

第一章

“總論

前情提要

證據篇每一年都出現在國家考試與研究所考題內出現頻率是考題上大宗，讀者必須好好在考前讀讀。總論先談證據能力與證明力區分，以及各個證據如何調查始為合法、國家證據保存的義務等。各論是證據篇精彩內容，本篇之末也是國考與法研所超愛考的傳聞證據，傳聞證據性質定性與例外容許界線。

證據能力答題前提需要注意證據能力解題層次概念宜區分清楚，第一，證據能力與證明力區分上不宜混淆。第二，嚴格證明法則需注意德派學者與美日派（以及實務同）學者對於嚴格證明法則理解上的不同。證據能力與證明力區分¹：證據能力容許證據進入證據調查前提要件，無證據能力不允許進入公判庭或作為證據調查對象；證明力為證據實質證據能力，為得作為證據之價值。申言之，必須有證據能力，才有證明力問題。

另一個德派學者與美日派（以及實務同）學者對於嚴格證明法則理解上不同。討論這個問題前，先探討嚴格證明法則的憲法基礎，由於犯罪事實與否，剝奪被告人身自由等重大權益應以證據認定。被告未經法院審判有罪確定前，應推定無罪。以刑事訴訟法目的以觀，發現實體的

¹ 參見黃朝義，證據能力與證明力之區辨——兼評最高法院93年台上字第664號判例等，台灣法學雜誌，第141期，2009年12月1日，頁255-259。

真實為刑事訴訟法內在原理，證據裁判主義規範法官認定事實心證作用俾防止法院濫用裁判權政策目的。

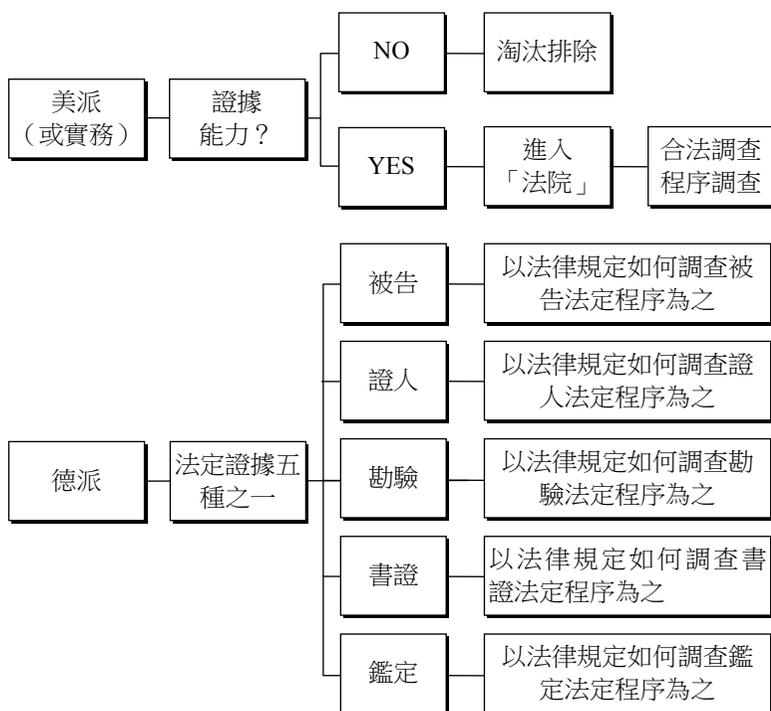
美日派或實務上對於「嚴格證明法則上」的理解，會以刑事訴訟法第155條第2項論述為出發點，即無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據。此條包含證據能力與合法調查概念，兩者具有「階段性」關係，前階段需判斷是否具有證據能力，具有證據能力後始得提出於法院依法定程序進行調查。具備證據能力為行合法調查之前提，無證據能力之證據不會進入法庭調查，縱使法庭上踐行了法定調查程序，亦不會使證據能力因此敗部復活而溯及取得證據能力²。

德派學者對於何謂嚴格證明法則則認為，嚴格證明法則為法院於審判期日踐行調查證據程序時，需受到**雙重性嚴格限制**，第一，只能使用法定之證據方法，第二，應依照此等證據方法的法定調查程序。我國法定證據方法僅有五種，扣除作為廣義證據方法的被告以外，其他四種證據方法分別為：證人、鑑定人、文書、勘驗³。若調查證人，僅能以法律規定如何調查證人法定調查程序為之（如詰問）。

承上小結，美日派與實務上對於嚴格證明法則理解為「先看是否具有證據能力，若具有證據能力，始得進入公判庭為合法調查」；德派對於嚴格證明法則上的理解為「法院於審判期日踐行調查證據程序受**雙重性嚴格限制**，第一為只能使用法定之證據方法，第二是應依照此等證據方法的法定調查程序。」答題上使用「嚴格證明法則用字」，需注意美日派（實務同美日派）與德派對於證據理解用語之差異。

2 陳運財，嚴格證明法則，月旦法學教室，第23期，2004年9月，頁133。

3 楊雲驊，檢察官依法勘驗製作筆錄與傳聞法則——評最高法院96年度台上字第7335號判決、97年度台上字第2019號判決、97年台上字第5061號判例、99年度台上字第4003號判決，檢察新論，第11期，2012年1月，頁5。



Q1 試水溫：證據調查方式——勘驗與被告自白。

檢察官偵辦甲攜帶兇器強盜超商之案件，依偵查所得之證據，包括：甲於偵查中坦承：「我有攜帶水果刀強盜之行為」等語，並作成偵訊筆錄；證人即店員乙於偵查中具結證稱：「甲當日有至超商持水果刀抵住我脖子，並要我把錢全部拿出來給甲」等語，其證詞亦製作成偵訊筆錄；此外，並有扣案之監視錄影畫面光碟一張及水果刀一把在卷可稽，本案於起訴後經指定辯護人到庭為被告辯護。試問：法院於審判期日進行中，對於上開被告之供述、證人之證述、監視錄影畫面光碟一張及水果刀一把，各應如何依刑事訴訟

法之相關規定進行合法之調查，以作為認定事實、形成心證之基礎？（25分）

（106調查局）

題型解說

光碟片與水果刀是否踐行勘驗容有爭議。勘驗非嚴格遵守直接審理主義，應個案區分是否需當庭勘驗。若有拖延訴訟審理問題則採否定，如勘驗光碟片需當場花費諸多時間故得以勘驗筆錄替代，但後續若有爭執則應當庭以相關設備播放；水果刀勘驗不涉及訴訟冗長問題，當庭提示水果刀可辨別血痕、指紋方向，若得另請鑑定人到場更能輔助本案真實澄清，是以水果刀應當庭提示。另外雖本題沒有考到相關爭議，但此提醒若考到勘驗與搜索的界線，仍需聲請搜索票以貫徹法官保留原則；另證人陳述按釋字第582號解釋需經過對質詰問，但偵查中證言是否須貫徹對質詰問程序則有小爭執。被告供述若未經強暴、脅迫，符合任意性得作為證據「之一」（注意：非定罪「唯一」證據）。

擬答

【共1,301字】

(一)扣案的水果刀與光碟合法調查方式：

1. 監視錄影畫面光碟、水果刀合法調查方式應行勘驗：

(1)勘驗透過感官知覺而對犯罪相關人、地、物等證據與犯罪情形調查方法⁴。錄影畫面需否當庭勘驗學說容有爭議，有認為法官於直接審理原則下，當庭勘驗可使法官蒞臨新鮮心證而為公平審判；另有認為按第42、43條規定，既有法律規定勘驗記載筆錄，則得以勘驗筆錄替代當庭勘驗錄影畫面以避免訴訟冗長。

⁴ 林鈺雄，刑事訴訟法（上），2017年9月8版，頁585。

(2)本文認為，勘驗本質上非為嚴格的直接審理主義，申言之，勘驗處分時常存在必須於法庭外勘驗，故「個案上」應區分，得允許特殊狀況下以勘驗筆錄替代當庭勘驗。若後續被告對於勘驗筆錄有爭執，按第165條之1第2項，審判長應以適當之設備，顯示聲音、影像、符號或資料，使當事人、代理人、辯護人或輔佐人辨認以及訴訟上予被告辯論之機會。

2. 本題扣案水果刀與光碟：

(1)監視錄影器光碟勘驗，原則上應予得按第42、43條製作的勘驗筆錄作為證據使用，若一律要求審判庭必須當庭播放監視錄影器為勘驗，勢必造成訴訟遲延。是以除當事人對於該筆錄有爭執，後續始按第165條之1第2項對於該光碟當庭勘驗，並予被告有辯論之機會。

(2)水果刀得否僅按扣押清單替代當庭提示證物容有爭議。或有實務認為勘驗筆錄按法定程序所製作故採取肯定見解，惟本文採取否定見解，雖勘驗並不嚴守直接審理主義，惟此亦基於避免錄音，則勘驗過程過於冗長拖延訴訟，抑或特殊情形必須法庭外勘驗，若強調此處適用直接審理原則，將生難處。惟提示水果刀並不生上開情形，判斷上應直接審理，除合乎例外，否則法院必須使用原始證據回歸而非扣押清單的派生證據。除非被告同意且無爭執，否則必個案上應提示水果刀⁵，使法官得當庭觀看水果刀外型、觀察相關證言、被告陳述交叉比對，形成心證，貫徹直接審理主義為審判軸心。

5 林鈺雄，刑事訴訟法（上），2017年9月8版，頁590。

(二)證人於偵查中證言：

1. 證人調查方法於訊問程序前具結（參第188條）並應經訊問，惟證人偵查中訊問需否經過對質詰問程序？雖按釋字第582號解釋貫徹證言應踐行對質詰問，惟多數學說認為審判與偵查程序論述上應加以區別。申言之，檢察官偵查中為積極訴追角色，若強制必須於偵查中給予被告對質詰問程序，豈不檢察官身為偵查訴追者，亦同為審判者，雙重角色易造成檢察官於刑事訴訟法中定位上的混淆，故多數認為偵查中證人僅需按第186條經過具結，該證言即具有證據能力，而毋庸給予被告偵查中對質詰問權機會，僅於審判中對於被告補行對質詰問權即可。
2. 本題，證人乙於偵查程序中具結後所為的證述有證據能力。

(三)被告之供述（自白）得否作為證據使用析下論述⁶：

1. 被告自白得否作為訴訟上證據使用，按第98條、第156條第1項綜合觀之，若被告自白非經過強暴、脅迫而為之者得作為證據，**為避免實務過度偏重自白，甚至過度評價自白，於重大社會矚目案件常以被告自白作為定罪基礎以彌平民怨**，故同條第2項，被告自白不得作為有罪唯一基礎，需有其他補強證據始得為之。
2. 本題，若偵查機關踐行告知義務，且非以不正訊問方式取得被告自

6 被告的自白放在解題的最後一個階層，原因是比較順。被告自白不得作為有罪唯一證據，原因是實務上過於依賴自白作為判斷依據，尤其是在重大社會矚目案件，故即使被告自白具任意且真實還是不夠，仍需要相關補強證據。本題題目論述相關證據看起來「比較」沒有疑問，沒有證據逸失、偽造變造、還是誘導證人的情形存在，被告的自白沒有遭受不正訊問另有相關補強證據。綜合而言，應該得作為認定事實、形成心證之基礎。不過如果想在比賽打個安打，則以「交由法官判斷綜合審酌是否有罪」比較保險。

白，其自白應具有任意性與真實性，按第98條、第156條第1項得作為證據，惟不得作為有罪唯一基礎。綜上所述，若扣案的水果刀與監視錄影的勘驗筆錄、證人證言若符合合法調查程序，審判者得綜合所有證據、事實以之作為心證形成之基礎。

Q2 國家機關保存證據義務

甲、乙二人因經商合夥產生債務糾紛，甲遂每日打電話給乙，要求乙須給付新台幣一億元否則將對其家人不利，經乙報警，甲於最後一次進行恐嚇取財時，被警方錄音存證，並予乙佯裝交款，而於約定地點取款時被逮捕，警方逕行將該錄音帶移送於案發前該管地方法院檢察署檢察長事前概括選任之刑事警察局委託鑑定，該錄音帶經聆聽比對及聲紋圖普比較法鑑定，認定係出於同一人，並做成鑑定報告書，檢察官依法偵查後，依該鑑定報告書對甲以恐嚇取財罪提起公訴，惟該錄音帶卻於警方與檢察官公文往返時逸失，審判法院依法審判，依該鑑定報告書形成有罪心證，對甲論知有罪判決。試論法院將該鑑定報告作為裁判之依據有無違法？（25%）

（103輔大法研）

題型解說

（一）本題考點不難，鑑定報告得否作為裁判依據第一個考概括選任問題，第二個考證據保存⁷問題。證據保存為本題主要爭點，故僅需附

7 注意保「存」證據與保「全」證據為不一樣，證據保存為：國家「以取得」相關證據，惟後續是否有「保存義務」；而證據保全為「尚未取得」相關證據，惟預供調查之證據有滅失之虞，此時當事人、辯護人得向檢察官或法院聲請