（本文參）。因此，本文將對上述二個法律見解，提出初步的評論。

貳、促成性交易罪之適用範圍

一、實務概況

刑法第 231 條第 1 項前段規定：「意圖使男女與他人為性交或猥褻之行為，而引誘、容留或媒介以營利者，處五年以下有期徒刑，得併科十萬元以下罰金」，本罪並非處罰性行為的雙方，而是處罰性行為以外之第三方，其理由在於「造成色情氾濫，社會風氣敗壞」⁵。除依

⁴ 實務之向來見解，參考最高法院 103 年度台上字第 4304 號刑事判決。學說檢討，參考林鈺雄，刑事訴訟法（上冊）—總論編，頁 453-456，自版，七版（2013）；黃朝義，刑事訴訟法，頁 320-326，新學林出版股份有限公司，四版（2014）。

⁵ 1999 年修正本罪之立法理由：「由於妨害風化犯罪樣態多元化，應召站主持人、掮客、保鑣等媒介嫖客與賣淫者於非特定場合為性交或為猥褻行為，造成色情氾濫，社會風氣敗壞，加上色情行業利潤豐厚，以詐術使人行之者，亦常見，故增列『媒介』及施用『詐術』行為之處罰」。至於詐術行為有無存在意義，令人懷疑。詳細分析，吳耀宗，前揭註 3，頁 212-213。

據直轄市或各縣市自治條例經營性交易場所者外（社會秩序維護法第91條之1第3項），從構成要件文義來看，第三人意圖使他人為性行為，完成引誘、容留或媒介的行為「以營利」者，不問他人是否實際完成性行為，即可成立本罪⁶。至於「以營利」的意義係相當於「意圖營利」，抑或係指有「獲利結果」，獲利的來源是提供性服務之人或接受性服務之人，則無法從文義本身確定⁷。

最高法院在2012年的一則判決嘗試將「以營利」要素的內涵具體化。其認為「細繹本罪相關人員，計有三方，而自行為人角度，觀察其和另二方之關連性，則有內部與外部關係二種，亦即行為人與其所引誘、容留、媒介之人（包括男性及女性）間，存在一內部關係，重點在於行為人具有引誘、容留、媒介之作為；而行為人和性交易之顧客間，則構成一外部關係，重點在於營利，且係藉上揭內部關係作為手段，以達到外部關係獲得財產上利益之目的，但祇以營利意思對外為表示已足，不以果已獲利為必要。至於上揭內部人員之間，就外部之獲利如何分配，無論方式、名目、多寡、有無、直接、間接，均於行為人之犯罪成立，不生影響」⁸。質言之，「以營利」要素的意義相當於「營利意圖」之客觀化⁹，而且必須是以引誘、容留或媒介提供性

⁶ 最高法院98年度台上字第862號刑事判決。

⁷ 黃榮堅，前揭註3，頁83-84；張天一，前揭註3，頁37；吳耀宗，前揭註3，頁215-216。

⁸ 最高法院101年度台上字第885號刑事判決。

⁹ 甘添貴，刑法各論（下），頁283，三民書局股份有限公司，修訂四版（2016）；陳子平，刑法各論（下），頁412，元照出版有限公司，二版（2016）亦同。不過，也有理解為「營利意圖」者，外觀上不必表現其營利意思，如最高法院98年度台上字第862號刑事判決；林山田，刑法各罪論（下冊），頁475，自版，修訂五版（2006）。

服務之人為獲利方法，達成從接受性服務之人獲利之目的。在該案件裡，行為人經營小吃店，向顧客收取「餐費」及「飲料費」，由店內服務小姐向顧客提供性服務。最高法院認為，即使行為人抗辯係由服務小姐獨得「坐檯費」，其仍係藉由容留行為而從顧客獲利，故符合在外部關係獲利的要件，成立本罪。

此一最高法院判決之見解廣泛受到下級審法院引用。典型的案件是，行為人係經營應召站、養生館或理髮廳，雇用服務小姐提供性服務，親自向客人介紹消費方式¹⁰，或者提供場所給他人性交，直接從每次性交易的費用中抽取一定比例的利潤¹¹。另外有不少的案件，行為人並非色情業者，而是受雇於養生館或應召站，負責介紹消費方式及引領客人¹²、載送服務小姐至指定地點從事性交（俗稱馬伕）¹³，或是與他人共同經營應召站，負責承租房屋、提供手機聯絡顧客¹⁴等。此時，只要證明行為人知悉他人從事性交，即使並非直接從每次性交易的費用抽成，仍然可以基於與色情業者有共同正犯之關係，亦肯定其有營利意圖。相對地，在單純知悉他人從事性交，又無從證明與色情業者有共同正犯關係時，通常就否定其營利意圖。例如，計程車司機搭載服務小姐至特定地點從事性交，並收取計第三個問題是，程車車資，僅屬於其與服務小姐之間的行為，不成立本罪¹⁵。出租房間

¹⁰ 台灣高等法院 101 年度上訴字第 1110 號刑事判決。

¹¹ 台灣高等法院 102 年度上訴字第 2925 號刑事判決、103 年度上訴字第 1261 號刑事判決。

¹² 台灣高等法院 102 年度上訴字第 3177 號刑事判決。

¹³ 台灣高等法院 104 年度上訴字第 1149 號刑事判決、104 年度上訴字第 2706 號刑事判決、104 年度上訴字第 3005 號刑事判決。

¹⁴ 台灣高等法院 104 年度上訴字第 1283 號刑事判決。

¹⁵ 台灣高等法院 105 年度上訴字第 1378 號刑事判決。不過事實上，單純載

給他人從事性交易，若是收取之租金或清潔費用不因房客從事性交易而增加，則租金或清潔費用與促成性交易之間欠缺對價關係，亦不合本罪之構成要件¹⁶。不過，若是服務小姐對行為人積欠借款，行為人為其租屋並出資墊付開設「按摩工作室」之各項費用，使其從事性交易賺取收入償還借款之本金與利息，亦符合外部關係之營利意圖¹⁷。

整體而言，此種「外部關係」的意義似乎是，其所追求之財產利益係依據「接受性服務之人→提供性服務之人→促成性交易之行為人」的次序流動，不過在判斷財產利益是否依此次序流動時，重點在於行為人的獲利實質上源自接受性服務之人。除了典型的向提供性服務之人按次抽成之外，也包括直接從接受性服務之人取得「餐費」或「飲料費」，或是從提供性服務之人取得「清償借款本金或利息」或「因性交易而增加之租金」在內。

二、限縮適用之必要性

由實務適用概況可知，本罪的適用範圍比起法條文義容許的範圍更窄。一方面，在性行為的雙方之間，實務固然謹守文義的要求，不以其彼此已經完成性行為為必要，但是似乎默示地要求雙方存在性交易關係，也就是至少已有要求或期約以金錢或其他財產利益作為性行為對價的關係存在。因此，如果行為人只是促使雙方從事無性交易性質的性行為，例如婚友社媒介他人締結婚姻，儘管也可能符合犯罪構

客的行為應該自始不符合引誘、容留或媒介行為，似乎不必再論及其獲利是源自所謂內部或外部關係。

¹⁶ 台灣高等法院 105 年度上訴字第 1442 號刑事判決。

¹⁷ 台灣高等法院 103 年度上訴字第 2841 號刑事判決。

成要件文義，卻自始不在本罪之適用範圍內。另一方面，對於行為人的營利意圖對象，最高法院亦透過所謂「外部關係」的概念，限定在行為人係意圖從接受性服務之人獲利，而不是如法條文義一般不拘獲利來源。因此，在諸如前述單純出租房屋給提供性服務之人的情形，儘管行為人一樣透過容留行為而獲利，依然不適用本罪。

雖然最高法院從未明言，為何對於本罪進行如此的限縮解釋，不過我們不難推知其背後的理由。基於憲法對個人性自主決定權之保障，原則上法律容許出於自主決定之性行為，不論該性行為是否被社會道德所接受。因此，僅在保全重要公共利益的必要範圍內，法律才會禁止特定的合意性行為，並且依情形課予刑罰或罰鍰的法律效果。例如，為了保護未成年人之身心健全發展而禁止與未成年人性交或猥褻（刑法第 227 條），為了確保婚姻制度之存續與圓滿而禁止有配偶之人通姦（刑法第 239 條；司法院釋字【以下簡稱釋字】第 554 號解釋），為了維護國民健康與善良風俗而禁止從事性交易（社會秩序維護法第 80 條；釋字第 666 號解釋）。姑且不論上述各種禁止規定的理由是否充分，至少可以確定的是，如果我們完全根據法條文義來適用本罪，其適用結果將會造成明顯的評價矛盾。例如，如果將本罪適用在單純促成他人從事「非性交易」的性行為上，將會無法解釋為何一方面法律容許從事合意性行為（例如婚姻中的性行為），另一方面法律卻禁止促成他人從事合法的合意性行為（例如介紹他人結婚）¹⁸。除此之外，如果將本罪適用於所有促成他人從事「違法性交易」的行為，由於違法性交易本身並不構成犯罪，也將無法解釋為何一方面法律僅對於違法性交易科以罰鍰，卻對促成違法性交易的行為科以 5 年以上有期徒刑

¹⁸ 相同見解，吳耀宗，前揭註 3，頁 210-211。

刑¹⁹，而不是僅基於故意共同實施違法性交易而課以罰鍰（參照行政罰法第 14 條）。據此，實務將本罪限縮適用於促成他人性交易，並且營利意圖之對象限於接受性服務之人，在一定程度上具有避免評價矛盾的效果。

本罪有限縮解釋的必要性，但是最高法院所採取的限縮標準有無正當性，則是取決於本罪之立法目的。我們可以確定，在尊重個人性自主決定權的基本立場上，立法者的一貫態度是禁止性交易，對於從事性交易之人僅課予罰鍰，對於促成性交易之人則依本罪課予刑罰。比較值得思考的是，為何最高法院認為，行為人之營利意圖對象必須限定於接受性服務之人，也就是以內部關係為手段達成外部關係的獲利？對此，最高法院並未加以解釋，有必要依據本罪之保護法益進一步分析。

三、保護法益導向之限縮適用標準

（一）維護善良風俗與國民健康

一個最直觀的看法是，立法者禁止促成性交易的理由，與其禁止性交易的理由一致。關於禁止性交易的理由，在學說與實務上見解不一。有認為任何婚姻外的性行為均違反性道德，故性交易係基於違反性道德而被禁止；有認為性交易看似出於性工作者之自主決定，實則

¹⁹ 質疑這是「規範結構上的矛盾」，黃榮堅，對於性交易的刑法觀點－兼評大法官釋字第 623 號解釋，政治與社會哲學評論，第二十三期，頁 189-190（2007）。類似質疑，盧映潔，刑法分則新論，頁 418，新學林出版股份有限公司，修訂十一版（2016）。

是在父權、社會與經濟壓迫下出賣自我人格的行為，應基於其違反人性尊嚴而被禁止；釋字第 666 號解釋則是認為，性交易行為係基於其違反善良風俗及妨害國民健康而被禁止。我們在此不必深入分析上述禁止理由的妥適性²⁰，而是只要確認，從禁止性交易的理由來看，促成性交易行為的禁止理由，就在於（間接）造成違反性道德、侵害人性尊嚴、違反善良風俗或妨害國民健康的後果。問題是，此一觀點可否合理化最高法院及學說提出的限縮標準？

1. 源自外部關係之獲利？

我們首先來檢討，最高法院之「源自外部關係之獲利」標準，是否符合禁止性交易之立法意旨。此一限縮標準係以「營利意圖」要素為基礎，不過，禁止性交易的理由自始就不易解釋，為何促成性交易罪之成立係以營利意圖為前提。不論禁止性交易的理由為何，只要確定在性行為雙方存在性交易關係，促成性交易的行為就會造成法益侵害，至於行為人本身是否出於營利意圖，照理來說都不重要。一個出於同情而免費提供房屋給性工作者從事性交易的人，即使沒有從中獲得任何財產利益，一樣是間接導致違法性交易的行為，所造成的法益侵害種類及程度，與性交易本身完全相同。在禁止性交易的觀點下，立法者不將非基於營利意圖的促成性交易行為入罪化，而是僅將基於

²⁰ 刑法學界對於各種禁止性交易理由之檢討，詳見張天一，前揭註 3，頁 35；黃榮堅，前揭註，頁 193-203；黃榮堅，性交易與刑法上妨害性自主概念關係之研究，收錄於自由、責任、法—蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，頁 308-316，元照出版有限公司（2005）；盧映潔、沈迦瑩，娼妓問題之除罪化探討—兼評大法官會議釋字第 666 號，台灣法學雜誌，公法特刊期，頁 75-80（2010）；許恒達，善良風俗、國民健康與促成性交易的刑事責任—以釋字第 666 號解釋為反思契機，月旦法學雜誌，第一八六期，頁 25-32（2010）。

營利意圖之促成性交易行為入罪化，此一差別待遇必須有合理的解釋。此一可能的解釋是，基於營利意圖的促成性交易行為，通常具有反覆實施的性質，或者至少有反覆實施的潛力，隨著性交易的次數增加，其違反性道德、侵害人性尊嚴、違反善良風俗或妨害國民健康的程度也就大幅提升。然而，此一解釋其實也有商榷餘地。事實上，在一個追逐金錢的社會裡，營利意圖或許是一個促成反覆實施的主要動機，但是營利意圖的存在本身，並不擔保行為人已經反覆實施促成性交易的行為，即使已經有反覆多次促成性交易的行為，理論上也可以就其多次共同實施違法性交易分別科以罰鍰（行政罰法第 25 條）。立法者一概將基於營利意圖之促成性交易入罪化，並且適用 5 年以下有期徒刑的刑罰，反而是忽視處罰的個案正義。

退一步來說，即使立法者有權假定，出於營利意圖之促成行為必定具有反覆實施的性質，並且其法益侵害程度已具有應刑罰性，最高法院將營利意圖之對象限定在接受性服務之人，卻排除提供性服務之人，是合乎立法意旨的限縮解釋嗎？答案很可能是否定的。因為，假如行為人反覆促成性交易是出於經濟誘因，那麼此一誘因的強弱應該是取決於潛在獲利的可能性及穩定性，至於獲利的來源究竟是接受性服務之人，抑或是提供性服務之人，其實並不重要。以提供房間給他人從事性交易的人為例，在獲利的額度一致且來源穩定的前提下，他（她）是直接向接受性服務之人收費（不論名目為何），是向提供性服務之人按次抽成或是不計性交易次數地按月收取租金，甚至是向性交易關係之外的第三人收取租金，都不會改變其反覆促成性交易的經濟誘因。至今我們欠缺根據去推論，對於促成性交易的人來說，相對於內部關係作為獲利來源，外部關係作為獲利來源的經濟誘因會更大，

以致於其法益侵害程度更高，值得給予較嚴重的處罰。因此，最高法院限定營利意圖之對象必須是接受性服務之人，無法基於禁止性交易的理由取得正當性。

2. 促成行為之國民健康危險性？

有學說一樣根據禁止性交易的理由對本罪限縮解釋，不過並非限定行為人之獲利來源，而是將本罪保護法益界定為國民的性健康，促成行為必須具有影響國民性健康的危險性，始可成立本罪。依此，行為人促成之「性交或猥褻」必須是無安全措施，且足以認定有傳染性病可能的性接觸行為，而且性交易之雙方已經完成性交或猥褻行為及給付價金，始成立促成性交易既遂罪²¹。此一適用建議有其理論一貫性，但是存在其他不易克服的解釋問題。

首先，此說在行為人真正促成他人完成性交易（性行為與價金）時才論以既遂，明白牴觸性交或猥褻行為僅構成意圖內容的法條文義，即使「以營利」有解釋成客觀構成要件要素的空間，以成功獲利作為保護國民性健康的前提，卻是過度限制立法目的之達成²²。其次，即使行為人促成有傳染性病危險的性行為，5 年以下有期徒刑的法律效果似乎也與其不法程度失衡。一方面，在促成行為僅造成個別接受性服

²¹ 許恒達，前揭註，頁 35-37（強調此為不得已之解釋方案）。

²² 值得比較的是，吳耀宗，前揭註 3，頁 214-215 基於法律已容許設置性交易專區，為避免刑法過度提前介入，亦建議將「使人性交易」解釋為客觀要件。其同時認為，儘管這明顯違背構成要件的内容，但是不牴觸罪刑法定原則。本文認為，法律容許設置性交易專區，只是排除促成合法性交易的可罰性，卻不當導致「使人違法性交易」就成為客觀要件，依據法條文義維持其主觀要件的性質，並不會導致處罰促成合法性交易的後果。所以，將「使人性交易」客觀化，雖然有助於限縮本罪之適用範圍，卻也不是必要的限縮方法。

務之人的健康危險時，應依本罪處 5 年以下有期徒刑，但是在其實際造成傳染性病的傷害結果時，依據傳染花柳病罪（刑法第 285 條）僅處 1 年以下有期徒刑，依據故意傷害罪（刑法第 277 條第 1 項）僅處 3 年以下有期徒刑，依據過失致傷罪（刑法第 284 條第 1 項）亦僅處 6 月以下有期徒刑。我們無法解釋，行為人在僅造成傳染性病的「危險」時，必須承擔比造成「實害」時更重的刑罰。另一方面，在促成行為造成不特定多數人的健康危險時，此一危險通常是伴隨於未採取安全措施而從事性行為的抽象危險，危險性遠低於醉態駕駛（刑法第 185 條之 3 第 1 項）或至多等於販賣妨害衛生之飲食物品（刑法第 191 條），相較於後二者，本罪的法定刑也是顯得不成比例。最後，若是促成他人性交易係基於對國民性健康的危險性而成立犯罪，那麼提供性服務之人也應該基於相同理由而成立犯罪才對，既然二者同樣造成國民性健康的危險性，前者之責任係 5 年以下有期徒刑，後者之責任卻是 3 萬元以下罰鍰，似乎構成欠缺充分理由的差別待遇²³。

²³ 從憲法的角度來說，此一觀察的意義是，刑法以禁止促成性交易的方式追求保護國民健康之目的，很可能構成對於一般行為自由與職業自由違反比例原則之限制。一方面，性交易的傳染性病危險，主要來自於危險的性行為方式而不是性行為本身，若是透過對於性交易產業進行行政管制，包括對於經營性產業之事前許可，對性工作者定期進行身體檢查，強制採取安全措施等，皆是對於一般行為自由或職業自由的更小限制，一概禁止促成性交易缺乏必要性。另一方面，即使禁止促成性交易係保護國民健康之必要手段，有鑒於立法者在社會秩序維護法及刑法相關規定的價值權衡結果，其於本罪所附加之法律效果也可能逾越衡平性（或罪刑相當原則）。

（二）維護性工作者之自由

1. 性工作者之弱勢處境

另一個可能的想法是，立法者禁止性交易，但是對於從事性交易之人與促成性交易之人給予差距很大的法律效果，背後係出於不同的禁止理由。如果我們接受，法律的功能不在保護特定的道德標準，而且肯認從事性交易之人並不因為結構壓迫而在法律上一概欠缺自主能力，那麼社會秩序維護法對於從事性交易之人的處罰理由，至多在於其含有散佈性病而影響國民健康的危險性。既然立法者認為，從事性交易之人對於國民健康的危險性沒有入罪化的必要性，那麼單純促成他人性交易的行為，不會只因為造成國民健康的危險性而值得被人罪化，而是顯然出於其他更重要的利益考量。

加重處罰促成性交易的行為，可能的具體理由在於其剝削性工作者，摧毀其人身與經濟自由²⁴。性工作者的型態不一而足，有些享有高收入與高自由，其工作條件甚至比通常的勞動者更優越，性交易有如一個自我解放之人的自我實現，但是也有不少性工作者或多或少處於被壓迫的狀態，處境比通常的勞動者更惡劣。這些性工作者不少是來自破碎的家庭或曾經遭受凌虐，因為缺乏自我價值感、教育不足或有毒癮等，受到快速賺錢的誘惑而落入色情業者手中，遭受強暴或脅迫手段的監控與剝削。這些性工作者不僅因為與各種尋芳客接觸而容易遭受性暴力，其從事性交易的環境也是龍蛇雜處，缺乏與外界社會正常的接觸，容易成為暴力或財產犯罪的被害人；同時可能因為色情

²⁴ 參考黃榮堅，前揭註 3，頁 85；許恒達，前揭註 20，頁 35；王皇玉，臺灣對性交易行為的管制與處罰，台灣法學雜誌，公法特刊期，頁 8（2010）。

業者為了盡量在短時間內有最大獲利，承受惡劣的工作條件，地位越弱勢者越難以反抗²⁵。面對這些威脅，性工作者也無法光明正大地尋求國家公權力介入，否則將會暴露違法從事性交易的事實。在此背景下，即使這些性工作者並非因為具體的強制手段而從事性交易，卻容易陷入人身或經濟上過度依賴色情業者的狀態，程度比起通常勞動關係所內含的依賴性更加嚴重，而實際上無法完全自由地決定是否從事性行為。有鑒於性行為屬於人格的核心領域，而性工作者可能承受比通常勞動關係更不利的地位，立法者對於性工作者之性自主決定權保障，不宜僅限於處罰個別的性暴力，而是擴及剝削性交易所得，利用其個人或經濟上的依賴性而加以控制等，使其一定程度上無法完全自主決定從事性交易的情況²⁶。

2. 源自外部關係之獲利？

在防止剝削性工作者、保護其人身與經濟自由的觀點下，本罪僅處罰出於營利意圖之促成性交易行為有其合理性，畢竟從現實上來

²⁵ Renzikowski, in: Joecks/Miebach, Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl., 2012, Vor §§174 ff. Rn. 39; 林志潔、莊宇真，在釋字第666號之後－從女性主義理論看臺灣性產業之立法與規範，月旦法學雜誌，第一八六期，頁13-16（2010）。

²⁶ 從憲法的角度來說，以防止剝削性工作者的角度限縮適用本罪，較能避免對於一般行為自由或職業自由之違憲干預。一方面，為了防止性工作者被剝削，雖然國家可以透過許多行政管制措施達成相同效果，例如要求業者應提供一定的工作條件或者允許性工作者組成工會等，不過由於現實上這些行政管制措施只適用於合法的性產業，而且無法擔保行政管制措施會被全面遵守，對於剝削性工作者的行為仍有刑罰的必要性。另一方面，一旦性工作者被剝削，其人身與經濟自由的侵害後果，往往全面影響其經營生活的自由度，而不是個別行為自由之限制，促成性交易罪保全之利益比重比起一般強制罪或剝奪行動自由罪更大，似乎足以平衡刑罰所干預之自由。

看，獲得財產利益是經營色情行業的主要動機，也是導致性工作者被剝削的主要理由。如果行為人缺乏營利意圖，性工作者被剝削的危險性便大幅降低。基於相同道理，最高法院限定營利意圖之對象係接受性服務之人，也有某程度上的正當性。當促成性交易之人係追求源自接受性服務之人的獲利時，由於此一財產利益通常是應歸屬於提供性服務之人的性交易所得，其實際目的就是在剝奪提供性服務之人的「皮肉錢」。換句話說，最高法院所謂追求外部關係上的獲利，背後可能的意思是在強調，促成性交易者之終極目的在剝削提供性服務之人的經濟利益²⁷。

表面上，根據行為人之獲利係源自外部關係界定本罪之適用範圍，符合維護性工作自由的立法意旨，但是馬上遭遇的技術問題就是獲利來源的認定困難。在現實生活裡，促成性交易之人與從事性交易之人彼此的利益分配與流動方式，可說是複雜萬分，我們不太能夠從客觀的財產利益流向，明確區分行為人之獲利是源自接受性服務之人或僅源自提供性服務之人。例如，在實務判定為獲利係源自內部關係的情形，搭載性工作者的計程車司機所收取的車資，以及出租房屋給性工作者的屋主所收取的租金，現實上經常是性工作者從過去的性交易所得加以支出。因此，其與應召站或皮條客從性工作者的每次性交易所得抽成之間的差別，恐怕只是其外部關係的獲利來源較為間接或無法具體化而已。相反的，在實務判定為獲利係源自外部關係的情形，

²⁷ 就此而言，最高法院的限縮解釋其實相當接近於學說已提出的修法建議「媒介他人從事性交易並藉此剝奪他人因性交易所得之財產或利益者，處……」、「提供場所或措施，協助他人從事性交易並藉此對他人收取超過一般情形之財產或利益者，處……」。此一修法建議源自：張天一，前揭註 3，頁 40。

例如行為人向接受性服務之人收取飲料費，或是為性工作者開設「工作室」並收取所欠債款等，也不一定是在客觀上取得性工作者之性交易所得。畢竟，行為人收取之飲料費，可能只是藉著接受性服務之人前來消費的機會，額外提供飲料或餐點所得之對價，而性工作者返還借款的金錢來源，也不一定就是性交易所得，而是向其他人借貸之款項。質言之，對於行為人之獲利來源是否為外部關係，最高法院至今並未提出一個明確的判斷標準，實務操作很可能是憑著直覺行事。

更重要的是，儘管獲利源自外部關係是一個判斷行為人是否剝削性工作者的指標，卻不是判斷剝削作用存在與否的絕對標準。一方面，對於提供性服務之人而言，當促成性交易之人從性交易所得中「抽成」時，可能只是獲得性交易機會或者實現性交易所支付的合理對價而已，性質與自己承租房屋或刊登廣告完成性交易所支出的費用一樣，都是從事性交易的成本，促成性交易之人的「抽成」未必減損其從事性行為的自由，不具有控制其人身或經濟獨立性的剝削效果。另一方面，即是促成性交易之人未從性交易所得中「抽成」，也可以透過其他途徑達成剝削效果，例如持續提供毒品給成癮的性工作者，使其必須藉由性交易賺取購買毒品的費用，或者向提供性服務之人收取超高額之房屋租金，使其現實上只能持續從事性交易以維持生存。由此可知，促成性交易之人意圖從接受性服務之人獲利時，並不當然構成對提供性服務之人的剝削，也不能排除其他獲利方式有相同的剝削作用。因此，為了使本罪之適用範圍更加合理化，仍有採取其他限縮解釋的空間。

3. 促成行為之剝削作用

較為適當的解釋方案，應是在法條文義容許的範圍內，貫徹保護性工作者自主權的立法意旨。從法條文義來看，本罪僅處罰引誘、容留或媒介的促成性交易行為，其他剝削或控制性工作者的行為方式，例如監督或指定性交易之時間、地點、次數或方式等，除非在個案中構成共同參與他人引誘、容留或媒介性交易的行為，否則無法被包括在本罪的處罰範圍內。不過，從保護性工作者之自主權來看，即使是出於營利意圖的引誘、容留或媒介性交易行為，也只有在導致性工作者之人身或經濟獨立性受到侵害時，才會基於其剝削或控制性工作者的作用而成立本罪。對於性工作者之自主權是否受限，法官應該依個案判斷。

具體而言，如果行為人係支持或營利性地經營性交易業，其當然具有外部關係意義上的獲利意圖，不過只有在受雇之性工作者處於人身或經濟上依賴行為人的狀態時，才能成立本罪²⁸。人身依賴性係指性工作者是否、與誰、提供何種性服務，主要聽命於色情業者，例如性工作者被禁止在業外與人為性行為，若違反指示或規定將受到業者處罰，或是證件被扣留而不得不提供性服務等；如果色情業者只是指定工作時間、穿著制服、規定房間擺設等，這些指示僅構成與通常勞雇關係程度相當的自由限制，則不包括在內。類似於此，經濟依賴性並

²⁸ 此一詮釋係參考德國刑法第 180 條 a 性交易剝削罪（*Ausbeutung von Prostituierten*）。該條第 1 項規定，營利性地維持或主持事業，使他人其中從事性交易，並且在人身與經濟依賴下被迫為之者，處 3 年以下有期徒刑或罰金。同條第 2 項規定，對未滿 18 歲之性工作者，營利性提供住所或居所（第 1 款），或為使他人實施性交易而提供住宅，並敦促其性交易或就其性交易予以剝削（第 2 款）者，亦同。

不是指性工作者僅靠性交易所得維生，而是存在比通常勞動者承受更重大的經濟壓力的情狀，例如性工作者對色情業者積欠債務，或者其薪資被苛扣²⁹。此外，此種狀態的成立與維持，必須來自色情業者的施壓或其他違反性工作者的意願的方式，而不是基於雙方合意且隨時可終止的契約關係³⁰。如果行為人係單純提供性工作者住宅或其他處所，或者為其媒介與他人性交易，則應判斷性工作者是否因此在人身或經濟的獨立性上受損，無法自由地決定不再繼續從事性交易，至於行為人的獲利來源是否為外部關係，並不重要。據此，若是屋主單純考量其房屋提供他人從事性交易所造成的不便而加收租金，或者對於收入很高的性工作者收取雙倍的租金，還不足以認定性工作者已經被剝削，而是必須進一步導致性工作者的經濟狀況顯著惡化³¹。在缺乏立法者對剝削作用的具體描述之下，上述標準固然不算明確，不過至少指出一個判斷的出發點。

從適用結果來看，剝削性工作者或使其喪失人身或經濟獨立性，通常只會發生在行為人與性工作者之間有超越個案或持續的受雇關係，單一的引誘、容留或媒介行為沒有如此的作用；因此個別的促成性交易行為，通常只能基於與他人共同從事性交易而被課予罰鍰（社會秩序維護法第 80 條第 1 項、行政罰法第 14 條），而不能成立本罪。基於本罪保護性工作者自主權的精神，若是行為人係對於同一性工作者反覆實施促成性交易的行為，而且造成剝削性工作者或者損及其人

²⁹ Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl., 2014, §180a Rn. 8.

³⁰ Eisele, a.a.O. (Fn. 29), §180a Rn. 9.

³¹ Eisele, a.a.O. (Fn. 29), §180a Rn. 17.

身或經濟獨立性，這些行為僅構成單純一罪，本罪之性質屬於繼續犯³²。如果行為人是對不同性工作者為之，其促成性交易行為將成立數罪，彼此處於想像競合或數罪併罰的關係³³。若是行為人在本罪繼續的過程中，另外對性工作者犯傷害罪、剝奪行動自由或重利罪等，這些罪名一樣是與促成性交易罪成立想像競合或數罪併罰的關係³⁴。

4. 法律體系上的疑義

此一適用建議的優點在於，其僅在促成行為具有剝削作用時，始令行為人承擔 5 年以下有期徒刑，較能確保刑罰與行為之不法內涵相當。不過，此一適用建議在法律體系上可能會衍生其他問題，有必要進一步釐清。

第一個問題是，妨害風化罪章在形式上是保護善良風俗，看似是保護所謂社會法益而不是從事性交易之人的個人法益，因此保護性工作者自主權的適用替代方案，看似因為本罪規定在妨害風化罪章而無從適用。不過，這個適用障礙並非強烈到絕對排除本文建議的適用方案。一方面，立法者將各種罪名集合在同一罪章或章名底下，有時是基於保護法益的共通性，但是有時只是基於規範事物的共通性，並不強求各罪的保護法益一定要依據章名解釋，而是保留法官根據個別罪名之特徵解釋的空間³⁵。本罪章所包含的犯罪，皆與性行為或性資訊之

³² 最高法院否定本罪的集合犯性質，對於各個促成行為數罪併罰，參考最高法院 103 年度台上字第 1961 號刑事判決。

³³ Renzikowski, a.a.O. (Fn. 25), §180a Rn. 60.

³⁴ Eisele, a.a.O. (Fn. 29), §180a Rn. 21.

³⁵ 薛智仁，無故取得電磁紀錄罪之解釋與立法，政大法學評論，第一三六期，頁 58-59（2014）。

散佈有關係，不過彼此的保護法益未必相同。另一方面，善良風俗已被公認是一個完全無法明確其內涵的法益³⁶，妨害善良風俗罪章的各罪名即使都被理解為保護善良風俗，其彼此的內涵也明顯不一致。例如，血親性交罪（刑法第 230 條）是在避免遺傳疾病的風險或家庭成員角色錯亂，促成未成年人性交猥褻罪（刑法第 233 條）是在保護個別未成年人之身心健全發展，散佈猥褻物品罪（刑法第 235 條）是在保護不特定多數未成年人之身心健全發展，最重要的是，使他人違反意願性交猥褻罪（刑法第 231 條之 1）自始就是以個人的性自主決定權為保護對象³⁷。據此，本罪的章節安排並不是採取本文建議方案的障礙。

第二個問題是，若是本罪之適用範圍限於具有剝削作用之促成行為，應如何與同罪章之使他人違反意願性交猥褻罪（刑法第 231 條之 1）區分。理論上，二者的差異在於，後者作為保護性自主決定權之罪名，其適用前提係證明行為人已經使他人從事違反意願之性行為，該性行為並非單純屬於行為人的意圖內容，但是不必具有性交易的性質³⁸。因此，二者的適用範圍具有部分交集的關係：若是促成他人性交的行為具有剝削作用，但是無法證明他人因此已完成性行為，或無法證明他人係違反意願地完成性行為，行為人僅成立本罪；若是行

³⁶ 值得比較的是，吳耀宗，前揭註 3，頁 206-208 儘管認同，未來宜朝向處罰對性工作者之剝削行為修法，但是基於社會多數人仍然肯認保護善良風俗，建議根據保護善良風俗的觀點解釋現行法，但是盡量做合理的限縮解釋。本文認為，限縮解釋是值得贊同的方向，但是在善良風俗概念高度抽象化的情況下，限縮解釋的尺度恐怕更難以拿捏，或許改從內涵更具體的保護性工作者自由觀點解釋，限縮解釋的尺度相對容易掌握。

³⁷ 主張本罪之規定位置不妥當，參考盧映潔，前揭註 19，頁 420。

³⁸ 參考陳子平，前揭註 9，頁 422-423。

為人實際促成他人完成違反意願之性行為，但是無性交易關係，行為人僅成立使他人違反意願性交猥褻罪。若是行為人採取具有剝削作用之促成行為，使他人違反意願地完成性交易，則同時實現上述二罪；此時，由於促成性交易罪保護性工作者之人身與經濟自由係在防止個別性行為之自主權被侵害之危險，而使他人違反意願性交猥褻罪係以個別性行為之自主權已被侵害為前提，故前者係後者之補充條款，基於法條競合關係應優先適用後者。可以想見是，實務上最困難的問題將是，如何確定行為人的促成行為對性工作者「有剝削作用」，程度尚未到達使其「違反意願」地從事性行為。這個界線問題涉及性犯罪裡至今尚無定論的「違反意願」概念定位與內涵，本文對此無法作深入探討³⁹。

第三個問題是，若是本罪僅適用於具剝削作用之促成性交易行為，如何與 2009 年增訂之人口販運防制法第 31 條第 1 項「意圖營利，利

³⁹ 初步而言，若是對於「違反意願」限定在行為人使用強制手段的情形（例如盧映潔，前揭註 19，頁 369-371），那麼促成行為之剝削作用本身不得構成強制罪意義下的強制行為概念，亦即不得構成對於性工作者之法律上自由的限制。此種對於強制罪的狹義理解方向，參考薛智仁，淺論公民抗議的刑事法問題，台灣法學雜誌，第二四〇期，頁 28-30（2014）。例如，在性工作者自願同意雇主之要求，每日接客未達一定數量就被減薪時，此一惡害並未侵害性工作者在法律上的自由，故雇主以此要脅並不構成強制行為，性工作者並非違反意願而性交易，但雇主行為可能構成具有剝削作用之促成性交易。相對地，若是對於「違反意願」不以行為人使用強制手段為前提，那麼剝削作用是否造成違反意願之性交易就取決於「違反意願」的精確意義。如果將「違反意願」理解為違反性工作者明示或默示表達之反對意思，那麼具有剝削作用之促成性交易行為，僅在性工作者未為反對意思時成立本罪；如果「違反意願」係泛指未得性工作者明示或默示真摯同意之性交易行為，或是「利用既存之強制狀態」（蔡聖偉，論強制性交罪違反意願之方法，中研院法學期刊，第十八期，頁 85-93（2016）），那麼本罪與使他人違反意願性交猥褻罪之間的界線將更加模糊。

用不當債務約束或他人不能、不知或難以求助之處境，使人從事性交易者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金」區分。很清楚地，該罪名之目的同樣在防止性剝削，構成要件所述「意圖營利，利用不當債務約束或他人不能、不知或難以求助之處境」⁴⁰，正是具剝削作用之促成性交易行為的具體型態，其與促成性交易罪相當類似。在立法政策上，本罪名其實沒有獨立存在的價值，立法者毋寧應該將此罪名所描述之剝削行為，直接作為促成性交易罪之構成要件內容。在立法者缺乏通盤規劃而重複規定之下，只能根據該罪名與促成性交易罪之形式差異，劃分二者的適用範圍。第一個差異在於，該罪名係以他人客觀上已從事性交易為前提，若是被害人尚未完成性交易，僅成立同條第 2 項之未遂犯。第二個差異在於，該罪名之行為客體應該僅限於人口販運被害人，而不包括無涉人口販運之性工作者。此一適用限制雖然無法直接從構成要件文義看出，但是基於人口販運防制法第 1 條之「為防制人口販運行為及保護被害人權益，特制定本法」，以及該罪名之立法理由所述，其目的在處罰「人口販運集團」增加被害人所負之債務而迫使其從事性交易，或者利用非法入境、拘留、語言不通之被害人處境，使其從事性交易等可知，本罪名僅在人口販運被害人的範圍內取代促成性交易罪之適用⁴¹。因此，若是被剝削之人並非人口販運或非法入境居留之被害人，仍是回歸適用促

⁴⁰ 這些不明確概念的立法背景與司法實踐困難，參考王曉丹，法律繼受與法律多重製圖－人口販運法制的案例，中研院法學期刊，第十五期，頁 85-107（2014）。

⁴¹ 二者具有特別關係，參考台灣高等法院 99 年度上訴字第 2133 號刑事判決。對於人口販運防制法與其刑事法條款之關係檢討，詳見張明偉，人口販運犯罪之規範檢討，輔仁法學，第四十二期，頁 11-38（2011）。

成性交易罪。

四、小結

綜上所述，保護性工作者之自由不僅是促成他人性交易罪的修法方向，也是現行法的適用指導原則。依此觀點，本罪之限縮標準在於促成行為具有剝削性工作者之作用，最高法院限定行為人從外部關係獲利，只是認定有無剝削作用的指標之一，卻不是絕對的標準。此一觀點可以平衡本罪之法定刑，其與刑法第 231 條之 1 及人口販運防制法第 31 條之間並非完全重疊，是一個相對較佳的解釋方案。促成行為之剝削作用是否造成性工作者從事「違反其意願」之性行為，則是尚待理論的努力。

參、超法規補強法則之適用範圍

一、補強法則之司法續造

本判決的另一個焦點，則是對於超法規補強法則的司法續造。刑事訴訟法第 156 條第 2 項規定：「被告或共犯之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符」，一般稱之為「自白補強法則」，其中共犯之自白亦應有補強證據，係 2003 年修法所增訂。通說認為，自白之補強法則是對於法官自由心證的例外規定，即使法官確信被告之自白為真實，而且光憑被告自白已經可以形成有罪確信，也必須另行調查補強證據，不得僅憑被告自白而判決有罪。立法者特別限制自白之證據價值，是因為自白在刑事訴

訟中始終受到過度重視，經常輕易地成為被告有罪的決定性證據，忽略自白可能欠缺可信度。因此，為了避免實務高估自白之可信度而造成誤判，同時減少檢警使用不正訊問方法取得自白的誘因，禁止自白成為有罪判決之唯一證據⁴²。

儘管法律僅明文規定被告或共犯自白適用補強法則，但是對於特定類型的供述證據，最高法院發展出「超法規補強法則」。例如，最高法院很早就對於「被害人之陳述」⁴³、「告訴人之告訴」⁴⁴及「幼童之證言」⁴⁵等證言，要求應有補強證據，近期則是延續此一立場，並說明其理由係被害人、告訴人與被告立於相反之立場，以及幼童具有很高之可暗示性⁴⁶。在 2003 年增訂「共犯自白」適用補強法則後，最高法院儘管認為「對向犯」不屬於刑法意義下的共犯，亦考量其各自刑度差距大，法律又設有自首或自白得減免其刑之寬典，故對向犯之一方所為不利他方的陳述，有較大的虛偽危險性，要求法院應調查其他必要證據⁴⁷。最高法院在最近一則判決作出總結，「在對立性之證人（如

⁴² 參考黃朝義，自白與補強法則，日新法律半年刊，第六期，頁 128（2006）；李佳玟，自白的補強法則，月旦法學雜誌，第一七七期，頁 310-311（2010）；朱朝亮，自白補強法則之適用，月旦法學教室，第一五八期，頁 33（2015）。

⁴³ 最高法院 32 年上字第 657 號刑事判例：「被害人所述被害情形如無瑕疵可指，而就其他方面調查又與事實相符，則其供述未始不足據為判決之基礎」。

⁴⁴ 最高法院 52 年台上字第 1300 號刑事判例：「告訴人之告訴，係以使被告受刑事追訴為目的，是其陳述是否與事實相符，仍應調查其他證據以資審認」。

⁴⁵ 最高法院 63 年台上字第 3501 號刑事判例：「證人年尚未滿八歲，其所為證言乃無具結能力之人之證言，雖非絕對無證據能力，然其證言是否可信，審理事實之法院，仍應為其他證據之調查，以為取捨之依據」。

⁴⁶ 最高法院 101 年度台上字第 1175 號刑事判決、104 年度台上字第 1417 號刑事判決。

⁴⁷ 參考最高法院 105 年度台上字第 1881 號刑事判決、97 年度台上字第 559

被害人、告訴人)、目的性之證人(如刑法或特別刑法規定得邀減免刑責優惠者)、脆弱性之證人(如易受誘導之幼童)或特殊性之證人(如秘密證人)等,因其等之陳述虛偽危險性較大,為避免嫁禍他人,除施以具結、交互詰問、對質等預防方法外,尤應認為有補強證據以增強其陳述之憑信性,始足為認定被告犯罪事實之依據」⁴⁸。

值得注意的是,本判決則是基於兩個理由,將上述超法規補強法則延伸適用於司法警察就偵辦犯罪過程作證的情形:一、司法警察作為偵查輔助機關,作證目的在使被告受追訴處罰,在程序上居於與被告對立的地位,故適用告訴人之告訴應有補強證據的同一法理;二、若是司法警察進行誘捕偵查,其證詞對於認定誘捕偵查之合法性特別重要,故亦應適用補強法則證明蒐證經過,以擔保偵查程序之正潔。換言之,本判決不但將司法警察列入對立性之證人類型,而且將補強法則同時適用於認定犯罪事實與程序合法性。這一系列對於超法規補強法則的司法續造,顯示實務對於採納特定可疑證言的謹慎態度,在法無明文下進一步限制法官依確信形成心證的自由度。我們的問題是,如此擴張適用補強法則之供述證據類型與待證事實,是合理的嗎?

二、自白補強法則之理論基礎

(一) 對抗自白迷思

回答這個問題,必須從自白補強法則的存在理由談起。不少人認

號刑事判決。

⁴⁸ 最高法院 104 年度台上字第 3178 號刑事判決。

為，被告自白代表其承認一部或全部犯罪事實，使其承擔有罪或科刑的不利後果，被告如果不是真的犯罪，是沒有理由自白的，因此自白所承認的事實通常為真實。對於實務工作者而言，被告自白除了可能開啟簡化的刑事程序之外，在證據調查上提供其所不知的犯罪細節，節省摸索及調查其他證據的時間精力，最終也能增強法院判決有罪的信心⁴⁹。基於自白代表真相以及促進訴訟的作用，獲取被告自白不免成為偵查重心，這種傾向在追訴重大犯罪時特別顯著，一旦被告自白，就會成為有罪判決的決定性證據。

不過這是自白迷思，許多誤判研究顯示虛偽自白是誤判的主要原因之一，心理學研究也顯示被告作成虛偽自白的情形並不少見。被告可能因為病態地追求出名、為了滿足罪惡感而來的自我懲罰需求、為了藏匿真正的犯人、為了避免被發現自己所犯更嚴重的其他犯罪等原因，自願地作成虛偽自白。即使無法證明檢警訊問被告時採取不正訊問方法，訊問活動本身所造成的壓力，就潛藏諸多虛偽自白的原因。研究顯示，被告智能不足、精神障礙及年齡較輕、採取使被告產生罪證確鑿的印象或告知自白減刑等訊問技巧、訊問時間增長、訊問者預設立場等因素越多，因為訊問而作成虛偽自白的風險越高⁵⁰。儘管自白虛偽的風險高，自白究竟是真實或虛偽卻通常不易判斷。事後證明為虛偽的自白，經常是因為含有只有犯人才會知道的細節（所謂秘密的

⁴⁹ 參考李佳玟，前揭註 42，頁 310。另參考許澤天，自白作為有利行為人量刑的犯後訴訟表現，中原財經法學，第二十五期，頁 9-17（2010）。

⁵⁰ Volbert, Falsche Geständnisse. Über die möglichen Auswirkungen von Voreinstellung, Vernehmung und Verständigung, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie, 2013, S. 231 ff.; Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 9. Aufl., 2015, Rn. 730 ff.; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 28. Aufl., 2014, §45 Rn. 45.

暴露)而被誤認為特別可信,但實際上這些資訊是警方在訊問過程中有意或無意傳達給被告的。如果警方訊問的過程及對話,甚至包括非正式談話的內容在內,未被筆錄或錄影音完整記載,這些危險因素及訊問壓力就很難被法官辨識出來⁵¹。因此,「自白代表真實」是一種迷思,自白補強法則之目的在排除自白迷思的作用⁵²。

(二) 自白補強法則之必要性?

現在的問題是,法官可能誤信虛偽自白而作成有罪判決,檢警可能為取得自白而不正訊問,是否就一定要承認補強法則才能防止這些後果?基本上,被告自白不同於證言的地方在於,只要被告在審判外或審判中作成自白,對於自白之可信性就只能依賴法官的判斷,欠缺諸如傳聞法則、交互詰問及具結等擔保真實性的程序機制,制衡自白迷思對於法官心證的影響力。然而,我們不能據此立即肯定自白補強法則之必要性,因為即使沒有補強法則,刑事程序也已有其他防止自白迷思導致誤判的機制。

首先,對於經證明或無法排除以不正訊問方法取得之自白,立法者係絕對排除其證據能力(刑事訴訟法第 156 條第 1 項),對於違反告知義務而取得之被告自白,亦通常排除其證據能力(刑事訴訟法第 158 條之 2)⁵³,甚至檢警也會因為不正訊問而負起刑事責任。換言之,對於預防不正訊問被告,國家已經同時採取刑罰及證據使用禁止的手段。

⁵¹ Volbert, a.a.O. (Fn. 50), S. 234 ff.

⁵² 參考黃朝義,前揭註 4,頁 538-539;林永謀,刑事訴訟法釋論(中冊),頁 164,自版,改訂版(2010)。

⁵³ 參考林鈺雄,前揭註 4,頁 185-190。

當然，這些預防手段的實效性，可能因為實務對於證明不正訊問方法存在採取過於嚴格的要求，可能因為檢警不願意追究同僚責任而不夠理想，不過解決之道應該在於改善其實效性，而不一定是增加自白補強法則。

其次，即使檢警未對被告不正訊問，其所採取的合法偵訊手段也會含有造成暗示、錯誤、壓力等虛偽自白的風險因素，這也可以透過法官的證據評價予以過濾。法官作成有罪判決的前提是，依據出於審判庭整體的調查結果，主觀上對於犯罪事實之存在形成確信，有罪確信必須有客觀事實為基礎，確保所認定之事實有高度蓋然性符合真實⁵⁴。為了達成有罪確信，法官必須在審判期日窮盡調查與本案相關的證據，對於證據之證明力，則在經驗法則與論理法則的界限內依其確信自由判斷（刑事訴訟法第 155 條第 1 項）。有鑒於被告可能基於未必能察覺的各種動機而作成虛偽自白，法官應該批判性地檢視自白的證據價值，除了確定被告的供述能力與誠實性之外，尤其應該調查自白的動機及其形成過程⁵⁵。為了使法官更能夠判斷自白的證據價值，警詢及偵訊筆錄之詳細記載或全程錄音影，即成為重要的證據資料⁵⁶。另外，被告自白可能無法單獨使法官形成主觀確信，或者即使可以使法官形成主觀確信，亦無法排除被告事後撤回自白的可能性，因此被告自白並不排除繼續調查其他證據的必要性⁵⁷，並藉此審查自白所敘述

⁵⁴ Vgl. nur Eisenberg, a.a.O. (Fn. 50), Rn. 89 ff.

⁵⁵ 亦即對自白之信用性評價，參考林永謀，前揭註 52，頁 175-176。

⁵⁶ Bender/Nack/Treuer, Tatsachenfeststellung vor Gericht, 4. Aufl., 2014, Rn. 1183 ff.

⁵⁷ Eisenberg, a.a.O. (Fn. 50), Rn. 15 a, 727; Kindhäuser, Strafprozessrecht, 4. Aufl., 2015, §20 Rn. 22.

的事實是否符合其他的調查結果，被告對事實的重構與其他證據是否吻合⁵⁸。因此，根據自由心證原則及調查義務，自白作為一種間接證據，法官原本就必須根據其他事實或證據審查其可信度，僅在確信真實時始能作為有罪判決的根據，並且在判決交代確信自白真實的理由。在極少數的案件裡，若被告的真實自白可以支持法官論罪科刑的確信，也可以是有罪判決的唯一根據⁵⁹。

既然刑事程序已有證據使用禁止、職權調查義務及自由心證之內在界限等機制，預防不正訊問及誤信自白而造成誤判，那麼加上自白補強法則進一步限制法官自由心證的必要性何在？對此，許玉秀提出一個值得省思的觀點。她認為不自證己罪原則係承認個人保護自我存在基礎的權利，被告雖然可以自由決定陳述不利於己的事實，法律也應該承認自白的證據能力，但是將自白當成有罪判決的唯一證據，等於是推翻個人保護自己之存在基礎的前提。其道理就如同，基於自主原則，個人得決定自殺與否，但是自殺將會推翻自主原則依附的前提，即使不能禁止，也不能受到鼓勵或肯定⁶⁰。此一觀點可否證明補強法則的必要性，尚有斟酌餘地。的確有不少學說認為，被告享有不自證己罪特權，是基於人類具有追求自我存續的天性，如果國家可以強迫被告自我入罪，就是在犧牲被告的人性尊嚴遂行刑罰所欲追求的公益⁶¹。不過，當被告出於自願作成自白時，他的舉動未必是違反追求存續的

⁵⁸ Bender/Nack/Treuer, a.a.O. (Fn. 56), Rn. 1197.

⁵⁹ Eisenberg, a.a.O. (Fn. 50), Rn. 15 a.

⁶⁰ 許玉秀，釋字五八二號解釋協同意見書，收錄於透明的法袍－大法官解釋意見書（2003.10-2007.09），頁 110，新學林出版股份有限公司（2008）。

⁶¹ 王士帆，不自證己罪原則，頁 63-67，公益信託春風煦日學術基金（2007）及其所引文獻。

天性，而是在行使其作為一個訴訟主體的權利，透過自己對於犯罪過程的詮釋，共同影響審判的結果。在訴訟策略上，自白的被告可以對犯罪事實作出有利於己的詮釋（例如：坦誠殺人，然而是不小心開槍，或是遭到被害人污辱才開槍），也可以使自己免於被羈押、爭取減刑或是及早終結刑事程序。因此，將被告自白視為其自我摧毀生存基礎，顯然忽略其實現被告訴訟主體地位的正面意義。退一步來說，即使被告自白是在自我摧毀生存基礎，國家有防止其輕率地或不成熟地自我摧毀的必要性，它也與自殺完全不同。國家再怎麼不鼓勵或排斥自殺⁶²，基於對生命自主權的尊重，即使一個人是輕率地或不成熟地決定自殺，國家通常只能無奈接受自殺的結果。然而，國家基於發現真相的義務，法官只能在確信自白符合真實時，才將自白當作有罪判決的根據。因此，對於被告輕率地透過自白而摧毀自我生存基礎一事，已有相對應的防範方法，如果不是說出既有機制的不足，就無法證明被告自白不得作為有罪判決唯一證據的正當性。據此，以補強法則限制自白的證據價值，並非不自證己罪原則的當然要求，至多是有加強落實不自證己罪原則的效果⁶³。

另有文獻認為，自白補強法則的正當性在於，立法者基於自白通常欠缺可信性的事先預測，一概擬制其證據價值不足，藉此誘導檢警蒐證不再偏重自白，建立以物證為中心的訴訟制度，同時減少法官知

⁶² 附帶一提的是，許玉秀對於自殺行為的評價（不禁止、但不鼓勵或肯定），在法律層次上的意義是不太清楚的。當法律承認個人的生命自主權時，其積極意義正是肯認個人才是決定生命意義的最終主宰，可以透過縮短肉體的存續時間換取自己認為更有意義的生命形式，不禁止自殺的意義就是對於生命自主權的肯定與鼓勵。

⁶³ 結論相同，王士帆，前揭註 61，頁 91-92；陳怡潔，刑事審判中補強法則之研究，頁 50-51，國立成功大學法律學系研究所碩士論文（2013）。

識背景不同在自由心證上產生的不安定性⁶⁴。此一看法正確指出補強證據的優點，但是無法說明為何立法者只選擇被告（及共犯）自白適用補強法則。我們知道，幾乎沒有證據方法是絕對可信的，至今的誤判研究顯示，虛偽自白、錯誤證詞、偽造物證、刑事鑑識瑕疵、檢警蒐證失誤及辯護人疏於察覺調查疏失等，都是誤判的原因⁶⁵。法官對於這些證據的證明力判斷，也具有高度的不透明性。例如，直覺在自由心證的活動裡扮演重要角色，卻無法以文字加以描述；法官為了使判決不容易被上級審撤銷，也可能將容易遭受質疑的證據調查結果隱而不語，使判決理由呈現的事實經過看起來前後一貫⁶⁶。上述情形會進一步加深上級審法院審查事實審法官心證的困難度，從而使法官的自由心證顯得不受監督。換言之，證據缺乏可信度及自由心證的不穩定性或難以監督，並不是自白的專利，至今沒有證據指出，虛偽自白造成誤判的比例顯然高於其他誤判原因，或虛偽不實的比例相對於同屬供述證據的證言更加顯著，也就無法充分說明，以補強法則限制自由心證的方式因應自白的虛偽危險性，是具有必要性的立法決定。

除了無法說明只有自白才適用補強法則之外，自白補強法則能否減少不同法官的知識背景所造成的心證不安定性，也令人懷疑。相對於完全貫徹自由心證原則，自白補強法則的真正作用，是在法官判斷自白具有可信性時，強制要求調查獨立於自白的其他證據，證明特定犯罪事實存在。這種限制充其量是排除法官以自白為有罪判決唯一證

⁶⁴ 陳怡潔，前揭註，頁 54-64。

⁶⁵ 另參考 Brandon L. Garrett 著（張芷盈、何承恩譯），路人變被告：「走鐘」的刑事司法程序，新學林出版股份有限公司（2014）。

⁶⁶ 這被稱為「假電影」現象。參考 Thomas Darnstädt 著（鄭惠芬譯），法官的被害人：德國冤案事件簿，頁 196，衛城出版社（2016）。

據的可能性，但是對於自白何時有「可信性」，可信的自白必須搭配「何種品質」的補強證據才足以形成「有罪確信」等，都還是保留給法官依其確信判斷，法官的不同知識背景對於證據評價的作用力，依舊大幅度地影響心證的結果。因此，除非立法者更大幅度地採納法定證據規則，排除法官的證據評價自由，自白補強法則維持心證安定性的作用可說是聊勝於無。

自白補強法則的必要性疑義，在 2003 年增訂的「共犯自白」更加突顯。立法者認為，共犯自白有嫁禍他人的高危險性，故應適用補強法則。不過，共犯的供述內容涉及自己的犯罪事實者自始屬於「被告自白」，「共犯自白」的主要意義係指其對於共犯之犯罪事實所為之不利供述，在此範圍內，共犯或共同被告應是「證人」，其不利共犯之供述屬於「證言」⁶⁷。既然如此，審判外之共犯證人之證言應適用傳聞法則，僅在符合例外條款時始有證據能力，在審判中對共犯證人應踐行證人之法定調查程序，透過具結及交互詰問等方式擔保其證言可信性，始可成為有罪判決之根據⁶⁸。對於具有證據能力之共犯證言，法官亦應基於自由心證原則，依其確信判斷共犯證言之可信性，特別是證言是否出於觀察、記憶或陳述的錯誤、是否受到不當暗示、是否說謊等。因此，即使共犯證言通常有出於嫁禍動機而虛偽不實的危險，透過傳聞法則、具結與交互詰問等機制，亦通常足以大幅度排除或揭

⁶⁷ 共犯自白其實是「證言」，參考黃朝義，前揭註 4，頁 548；黃朝義，前揭註 42，頁 144；林鈺雄，蓋上潘朵拉的盒子－釋字第五八二號解釋終結第六種證據方法？，月旦法學雜誌，第一一五期，頁 72-73（2004）；楊雲驊，二〇〇三年初新修正刑事訴訟法被告及共犯自白規定的檢討，月旦法學雜誌，第九十七期，頁 82-83（2003）；何賴傑，共犯不利其他共犯之陳述與共同被告地位，台灣本土法學雜誌，第五十五期，頁 140-141（2004）。

⁶⁸ 詳見何賴傑，前揭註，頁 142-146。

露此種共犯證言的危險性。如果我們認為，被告自白缺乏上述擔保可信性之程序機制，自白迷思主導法官心證的誤判風險必須透過補強法則予以排除，那麼通過上述程序機制的共犯證言即使尚殘餘虛偽不實的風險，再次透過補強法則限制法官自由心證的必要性將更為降低⁶⁹。

即使我們假定被告／共犯自白虛偽危險性一概高於其他證據方法，有必要設立補強法則，其補強範圍也再次顯得恣意。依據目前的實務見解，補強證據必須具有證據能力，且經合法調查（適格性）⁷⁰，本身足資以證明自白之犯罪事實確具有相當程度真實性，能與自白相互利用而獲致犯罪確信（補強程度）⁷¹。通說認為，其補強之範圍包括客觀之犯罪事實，但是不包含主觀之犯罪事實⁷²，亦不包括被告與行為人之同一性⁷³。對於補強證據之適格性要求是貫徹嚴格證明法則的當然結果，補強程度則是自由心證原則的表現，固無疑問，然而通說對於補強範圍的類型化顯得令人不解。照理說，基於防止虛偽自白造成誤判的立法目的，補強必要性應該是根據誤判危險性而升高，對於越有誤判可能性的待證事實，越應該要求補強證據存在。通說將補強對象限定於客觀之犯罪事實，至多擴大至被告與行為人同一性，卻絕對

⁶⁹ 對於共犯自白補強法則之有力批判，詳見陳運財，共同被告之調查，律師雜誌，第二八六期，頁 127-129（2003）

⁷⁰ 司法院釋字第 582 號解釋。另參考黃朝義，前揭註 42，頁 141；李佳玟，前揭註 42，頁 311；朱朝亮，自白補強證據之適格性，月旦法學教室，第一四一期，頁 36（2014）；楊雲驊，補強證據，月旦法學教室，第二五期，頁 18-19（2004）。

⁷¹ 參考最高法院 74 年台覆字第 10 號刑事判例。

⁷² 黃朝義，前揭註 4，頁 539-541；黃朝義，前揭註 42，頁 139-140；朱朝亮，前揭註 42，頁 34-35；林永謀，前揭註 52，頁 172。

⁷³ 不同見解，李佳玟，前揭註 42，頁 314-315。

排除主觀之犯罪事實，卻明顯是與防止誤判的精神背道而馳。因為，相對於客觀之犯罪事實，主觀的犯罪事實通常是最難找到直接證據證明，只能透過有限的間接證據予以推論，被告對於自己有無預見結果發生，有無特定意圖等事實的詮釋，其可信性通常也最難透過其他證據檢視。既然主觀的犯罪事實最不容易證明，而被告針對主觀犯罪事實的自白也不會突然變得比較可信，將主觀的犯罪事實一概排除在補強範圍之外，反而是與補強法則的防止誤判精神自相矛盾。當然，我們可以理解通說的思考邏輯，亦即主觀的犯罪事實通常找不到其他證據，如果也一定要適用補強法則，將是對於有罪確信的客觀根據作出過苛的要求。不過，如果貫徹這個思考邏輯，我們也必須回頭思考，為了證明客觀的犯罪事實或被告與行為人同一性，如果具有可信性的自白也一律適用補強法則，在個案中可能同樣會造成過苛的結果。換言之，通說其實無法告訴我們，為何自白虛偽危險性的可接受度，不是依據個案特性而定，而是依據待證事實係客觀／主觀／同一性的類型區分而定。

（三）小結

至此可知，自白補強法則是建立在自白有「特別的虛偽危險性」，此一虛偽危險性只對「特定待證事實」顯得不可忍受的雙重假設上，這些假設可能沒有充分的事實基礎。它和十九世紀前日耳曼法的法定證據規則，例如被告自白或兩名無瑕疵證人即可（並始能）證明有罪⁷⁴，一樣都有缺乏心理學根據的問題。為了防止虛偽自白造成誤判，補強法則似乎也不是唯一的方法。如果終審法院在自由心證的內

⁷⁴ Vgl. nur Roxin/Schünemann, a.a.O. (Fn. 50), §45 Rn. 42.

在界限內，就個案或是對於特定類型的案件，對於事實審法院形成心證的說明義務及論證義務，參酌心理學研究累積出更具體的判斷標準，充實推論自白可信性之經驗法則，或許是一個更加周全、與時俱進的防止誤判的方法⁷⁵。

儘管如此，在立法政策上應否維持自白補強法則，則是不容易回答的問題。一方面，自白補強法則宣示立法者不以自白為偵查重心的基本立場，而且在法官對自白迷思作用的免疫力尚不充分時，透過形式上的補強證據要求，多少有減少誤判風險的作用。另一方面，自白補強法則概括削弱自白的證據價值，在自白真實性已獲確認，而且在單獨足以使法官形成確信的例外情形，使發現真實的可能性受到不當侷限。況且自白補強法則使法院更難以使用自白定罪，現實上未必真的會削弱自白在刑事程序上的重要性，反而可能促使法律透過隱密偵查的方式取得被告自白，諸如通訊監察、誘捕偵查、臥底偵查等，使被告之不自證己罪特權在更大範圍裡被架空⁷⁶。最後，維持僵化的自白補強法則，長期也可能使終審法院對於事實審認定自白證據價值的監督，停留在發展僵化且缺乏心理學根據的補強法則，疏於掌握真正影響自白真實性的危險因素，反而削弱其防止誤判的作用。因此，長期而言不宜堅持自白補強法則作為自由心證之外部限制。

即使不贊成本文的立法政策呼籲，就此處涉及之超法規補強法則正當性而言，上述檢討至少顯示，在自由心證應受經驗法則與論理法

⁷⁵ 同樣質疑自白補強法則之必要性：王士帆，前揭註 61，頁 89。

⁷⁶ Arzt, Ketzerische Bemerkung zum Prinzip in dubio pro reo, 1997, S. 23 f.; 薛智仁，被告緘默評價禁止之現在與未來，刑事法雜誌，第五十六卷第一期，頁 89-90（2012）。

則限制的框架內，終審法院已有監督事實審法院心證形成的充分空間，自白補強法則作為立法者對於法官自由心證的外在限制，僅是基於對被告自白的普遍不信任所作的例外規定。在立法者尚未改變決定之前，我們固然應該予以尊重，但是在自由心證原則底下，它是否可以被擴大適用在其他證據方法，則有斟酌餘地。

三、超法規補強法則之正當性

前面已經提過，最高法院長期以來發展出超法規補強法則，適用於各種虛偽危險性較高的證詞類型上，其理由不外乎證人與被告利害相反、受減刑優惠、容易受誘導、身分保密等。法院即使認定這些證詞具有可信性，依然必須調查獨立於這些證詞的其他證據，始能作成有罪判決。最高法院擴大對於事實審法院自由心證的審查，固然有助於防止誤判，在學說上卻遭遇質疑。第一個質疑是，最高法院有無權限創設超法規補強法則⁷⁷？第二個質疑是，認定特定類型之證詞特別不可信的基礎何在⁷⁸？第三個質疑是，對於其他可疑的證詞，例如證人與被告關係不睦、有特定親屬關係等，是否應有補強證據⁷⁹？這些質疑直接挑戰超法規補強法則之正當性，值得我們深入分析。

⁷⁷ 吳景欽，性侵害案件中以被害人供述為唯一證據的正當性探討，軍法專刊，第五十六卷第二期，頁 101（2010）；李榮耕，證人能力與幼童證人／最高院 100 台上 6816 判決，台灣法學雜誌，第一九四期，頁 177（2012）。

⁷⁸ 吳景欽，前揭註，頁 101；李榮耕，前揭註。

⁷⁹ 李榮耕，前揭註。

（一）欠缺類推適用的前提

最高法院有無創設超法規補強法則的權限，涉及立法權與司法權在刑事訴訟法上的權力界線。一般認為，刑事訴訟法並不劃定國家刑罰權的範圍，不適用罪刑法定原則，因此原則上容許類推適用。不過，類推適用的前提是存在違反立法者規範計畫的法律漏洞，並且基於法律保留原則，類推適用不得擴大對憲法基本權利之干預⁸⁰。超法規補強法則的作用僅在限制法官自由心證的權力界限，不會擴大對於被告或其他程序參與者的基本權利干預程度，因此類推適用刑事訴訟法第 156 條第 2 項並無違反法律保留原則的疑義。超法規補強法則的真正疑義在於，現行法未就特定證詞類型制定補強法則，是否為違反立法者規範計畫的法律漏洞？

就此，立法者在證據評價上以自由心證原則為出發點，就是交由法官根據個案情節認定所有證據的證明力，自白補強法則作為例外規定，顯然是立法者考量自白特別缺乏可信性的結果，藉此防止誤判及落實不自證己罪原則。換言之，立法者只規定自白補強法則而未規定證言補強法則，是因為後者缺乏其所預設之普遍不可信性，也沒有落實不自證己罪原則的意義。即使立法者在 2003 年增訂「共犯之自白」適用補強法則，表現出對共犯「證言」有彼此嫁禍傾向的普遍不可信性，也是將補強法則限定在共犯證言類型，而不及於其他可疑的證言

⁸⁰ 據此，傳聞例外規定之類推適用干預被告受憲法保障之對質詰問權，即是違反法律保留原則之類推適用，應予禁止。詳見李佳玟，刑事訴訟法中之法律與類推適用－以南迴搞軌案為例，日新司法年刊，第八期，頁 156-158（2008）。對於刑事訴訟法之類推適用實務檢討，詳見阮愷蓉，刑事訴訟法上之類推適用，國立政治大學法律學研究所碩士論文（2012）。

類型。考其修法歷程，立法者是為了解決舊法時期「被告自白」是否包括共犯或共同被告在內的爭執，才將「共犯自白」列入，使共犯對於自己犯罪之供述作為認定其他共犯犯罪之證言時，亦應有補強證據⁸¹。立法者的這個決定，顯然是考量到共犯證言含有自白在內，自白迷思的作用容易使法官高估共犯證言的可信性，造成誤判的危險性高於其他證言；其他證言的虛偽危險性與自白迷思的作用無關，自然無適用補強法則的必要。因此，現行法未將其他證言類型納入補強法則，是立法者有意的決定，不是違反規範計畫的法律漏洞，最高法院自行創設的超法規補強法則，不符合類推適用的方法論前提。學說質疑最高法院創設超法規補強法則的權限，有其道理。

基此，補強法則之適用範圍不得逾越刑事訴訟法第 156 條第 2 項的文義。最高法院最近重申，「對向犯」之一方對他方之不利供述基於虛偽危險性大，亦應適用實務發展的超法規補強法則，並指摘原審⁸²援引日本實務見解，認定共犯自白不必有補強證據，將行賄者指證收賄者的證詞當作有罪判決的唯一證據，未注意我國法制及實務與日本不同⁸³。最高法院的出發點是：對向犯並非刑法上的「共犯」，其供述亦非刑事訴訟法第 156 條第 2 項之「共犯自白」，但是仍然必須適用超法規補強法則。本文認為，如果最高法院認為對向犯不是刑法上的「共犯」，不能直接適用自白補強法則，那麼也不能自行創設超法規補強法則，要求原審為行賄者的指證附加補強證據。如果最高法院擔心對向犯供述的虛偽危險性過大，堅持一定要適用補強法則，方法論上較為

⁸¹ 參考林永謀，前揭註 52，頁 166-168；陳運財，前揭註 69，頁 123。

⁸² 台灣高等法院花蓮分院 104 年度重上更（五）字第 15 號刑事判決。

⁸³ 最高法院 105 年度台上字第 1881 號刑事判決。

恰當的作法，應是承認本條的「共犯自白」概念自始包含對向犯之供述在內。理由是，共犯自白補強法則的理論基礎在於，對於同一犯罪事實有共犯嫌疑之人，可能作出將責任嫁禍給其他共犯的證言，因此同一犯罪事實有共犯嫌疑之人對於彼此的證詞，都會有立法者預設的虛偽危險性，此一危險性與是否適用刑法第 28 條以下規定無關。更何況，共犯概念的文義原本就可以涵蓋多數人共同參與犯罪的事實，不必受到其於刑法上屬於共同正犯、教唆犯或幫助犯等評價所拘束。在對向犯的參與者之間，例如行賄者與受賄者或是通姦者與相姦者，儘管不適用刑法第 28 條以下規定，卻都是共同完成賄賂罪或通姦罪的人，符合「共犯」的文義。退一步來說，即使依據刑法來界定共犯概念，也無法直接否定對向犯的共犯屬性。對向犯不適用刑法第 28 條以下規定，並不是因為自始不符合共同正犯、教唆犯或幫助犯的成立要件，而是立法者根據刑事政策上的考量，在刑法分則已對於其典型的犯罪參與行為規定特別的法律效果，如果適用刑法第 28 條以下規定將會牴觸立法者的意思⁸⁴。例如，職務行賄行為在實質上是教唆公務員職務受賄，既然立法者有意不罰職務行賄行為，就不應該論以教唆公

⁸⁴ 詳見許澤天，對向犯之研究，成大法學，第十九期，頁 45-77（2010）。我國實務認為「對向犯係二個或二個以上之行為者，彼此相互對立之意思經合致而成立之犯罪，如賄賂、賭博、重婚等罪均屬之，因行為者各有其目的，各就其行為負責，彼此之間無所謂犯意之聯絡」（最高法院 81 年度台非字第 233 號刑事判決），將對向犯理解為本質上並非共同正犯，則是有待商榷的看法。事實上，犯意聯絡的意思是行為人彼此對於分工實現特定犯罪構成要件的協議，行為人對於其共同實現特定犯罪構成要件有認識即可，並不以行為人之目的一致為必要。換言之，對向犯的行為人即使各有其犯罪目的，但是對於實現犯罪構成要件（製造法益侵害）一事有其共識，後者即足以建構其刑事責任。此一觀念已見於：黃榮堅，圖利罪共犯與身分，台灣本土法學雜誌，第三期，頁 184-191（1999）。

務員職務受賄罪，否則會架空立法者的不罰決定。因此，不論是從多數人參與犯罪的事實或是刑法第 28 條以下的法律定義，所謂的對向犯都可以包含在本條項之「共犯」文義之內，應直接適用刑事訴訟法第 156 條第 2 項⁸⁵，而不是另行創設超法規補強法則。

（二）可疑證言類型之恣意性

即使不考慮最高法院創設超法規補強法則的權限問題，其係基於何種標準選定適用超法規補強法則的證言類型呢？初步歸納可知，最高法院的出發點是，特定類型之證言有高度虛偽危險性，而且具結、交互詰問與對質等程序無法排除此一虛偽危險性。這些證言之虛偽危險性來源不一，有來自與被告利害相反者（被害人或告訴人），有來自追求減刑優惠者（污點證人），有來自證人易受暗示者（兒童），有來自證人身分保密者（秘密證人）。不過，問題在於，這些看似明確的標準被挑選出來決定是否適用超法規補強法則的理由何在？

1. 證言之證據評價因素

對此，我們必須先簡單瞭解證言之證據評價因素為何。法官對於證言之證據評價，主要來自對於證人的證言能力（Aussagefähigkeit）與證言可信性（Glaubwürdigkeit），窮盡考量相關因素予以綜合判斷⁸⁶。證言能力是指證人對於其所陳述之具體過程或事件，有觀察、記憶與重述的能力，不過此一能力無法僅依其年齡或精神狀態而予以概括認

⁸⁵ 就此結論相同：林帥孝，對向犯不利於被告之供述是否需有補強證據－兼評最高法院 98 年度臺上字第 3185 號判決，刑事法雜誌，第五十八卷第一期，頁 41-54（2014）。

⁸⁶ Eisenberg, a.a.O. (Fn. 50), Rn. 1362 ff., 1426 ff.

定⁸⁷。證言可信性並不是指證人的長期人格特質是否可受信任，而是指其對於特定事件的供述是否屬實。因此，對證言可信性的判斷，不能僅訴諸證人所屬職業或國籍的抽象經驗值（例如商人常說謊）或是證人在訴訟上的形式地位（例如被害人），證人與被告的人際關係或證人有參與犯罪的嫌疑，不必然使證言欠缺可信性，正如同證人是警察不必然就有可信性⁸⁸。

很粗淺地說，證言之可信性判斷，首先必須根據證言本身的細節性、邏輯性與前後一致性等因素認定其品質，如果證言具備充分的品質，則應根據證人的智識能力及其對於供述對象的應有能力，認定他有無能力作成如此的證言，如果依其能力應該無法作成如此品質的證言，其證言即可能是出於說謊而不是出於親身經驗。如果無法確定該證言是否出於親身經驗，必要時應調查證人有無動機作成虛偽陳述⁸⁹。要注意的是，證人有說謊動機不等於實際上就是說謊，而是必須進一步判斷，說謊動機對於證人的主觀意義以及說謊的後果。例如，證人因為不同情被告而有說謊動機，這個微弱的說謊動機，可能足以使其說謊讓已經自白的被告稍微加重罰金，卻可能不足以使其說謊讓被告判處長期的徒刑⁹⁰。不過，即使證言的品質良好而且出於證人的親身經驗，至多只能被評價為反應了證人的主觀真實，如果要判斷證言是否與客觀事實相符，則必須進一步排除使證言不實的其他原因。第一個原因是證言係出於錯誤（Irrtum）：錯誤的原因可能來自於待證事實本

⁸⁷ Julius, in: Gercke/Julius/Temming/Zöller (Hrsg.), Strafprozessordnung, 5. Aufl., 2012, §261 Rn. 27.

⁸⁸ Julius, a.a.O. (Fn. 87), §261 Rn. 27.

⁸⁹ Bender/Nack/Treuer, a.a.O. (Fn. 56), Rn. 477 ff., 484 ff.

⁹⁰ Bender/Nack/Treuer, a.a.O. (Fn. 56), Rn. 255 f.

身容易被誤判，例如被害人在黑暗中被襲擊，有關遭受襲擊的事實本身的證言幾乎不會出錯，但是對於襲擊者身分的證詞出錯機率就顯著升高；錯誤的原因可能來自證人在觀察、記憶、陳述的任一階段出錯，例如證人的語言能力不足以正確說明其記憶的內容，每個階段的出錯可能性累積起來，會逐漸降低證言的可信性⁹¹。第二個原因是證言係出於暗示（Suggestion），不過其案件數量明顯較少，在個案中證言是否真的出於他人的暗示，取決於證人是否受到他人密集的影響，如果真的存在暗示，通常就必須考慮對證詞進行心理學鑑定⁹²。

2. 可疑證言之類型化？

基於上述，證言能力與證言可信性決定了證詞是否符合真實，即使不考量證人的個人條件，光是作為證言基礎的觀察、記憶、陳述及誠實性等，就存在無數影響證詞真實性的因素，法官既無法從幾個有利真實性的因素存在就認定證言正確，也無法只從幾個不利真實性的因素就認定證言不正確。據此，最高法院透過特定因素歸納出虛偽危險性較大的證詞類型，就有以偏概全之嫌。

第一個以偏概全之處是，最高法院所指出的危險因素，偏重於說謊動機與受暗示可能性，卻完全忽略觀察、記憶與陳述錯誤的危險因素。事實上，證言有說謊動機與受暗示可能性只是一部份證言虛偽的危險因素，既不是經證實出現頻率最高的危險因素，也未被證實是促成虛偽證言的作用最強的危險因素。假如含有這些危險因素的證言類型，其虛偽危險性果真如此顯著而重大，那麼可以想見的是，檢辯雙

⁹¹ Bender/Nack/Treuer, a.a.O. (Fn. 56), Rn. 489 ff.

⁹² Bender/Nack/Treuer, a.a.O. (Fn. 56), Rn. 499 ff.

方更有可能以這些危險因素作為交互詰問的主題，揭露證詞虛偽性的可能性反而更高，法官也更可能對於證言的可信性作更仔細的批判性評價。相對地，對於那些不易察覺的危險因素，交互詰問就未必能揭露其證詞的虛偽性。例如，車禍目擊者因為認為開名車的人都愛超速，即使不確定肇事者的車速，也作出肇事者超速的證言。在看似中立的證人背後，含有對於特定性別、職業、年齡、階級人士的偏見，對車禍肇事者的厭惡或對於被害人的同情傾向，都是影響證言可信性的危險因素，卻容易被證人的中立形象所掩蓋。因此，最高法院認為，具有這些危險因素的證言類型，特別無法透過具結、交互詰問或對質等方式排除其虛偽危險性，是沒有實證根據的說法。

第二個以偏概全之處是，最高法院所指出的危險因素，並不一定會在個案中真正導致證言虛偽。例如，兒童證人容易遭到暗示，不代表就真的已經受到不當暗示，其證言的可信性主要取決於訊問的方式以及是否受到成年人的影響，例如兒童是否接受心理治療，是否處於特殊的家庭狀況（特別是父母正在打離婚官司或爭奪監護權）等⁹³。同樣地，被害人與被告利害相反，並不代表被害人就會說謊嫁禍被告，因為並非每個被害人都希望被告承受不應得的制裁，或者希望透過判決被告有罪而獲得損害賠償，也不是每個有此種動機的被害人，都有勇氣作出虛偽證言，法官不得僅憑被害人的地位，就概括地低估被害人證言的可信性。基於相同道理，匿名證人也未必比起顯名證人的證言不可信，匿名指控可能獲得其他事證的支持，顯名指控也可能天花亂墜，查無根據。因此，最高法院單純基於這些危險因素的存在，就

⁹³ Julius, a.a.O. (Fn. 87), §261 Rn. 32.

一概降低特定證言的證據價值，顯然是高估其對證言可信性的影響力。

據此，證言可信性的危險因素眾多，其於個案的作用也不一，最高法院卻自行挑選特定的危險因素，並直接據此認定證詞的虛偽危險性較高，利用以偏概全的標準對證言進行類型化，可說是缺乏實證根據的恣意決定。此種類型化的恣意性，潛藏著任意擴大超法規補強法則適用範圍的危險。因為，既然證言有無高度虛偽危險性全憑最高法院自行認定，其未來基於某些證人容易有觀察或記憶錯誤（例如老年人）的理由，將此種易生錯誤的證言列入需有補強證據的類型，可說是毫無障礙。極端的結果是，最高法院可以透過恣意擴大超法規補強法則，使所有證言都需要補強證據，完全掏空法官對於證言的自由心證權限。即使最高法院維持僅在其所選定的證言類型適用超法規補強法則，此種恣意性並不會消失，因為其所選定的危險因素都非常抽象。尤其是所謂「與被告利害相反」的危險因素，不僅存在於被害人或告訴人身上，而且也存在於其他證人身上，例如證人是被告的兄弟姊妹，將會因為被告獲判有罪而分配到更多遺產，或者證人是被告的事業競爭者，被告獲判有罪將可以藉機擴展自家產品的市占率等。此種利害相反的關係不一定只存在於財產關係上，也可能是存在於非財產關係上，例如證人是被告的情敵，因為被告獲判有罪而趁機與其女友交往。

綜上所述，最高法院認定證言虛偽危險性可能來自利害衝突、易受暗示、追求減刑或身分保密等因素，固然無誤，但是這並無法立刻推論出，特定類型之證言因此虛偽危險性比較大，而且無法透過其他程序機制予以克服。其對可疑證言的類型化，顯然是運用了恣意的標準，而且潛藏了恣意擴大超法規補強法則的危險。因此，學說質疑最高法院認定特定證言不可信缺乏理論基礎，甚至可能擴大適用到其他

證言，一樣值得贊同。

（三）解除證據調查義務之手段

值得思考的是，為何實務會逐漸發展出超法規補強法則？表面上來看，這與證言之可信性不穩定有密切關係。法官自由心證是一個黑洞，潛藏許多誤判的危險，即使是最謹慎用心的法官也無法絕對避免誤判，因此由終審法院發展出更為具體的規則，要求法官在證據評價上盡更多的說明與論證義務，是防止誤判的必要手段之一。不過，即使不發展超法規補強法則，最高法院在其既有的審查權限內，也已經有充分空間來監督法官對證言的證據評價。因為，事實審法官必須窮盡調查本案相關之證據，就出於審判庭整體之證據，依據論理法則與經驗法則形成心證，若是其採信單一證言為有罪判決之根據，並非基於充分之客觀事實或者違反論理法則或經驗法則，法律審自得以其判決違背法令而撤銷之。例如，事實審法官採用兒童證言作為有罪判決的根據，若是在個案中有具體根據顯示，該證言可能受到其他成年人的影響，法官卻未對於此一影響證言可信性的事實進行調查，或者選任鑑定人作成證言可信性的心理學鑑定報告，判決將因為法官未盡職權調查義務（刑事訴訟法第 379 條第 10 款）而違背法令。又如在性侵案件裡，被告否認犯罪，只有被害人的指控，法官直接以被害人與被告素昧平生，不會無端陷害為由，就認定被告性侵的事實，卻未充分考量各種被害人證言出錯或說謊的可能性，判決也會因為理由不備（刑事訴訟法第 379 條第 14 款）而違背法令。如此的監督方法，不但在終審法院的固有權限之內，而且避免單純因為證人有單一的危險因素，就迫使法官調查補強證據才能判決有罪。長期而言，最高法院也

可以逐漸就特定案件類型累積證據評價的規則，一方面統一事實審的證據評價標準，另一方面保留因應個案處理的空間。因此，防止誤判並無法充分說明超法規補強法則的存在理由。

本文認為，實務未能發展此一回歸自由心證原則的監督方法，反而逐漸擴大適用超法規補強法則，現實上的理由可能是節省法官調查證言可信性的耗費。如果沒有超法規補強法則，事實審法官固然保有自由形成心證的空間，卻同時被課予對於證言可信性之審查義務及說理義務，尤其在證人與被告或證人彼此之供述相互對立（*Aussagen gegen Aussagen*）的情形，需要特別消耗精力地進行證據調查，並且詳細說明其不採信其中一個對立證言的理由。若有超法規補強法則，對於某些依其審判經驗或直覺不願相信的證言，事實審法官便可以透過欠缺補強證據的說理方法，否定依據可疑證言作成有罪判決的可能性，不必再詳細調查或說明該證言欠缺可信性。例如，對於兒童的性侵指控，假如缺乏其他客觀事證予以佐證，透過超法規補強法則，事實審法官便可以省去調查兒童是否被暗示而作出虛偽指控的麻煩，也不必再就證言可信性進行心理學鑑定，而是可以逕行以缺乏補強證據為理由判決無罪。問題是，基於訴訟經濟而生成的超法規補強法則，決定其適用範圍大小的因素，將是未經心理學證實的法官經驗（直覺或偏見）或結案方便性，而不是證言虛偽危險性的高低，更不是待證事實之誤判可能性高低。其結果是，立法者設定之自由心證原則與法官職權調查義務，皆被最高法院透過超法規補強法則暗中解除。此種作法，對於個案的真實發現也是兩面刃：被歸類為可疑證言類型的證言，如果在個案中確實是不可信，適用超法規補強法則的結果就有防止誤判的作用；如果該證言在個案中其實具有可信性，適用超法規補

強法則的結果就是對於有罪判決設定過高的門檻。我們可以想見，對於被害人證言一概適用補強法則，現實上可能迫使被害人提起告訴時，必須自行蒐集獨立於證言的證據方法，否則難以使被告定罪。最近發生一則印尼外勞遭雇主性侵而求助無門，被害人竟然必須自拍性侵過程，避免自己的指控不被相信，正是超法規補強法則的可能的不幸後果。

（四）替代方案

據此，在自由心證原則及職權調查義務的前提下，法官無權自行創設超法規補強法則，將其適用在恣意選定的可疑證言類型上。此種作法並非防止誤判的必要手段，反而成為法官將案件脫手的技巧，或是實現國家刑罰權的不當障礙。最佳的替代方案是徹底捨棄超法規補強法則。如此的建議並不是預設，我們應該完全信賴法官的自由心證不會恣意，所以最高法院不必予以監督，或者沒有必要再採取其他改善恣意自由心證的配套措施。其真正的意思是，最高法院應該是在其既有的審查權限內，落實自由心證之論理法則與經驗法則的內在界限，必要時加強其說理義務，而不是自行擴大構成自由心證例外的補強法則。至於改善自由心證的恣意性，更重要的途徑恐怕是省思法律人的養成教育、增加法律審之審查權限、擴大糾正誤判的再審途徑、培養懷疑的文化⁹⁴。若非如此，超法規補強法則防止誤判的作用恐怕也是微乎其微。

如果實務不願放棄超法規補強法則，那麼次佳的替代方案就是去

⁹⁴ 參考 Thomas Darnstädt 著（鄭惠芬譯），前揭註 66，頁 366-368。

思考如何發展出一個穩定的適用標準。有文獻建議，被害人證言適用超法規補強法則的理由並非其虛偽危險性特別大，或是與被告之利害相反，而是為了補償被告的詰問可能性受到限制。例如，在性侵害案件裡，為了避免被害人遭到二度傷害，法律不僅擴大傳聞法則之例外（性侵害犯罪防治法第 17 條），並且限制被告詰問被害證人的可能性（性侵害犯罪防治法第 16 條），故應該透過超法規補強法則，補償檢驗證言可信性之程序措施之不足⁹⁵。換言之，補強法則之適用必要性，取決於擔保證言真實性之程序機制欠缺⁹⁶。

本文認為，此種程序擔保機制之欠缺，同樣可以成為自由心證範圍內嚴格認定證言可信性的因素之一，未必能推論出適用超法規補強法則之必要性。不過，在不放棄超法規補強法則的前提下，相對於最高法院恣意選定可疑證言之類型適用補強法則，此一標準之理論預設與適用標準均較為合理。一方面，此一見解不是恣意地預設特定類型之可疑證言虛偽危險性較大，通常之程序措施無法排除此危險性，而是承認任何證言類型都有不同的虛偽危險因子，這些危險性只能透過具結與交互詰問等方式予以揭露，如果具結或交互詰問的可能性受到限制，就有限制法官自由心證予以補償的必要性。另一方面，此一見解可能更加符合最高法院發展超法規補強法則的初衷。最高法院早期

⁹⁵ 吳景欽，前揭註 77，頁 102-104。類似於此，我國文獻亦有主張對於未經詰問之證言應採佐證法則，不得作為有罪判決之唯一或主要基礎，參考林鈺雄，證人概念與對質詰問權－以歐洲人權法院相關裁判為中心，歐美研究，第三十六卷第一期，頁 166（2006）。此一見解最近亦為實務所採納，參考最高法院 105 年度台上字第 757 號刑事判決。

⁹⁶ 此一觀念也適用於共犯證言，例如陳運財，前揭註 69，頁 130 早已主張，刑事訴訟法第 156 條第 2 項之「共犯自白」應限縮適用於「未經被告於審判期日依法詢問或詰問之共犯的陳述」，誠屬的論。

將補強法則適用於告訴人與被害人證言，很可能是當時尚無嚴格證明概念，未認知到告訴人與被害人之證人地位，其供述未經調查證人所必要之具結或對質詰問；而兒童證言適用補強法則，則是因為八歲兒童不必具結。因此，最高法院一開始發展超法規補強法則，可能不是因為被害人、告訴人及兒童證言可信度低於其他證言，而是因為這些證言真實性的程序擔保措施有所不足，故限制法官的證據評價自由，以防止誤判。後來最高法院對於超法規補強法則的司法續造似乎未能緊扣此一核心思想，反而自創缺乏心理學根據的可疑證言類型，當務之急應是回歸補償擔保證言真實性之程序機制欠缺的精神。如今實務雖然已經逐漸貫徹嚴格證明法則，不過立法者也經常基於保護被害人免於二度傷害等理由，排除或限制具結、交互詰問或對質等程序之適用，因而有透過補強法則限制法官心證的補償必要性。

若是根據補償擔保證言真實性之程序機制欠缺的標準，超法規補強法則之適用範圍將大幅限縮。依此，被害人或告訴人與被告之利害相反、污點證人享有減刑或免除追訴之利益、兒童或精神病患易受誘導之特質等，不再是適用超法規補強法則的充分理由，而是進一步取決於其是否因此而欠缺擔保證言真實性之程序機制。例如，性侵害之被害人證言，因為適用隔離詰問措施（性侵害防治法第 16 條）或傳聞法則（性侵害防治法第 17 條），限制了被告的對質詰問權，故應適用補強法則予以補償。秘密證人之證言，亦因為訊問時採取隔離詰問措施（證人保護法第 11 條第 4 項），應適用補強法則。兒童或精神障礙之證人，僅在欠缺具結能力（刑事訴訟法第 186 條第 1 項）而不得具結時，因為擔保證言真實性之程序機制欠缺而適用補強法則。

四、警察證言之補強必要性？

回到本文評釋的判決。本判決認為，誘捕偵查之司法警察就偵辦案件過程作證，其證言因為立場與被告對立而有較大的虛偽危險性，基於告訴人證言適用超法規補強法則的同一法理，亦應有補強證據；此一補強證據的要求，不僅適用於認定犯罪事實，也適用於認定誘捕偵查之合法性。此一判決延續「與被告利害相反」類型的超法規補強法則，適用本文對於超法規補強法則的批評，同時也證實了我們的質疑：超法規補強法則的存在根據只有法院恣意認定的「虛偽危險性較大」，配合彈性極大的「與被告利害相反」類型，成為法院恣意限縮自由心證空間的媒介。當司法警察是就偵辦過程作證時，此種「虛偽危險性較大」的證言危及的也就不僅限於「犯罪事實」，而是包括「程序合法性事實」在內。超法規補強法則的適用範圍究竟極限在哪裡，恐怕很難說清楚。

本判決因為司法警察「與被告利害相反」就認定其證言一概較為不可信，也是過於武斷。我們可以理解，法官不應該對司法警察的證言照單全收，而是要保持懷疑與批判的精神，否則就可能使警察的違法手段從程序開端就支配審判的結果。不過，不應該一概相信司法警察的證言，並不等於要一概對司法警察證言的可信性打折扣。持平而言，警察是受過專業訓練的觀察者，通常比外行人更能注意到刑法上重要的事實，而且其記憶和敘述能力也被訓練過，會為了準備將來的訊問而作紀錄，所以通常是較為可靠的證人⁹⁷。但是，警察也可能是對

⁹⁷ Bender/Nack/Treuer, a.a.O. (Fn. 56), Rn. 1413 f.; Eisenberg, a.a.O. (Fn. 50), Rn. 1455.

被告而言麻煩的證人：警察可能基於職業的偏見造成觀察上的錯誤，或者自行補充未觀察到的細節，例如在常有毒品交易的公園看到有人鬼祟地交換東西，就認定一定是在買賣毒品，儘管實際上只是交換贓物或其他無關緊要的東西⁹⁸。警察所觀察的事物，可能是他平日的例行公事，當他被問及這類事物時，通常無法記得具體個案的細節，這些反覆經歷的相似事物在警察的記憶裡會互相混淆⁹⁹。警察通常被期待是一個專業的觀察者，擁有完整觀察與記憶的能力，這會使他承受不敢承認觀察記憶有漏洞的心理壓力，增加其事後補充未能完整觀察或記憶的結果的危險¹⁰⁰。不少警察會將法院的無罪判決當成個人的挫敗，有損於職業上的名聲，但是也有許多警察坦然接受法官未能對被告有罪形成確信。如果警察根據其調查結果認為被告嫌疑重大，有可能會窮盡一切可能證明自己是對的，甚至在極端情形下產生追訴狂熱¹⁰¹。因此，司法警察的證言可信性，只能就個案認定這些危險因素是否發揮作用。

據此，根據本文建議之最佳方案，不論司法警察是否進行誘捕偵查，其證言皆不應適用超法規補強法則，排除司法警察證言虛偽危險性的方法，是對於警察證人踐行嚴格證明程序，僅在其具有證據能力且經合法調查時，始得作為有罪判決之根據；法官應依其確信自由判斷警察證言之可信性。即使是依據本文建議的次佳方案，超法規補強法則之適用標準在於補償程序擔保機制欠缺之必要性，由於誘捕偵查

⁹⁸ Bender/Nack/Treuer, a.a.O. (Fn. 56), Rn. 1415 ff.

⁹⁹ Bender/Nack/Treuer, a.a.O. (Fn. 56), Rn. 1421 ff.

¹⁰⁰ Bender/Nack/Treuer, a.a.O. (Fn. 56), Rn. 1424 ff.; Julius, a.a.O. (Fn. 87), §261 Rn. 35.

¹⁰¹ Bender/Nack/Treuer, a.a.O. (Fn. 56), Rn. 1427.

的警員作證，亦完全適用與一般證人相同的傳聞法則、具結與交互詰問等程序擔保機制，警察證言同樣沒有適用補強法則的必要性。

肆、結論

本文評釋之判決，涉及促成性交易罪（刑法第 231 條第 1 項）與超法規補強法則（類推適用刑事訴訟法第 156 條第 2 項）之適用範圍（本文壹）。對於這兩個通案性的法律問題，本文立場如下：

首先，促成性交易罪之適用範圍，應朝保護性工作者自主權的方向限縮：第一、在性行為雙方之間至少應有要求或約定性交易關係；第二、行為人對於提供性服務之人的引誘、容留或媒介行為，應有剝削或控制的作用，意圖獲利的來源不必限定於接受性服務之人。就此而言，最高法院要求行為人之獲利來源係接受性服務之人（所謂外部關係），已經含有保護性工作者自主權的思想，但是標準過於僵化（本文貳）。

其次，超法規補強法則不應存在。刑事訴訟法第 156 條第 2 項僅將補強法則適用於被告或共犯自白，不包括其他證言在內，並非違反規範計畫的法律漏洞，欠缺類推適用的方法論前提。再者，最高法院選定之證言虛偽的危險因素，亦是出於恣意的決定，其適用範圍將無從節制，不當限制法官自由心證的空間。最佳替代方案應是放棄超法規補強法則，在原本自由心證的範圍內，具體審查法官引用證言為有罪判決根據，是否違反職權調查義務或判決不附理由或理由矛盾。次佳的替代方案，則是根據補償證言真實性擔保措施欠缺的必要性，謹

慎界定超法規補強法則之適用範圍（本文參）。

根據本文的上述立場，本判決引用、延伸最高法院立場的法律見解，均有值得檢討之處。儘管如此，本判決的結果仍然值得贊同。本案的關鍵在於，在服務小姐阮美玲與喬裝員警林榮貴之間有無性交易關係？唯有證明此一事實存在，始有可能認定被告甲成立促成性交易罪。不過，在阮美玲和被告甲均否認性交易事實的情況下，僅有林榮貴的職務報告書、偵訊與原審訊問時的證言可供推論性交易事實存在。然而，其前後證言缺乏一致性，對於阮美玲是否要求或雙方有無約定性交易的說詞不一，證言的品質不高。既然沒有錄音證據佐證其證言內容真實性，養生館的設備與擺設也無法可靠推論性交易存在，法官無法確信其證言的真實性，也就無法排除沒有性交易事實存在的合理懷疑。基於罪疑唯輕原則，應認定無性交易事實存在，被告無罪。

中原財經法學

參考文獻

書籍

Brandon L. Garrett 著（張芷盈、何承恩譯），路人變被告：「走鐘」的刑事司法程序，新學林出版股份有限公司（2014）。

Thomas Darnstädt 著（鄭惠芬譯），法官的被害人：德國冤案事件簿，衛城出版社（2016）。

王士帆，不自證己罪原則，公益信託春風煦日學術基金（2007）。

甘添貴，刑法各論（下），三民書局股份有限公司，修訂四版（2016）。

阮愷蓉，刑事訴訟法上之類推適用，國立政治大學法律學研究所碩士論文（2012）。

林山田，刑法各罪論（下冊），自版，修訂五版（2006）。

林永謀，刑事訴訟法釋論（中冊），自版，改訂版（2010）。

林鈺雄，刑事訴訟法（上冊）－總論編，自版，七版（2013）。

陳子平，刑法各論（下），元照出版有限公司，二版（2016）。

許玉秀，透明的法袍－大法官解釋意見書（2003.10-2007.09），新學林出版股份有限公司（2008）。

陳怡潔，刑事審判中補強法則之研究，國立成功大學法律學系研究所碩士論文（2013）。

黃朝義，刑事訴訟法，新學林出版股份有限公司，四版（2014）。

盧映潔，刑法分則新論，新學林出版股份有限公司，修訂十一版（2016）。

Arzt, Gunther: Ketzerische Bemerkung zum Prinzip in dubio pro reo, 1997.

Bender, Rolf / Nack, Armin / Treuer, Wolf-Dieter: Tatsachenfeststellung vor Gericht, 4. Aufl., 2014.

Eisenberg, Ulrich: Beweisrecht der StPO, 9. Aufl., 2015.

Gercke, Björn / Julius, Karl-Peters / Temming, Dieter / Zöller, Mark A. (Hrsg.): Strafprozessordnung, 5. Aufl., 2012.

Joecks, Wolfgang / Miebach, Klaus: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl., 2012.

Kindhäuser, Urs: Strafprozessrecht, 4. Aufl., 2015.

Roxin, Claus / Schünemann, Bernd: Strafverfahrensrecht, 28. Aufl., 2014.

Schönke, Adolf / Schröder, Horst: Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl., 2014.

期刊論文

王皇玉，臺灣對性交易行為的管制與處罰，台灣法學雜誌，公法特刊期，頁 1-10（2010）。

王曉丹，法律繼受與法律多重製圖－人口販運法制的案例，中研院法學期

刊，第十五期，頁 77-137（2014）。

朱朝亮，自白補強證據之適格性，月旦法學教室，第一四一期，頁 36-38（2014）。

朱朝亮，自白補強法則之適用，月旦法學教室，第一五八期，頁 33-35（2015）。

李佳玟，刑事訴訟法中之法理與類推適用－以南迴搞軌案為例，日新司法年刊，第八期，頁 152-158（2008）。

李佳玟，自白的補強法則，月旦法學雜誌，第一七七期，頁 309-318（2010）。

李榮耕，證人能力與幼童證人／最高院 100 台上 6816 判決，台灣法學雜誌，第一九四期，頁 173-178（2012）。

何賴傑，共犯不利其他共犯之陳述與共同被告地位，台灣本土法學雜誌，第五十五期，頁 137-147（2004）。

吳景欽，性侵害案件中以被害人供述為唯一證據的正當性探討，軍法專刊，第五十六卷第二期，頁 87-104（2010）。

吳耀宗，「火車性愛趴事件」與刑法誘媒性交猥褻罪，月旦法學雜誌，第二〇六期，頁 201-220（2012）。

林志潔、莊宇真，在釋字第六六六號之後－從女性主義理論看台灣性產業之立法與規範，月旦法學雜誌，第一八六期，頁 5-18（2010）。

林帥孝，對向犯不利於被告之供述是否需有補強證據－兼評最高法院 98

年度臺上字第 3185 號判決，刑事法雜誌，第五十八卷第一期，頁 41-54（2014）。

林鈺雄，蓋上潘朵拉的盒子－釋字第五八二號解釋終結第六種證據方法？，月旦法學雜誌，第一一五期，頁 57-74（2004）。

林鈺雄，證人概念與對質詰問權－以歐洲人權法院相關裁判為中心，歐美研究，第三十六卷第一期，頁 121-173（2006）。

張天一，引誘媒介性交或猥褻罪之問題檢討－以性交易行為之可罰性為中心，軍法專刊，第四十七卷第七期，頁 33-41（2001）。

張明偉，人口販運犯罪之規範檢討，輔仁法學，第四十二期，頁 1-40（2011）。

許恒達，善良風俗、國民健康與促成性交易的刑事責任－以釋字第六六六號解釋為反思契機，月旦法學雜誌，第一八六期，頁 19-37（2010）。

陳運財，共同被告之調查，律師雜誌，第二八六期，頁 97-135（2003）。

許澤天，自白作為有利行為人量刑的犯後訴訟表現，中原財經法學，第二十五期，頁 1-62（2010）。

許澤天，對向犯之研究，成大法學，第十九期，頁 45-77（2010）。

黃朝義，自白與補強法則，日新法律半年刊，第六期，頁 128-147（2006）。

黃榮堅，刑法妨害風化罪章增修評論，月旦法學雜誌，第五十一期，頁 81-92（1999）。

黃榮堅，圖利罪共犯與身分，台灣本土法學雜誌，第三期，頁 184-191（1999）。

黃榮堅，對於性交易的刑法觀點－兼評大法官釋字第 623 號解釋，政治與社會哲學評論，第二十三期，頁 179-219（2007）。

楊雲驊，二〇〇三年初新修正刑事訴訟法被告及共犯自白規定的檢討，月旦法學雜誌，第九十七期，頁 70-84（2003）。

楊雲驊，補強證據，月旦法學教室，第二十五期，頁 18-19（2004）。

蔡聖偉，論強制性交罪違反意願之方法，中研院法學期刊，第十八期，頁 41-109（2016）。

盧映潔、沈洳瑩，娼妓問題之除罪化探討－兼評大法官會議釋字六六六號，台灣法學雜誌，公法特刊期，頁 70-85（2010）。

薛智仁，被告緘默評價禁止之現在與未來，刑事法雜誌，第五十六卷第一期，頁 57-94（2012）。

薛智仁，淺論公民抗議的刑事法問題，台灣法學雜誌，第二四〇期，頁 23-33（2014）。

薛智仁，無故取得電磁紀錄罪之解釋與立法，政大法學評論，第一三六期，頁 45-128（2014）。

Volbert, Renate: Falsche Geständnisse. Ü ber die möglichen Auswirkungen von Voreinstellung, Vernehmung und Verständigung, 2013, S. 230-239.

專書論文

黃榮堅，性交易與刑法上妨害性自主概念關係之研究，收錄於自由、責任、法－蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集，頁 297-326，元照出版有限公司（2005）。

中原財經法學

摘要

在刑事實務上，警方經常以誘捕偵查的手法查緝色情行業，究竟色情業者何時成立促成性交易罪，誘捕警員之供述得否作為認定犯罪之唯一證據，成為最近一則臺灣高等法院判決之焦點。該判決延續最高法院的立場認為，促成性交易罪之「以營利」要素係指行為人以追求外部關係之財產利益為目的，誘捕警員之供述應適用超法規補強法則，不得作為有罪判決之唯一證據。本文將指出，促成性交易罪應以保護性工作者之自由為目的，行為人僅在其促成行為具有剝削作用時成立本罪；至於最高法院發展之超法規補強法則，不僅欠缺類推適用之前提，其適用之可疑證言類型亦係出於恣意，係違法之司法續造，不應將其擴大適用於警員之供述。

**The Problematic Application of Crime of
Pandering and the Rule of Corroboration:
Comment on Taiwan High Court 104 Criminal
Appeal Case No. 1553**

Chih-Jen Hsueh

Abstract

In practice, the police often use the entrapment technique to investigate sex industry. Whether it is proper to determine the time of the offense of pandering based solely on the testimonies of the police officer who conducts the entrapment, is discussed in the recent case of Taiwan High Court. This case follows the opinion of the Supreme Court that the meaning of “to gain” element in crime of pandering should be narrowed to “acquire interests from external relations”. Besides, the testimony of the police officer who conducts the entrapment should apply to the extralegal rule of corroboration, and shall not be used as the sole basis of conviction. This article suggests that the purpose of the crime of pandering is to protect the freedom of the sex workers, and therefore the crime is established only when exploitation effect exists. As to the extralegal rule of corroboration, there is no premise required for the use of analogy. Also, the determination of types of doubtful testimonies that the extralegal corroboration rule applies is arbitrary.

This article suggests that the law-making by judge at issue is illegal and should not be further applied to the testimonies of police officers.

Keywords: crime of pandering, sexual transaction, public policy or morals, national health, freedom of sex workers, rule of confession corroboration, extralegal rule of corroboration, police officers, analogy in criminal procedure law

中原財經法學