

第一章

刑事證據之基本原則

第一節 前言

爲了確實達到追訴者與被告間之武器平等（*Waffengleichheit zwischen Anklage und Verteidigung*）所必須之訴訟制度，在以當事人互相攻擊、防禦爲法庭活動主軸之訴訟程序中，除應使審判程序之進行符合經濟成本效益外，更應確保人民憲法上之基本權及程序正義，使法治國原則（*Rechtsstaatsprinzip*）之理念得以實現。然而，我國學理及實務上長期以來對於法定證據方法及證據調查程序之誤解，甚至對於證人取得證詞後，未經由正確之使用方法，導致於心證形成之過程中扭曲證據之本質，產生許多刑事訴訟基本原則適用上之疑義，造成各該原理原則並未呈現其本然面上應有之原義。因此，關於其所適用之刑事訴訟基本原則，自有闡述及回歸其本義之必要。本文爰就證據裁判原則、證據心證原則、法官不取證原則、舉證責任分配原則、公開心證原則、程序劃分原則及嚴格與一般調查程序區分原則等訴訟程序上之建制原理詳加說明，並對於各該內涵，賦予其本質上應然之意義，期藉由刑事訴訟基本原則之重新定位，以建構符合我國刑事程序之理想環境。

第二節 證據裁判原則

一、證據裁判之範圍

證據裁判原則，係指事實存否之認定，完全應憑證據之原則，鑒於刑事審判係對於刑罰權存在與否及其範圍所定之程序，故此一程序乃在於認定刑罰權之存在與否及其範圍，特別是證據應具證據資格而經明確、適當之證據調查始可¹。故證據裁判原則之確立，在於使刑事訴訟程序之核心運作建立在證據之認定上，用以成為認定事實存在與否之基礎；換言之，事實成立與否，必須經過證據存在、取得、提出、舉證、調查、確認之流程²，而惟有在證明至事實存在與否之階段，始得形成事實心證，證據裁判原則乃在於規劃自證據取得以迄證據經過確認係合法取得之過程³。因此，證據裁判原則與心證形成之概念並不相同，前者在建構證據存在、取得、提出、舉證、調查以迄確認之程序，而後者則在事實心證形成之過程始有適用，故證據裁判原則實際上係一連串關於證據取得以迄最後得否作為事實心證形成之程序的總合，藉由證據存在之狀態，經由證據之取得（任意性或強制性取

¹ 坂本武志，刑事訴訟法，酒井書店，一九九九年三月二十五日初版第二刷，第一一七頁。

² 學者即提出證據程序上之體系結構，可區分為證據蒐集、證據提出、證據調查、證據辯論及證據認知之不同階段。陳志龍，刑事證據的邏輯法則之規範運用——對二〇〇三年刑事訴訟法相關修正條文的謬誤探討，全國律師雜誌，二〇〇五年七月號，第七頁。

³ 認定犯罪事實之資料種類繁多，法院並非不設限地全盤接收所有之證據，其中，有紊亂爭點者，有低證明力之類型者，如允許得使用各該證據，極易產生誤判之虞，而違反蒐集證據之正當程序時，是否承認該證據得加以使用，亦有必要考量不同之觀點，甚至是否允許認定犯罪事實之資料得在法庭上調查，其種類亦應一併審酌，此即為證據資格之問題。福井厚，刑事訴訟法講義，法律文化社，二〇〇四年三月十日第二版第二刷，第二九二頁至第二九三頁。

得），由追訴者提出證據，並確立舉證責任之分配，經過法定調查及確認證據資格之程序後，再依該證據證明之客觀限制認定有無高度蓋然率，均是一連串環環相扣、緊密連結之階段。

二、違法取證之效果

(一)任意性與強制性取證

刑事證據之作用，乃在於建構以犯罪事實成立與否為其核心之概念，犯罪事實係由核心事實及佐證事實為其範圍，前者主要係透過屬於核心事實之證據加以推演；後者則是透過輔佐事實之證據，確認佐證事實存在後，再由佐證事實輔助直接證據，推論至核心事實⁴。因此，先有證據之存在，始有證據之取得。按國家偵查機關對於證據取得之類型，可分為「自然取得」及「強制取得」，「自然取得」亦稱「任意性之取得」，並未經由國家機關本於強制力取得之狀態，而是本於自然發現而蒐集，由於任意性取得之方式未涉及國家機關發動「干預」之手段取得證據，其在本質上並無正當性檢驗或審核之問題，故在證據資格之要求上，僅受關連性之限制⁵，例如：在犯罪現場實行勘驗所得之跡證，或在發生強盜案件之超商，由店內人員基於自由意志主動交付記錄現場過程之錄影帶均屬之；至於強制性取得則重視正當性之要求

⁴ 認定犯罪事實所憑之證據，並不以直接證據為限，即綜合各種間接證據，本於推理作用，為其認定犯罪事實之基礎，亦非法所不許，間接證據可證明之事實，尚分為：「輔助之間接事實」、「反對之間接事實」、「附隨之間接事實」及「獨立之間接事實」等四種情形。

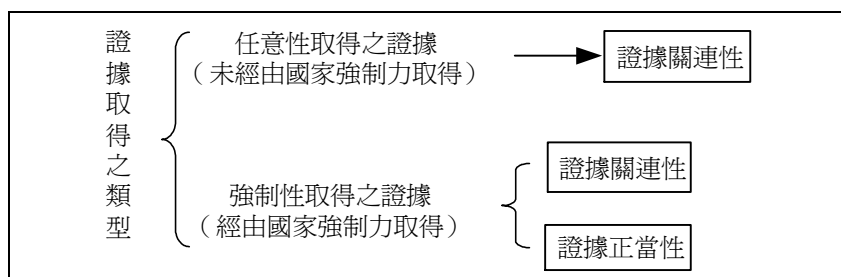
⁵ 證據之取得係屬於偵查機關自然狀態下所發現者，並無強制性權利干預問題，當證據存在卻無法以自然取得之方式獲得時，法律乃基於權利干預正當性之授權，提供具有權利干預之強制性手段，以確保證據之取得。柯耀程，刑事程序理念與重建，自版，二〇〇九年九月初版第一刷，第二〇二頁。

4 程序正義之理念(三)

及關連性之要件⁶，大部分均以程序之進行是否合法作為擔保其正當取證之基礎，例如：搜索、監聽或命證人到庭具結等偵查作為。因此，國家機關本於偵查機關之活動，為實現刑罰法律之適用而發現事實真相之目的，其性質上伴隨著非僅針對犯罪嫌疑人、甚至一般國民基本權及自由權侵害或限制之情形，亦且，依刑事程序而使國家刑罰權之發動被實現的結果，將導致人之生命、身體自由、剝奪財產等基本權被侵害或限制的情形⁷，故屬於對人民基本權之「干預」。

對於證據資格之要求，其前提應先行區分該取證行為係「任意性取得」或「強制性取得」之方式決定，如係前者，在確認有無證據資料之過程中，僅須審核是否具備關連性之要件，如係後者，即應同時考量是否具備關連性及正當性之要件。

茲針對證據取得之類型，圖示如下，用供參酌：



(二)證據資格有無之判斷

⁶ 證據取得之思維，建立在「無關連性之禁止」及「來源不正當之禁止」的基礎上，強制性取得之偵查作為發動時，即應先行確認取證之對象與待證事實間之關連性，如對於欠缺關連性之資料強制取得，即應受「取得禁止」之限制，不得為之，質言之，不具關連性之證據並非證據，無從藉由強制取得之方式取得該證據，縱使以此手段取得，亦應認為欠缺證據資格。

⁷ 酒卷匡，搜查に対する法的規律の構造(1)，法學教室，第二八三期，二〇〇四年四月號，第五九頁。

證據之強制取得應經合法程序爲之，在此階段禁止違法取得證據，證據如係違法取得，在其後之程序中即有可能依各該證據之屬性（係「供述證據」或「非供述證據」）審查其係違反何種法則以定其是否絕對排除或相對排除⁸。當檢察官將被告起訴並請求法院審判（因此，如檢察官並未提起公訴而爲不起訴處分或爲緩起訴處分，自然不會進入後續之階段），應由檢察官舉證證明被告有如其起訴書所載之犯罪事實存在，此時即進入舉證後之法定調查程序。法定調查程序主要係對於「成罪事項」之審查，此時又稱爲「嚴格調查程序」，必須先進行證據資格之檢驗，並賦予當事人在程序中表示意見，以辯證證據資格之有無。易言之，進入嚴格調查程序之證據，應確認其是否爲合法取得或有無關連性之證據，苟係違法取得之證據，自然有適用排除法則之可能。合法調查證據程序之重點在於「審查」該證據是否有證據資格及評價證據是否有證明力之前提階段，必經過合法調查程序爲相當程度之調查後，始有證據價值之評價問題⁹，證據資格所涉及者，係國家偵查機關依其公權力方式「取得時」，是否依照法律明定之取證方式爲之，苟爲任意性取得之證據，而該證據欠缺關連性；或在強制性取得證據之情形下，偵查機關在取證時未經合法方式或亦欠缺關連性者，自然均涉及證據資格有無之問題。

⁸ 證據排除法則有三個實質上之根據，其一稱爲「規範說」，認爲違法取得證據違反正當程序，亦稱爲「憲法保障說」；其二稱爲「司法廉潔性說」（又稱「司法無瑕性說」），認爲違法取得證據而加以使用，乃背叛國民對於司法之信賴；其三稱爲「嚇阻效力說」，認爲將違法取得之證據排除，乃嚇阻將來違法偵查之最佳方法。田口守一，刑事訴訟法，弘文堂，平成十八年九月三十日第四版補正版第三刷，第三七三頁至第三七四頁。

⁹ 證明力乃是針對待證事實認定其實質上之價值，即「證據價值」（Beweiswert; valeur probante），而證據能力則是成爲證據之法律的形式資格，具有證據能力後始有證明力之問題。高田卓爾，刑事訴訟法，青林書院，一九九四年四月十五日二訂版第三刷，第二五一頁。

6 程序正義之理念(三)

(三)取證體系雙軌制之劃分

取證體系雙軌制係指將證據分為「供述證據」與「非供述證據」之取證程序，「供述證據」與「非供述證據」具有不同之性質，因此，偵查機關在取證之過程中，如有違法之情形，各該證據所適用之法律效果亦不相同。本文將證據體系區分為對於「供述證據」與「非供述證據」之別，藉由雙軌制之劃分，以定其違法取證之適用法則。按「供述證據」係本於人對於其所見聞之事物的思考、見聞及感受而來，惟「非供述證據」本身並不具有此種主觀記憶之特徵，故國家機關如有違法取證之情形，應視該違法取證之證據性質定其適用之法則。「非供述證據」之取證程序如有違法，未侵害意思自由，因此有權衡法則之適用（相對排除）；而「供述證據」之取證程序如有違法，由於侵害意思自由，違反人類保護自己之本能，因此應絕對排除此種違反人類保護本能而取得之證據¹⁰。違法取證之行爲既違反法定程序，自然應區分為「供述證據」與「非供述證據」，並針對不同之證據性質，賦予相對應之法律效果。質言之，「供述證據」及「非供述證據」係屬不同之證據體系，「供述證據」著重意思自由，「非供述證據」則反之，此二種程序法上證據之性質迥異，自然適用之法則亦有不同。

(四)排除法則之適用

對於非任意性之自白、違反法定程序所取得之自白或證詞，均應予絕對排除，其意旨乃是違法取得被告之自白（如強暴、脅迫等），致影響被告之自由意志，而此一影響被告之自由意志取

¹⁰ 惜目前仍有實務家主張刑事訴訟法第一百五十八條之四仍可涵攝至解決「供述證據」有無證據能力之問題，因此推論「供述證據」亦有權衡法則之適用，混淆「供述證據」與「非供述證據」之證據體系，該見解恐值商榷。參閱：陳祐治，刑事訴訟法上關於職業秘密拒絕證言權之探討，法學叢刊，第五一卷第一期，二〇〇六年一月，第五十六頁。

得之自白，應絕對排除，學理上排除被告自白之證據資格，有虛偽排除說、人權擁護說及違法排除說等理論存在¹¹。而就證人之供述證據而言，亦重視其任意性之內涵，因此，證人開庭時縱經具結，並經由嚴謹之交互詰問程序取得證詞，然而，該證詞係受到他人之強暴、脅迫下所為，當證人之證詞受到違法侵犯下產生意志自由受到壓迫之情形，對於此種證詞，自然亦應予絕對排除，當不會因為證人業已具結或因為經過交互詰問之程序，即認為其證詞有證據資格而得作為證據使用。至於非供述證據之所以不絕對排除，乃是因為該證據之取得未直接壓迫或侵害被取得人之自由意志，亦即，非法取得之非供述證據，基本上對證物之型態內容並不會造成改變，並無虛偽排除之問題，故排除法則重在取得程序之違法性，以抑制違法偵查而保障人權¹²，判斷證據是否排除之際，先就蒐集證據之程序是否有侵害權利、程序上係合法或違法定之，其次，應判斷其違法性是否重大、有無抑制違法偵查之必要性，以決定排除證據之相當性¹³。

準此以觀，非供述證據之排除法則，乃是由立法者透過法律規定之形式，授權審判者在符合法定形式下，得決定是否使該證據具有證據資格，以平衡發現真實之要求。

至於證據排除之主張以何時為其最後之時間點？就比較法而言，美國有極少數州仍採所謂「即時異議法則」（the contemporaneous objection rule），准許被告得於審判期日行言詞辯論中，對檢方提出不法取得之證據，聲請異議，請求排除證據，聯邦及

¹¹ 福井厚，刑事訴訟法講義，法律文化社，二〇〇四年三月十日第二版第二刷，第三一六頁至第三一七頁。

¹² 陳運財，違法證據排除法則之回顧與展望，月旦法學雜誌，第一一三期，二〇〇四年十月，第三四頁。

¹³ 渡辺修，刑事手続の最前線，三省堂，一九九六年五月十日初版第一刷，第一一七頁。

大多數州，則限定證據排除之主張應在審前準備程序中為之，否則即不得再行主張¹⁴。本文認為，就我國法制而言，準備程序既具有過濾、轉程序及整理爭點之功能，其目的乃是為準備「審判程序」為其依歸¹⁵，故當事人就證據排除之主張，在制度上應以準備程序終結作為其最後之時間點，較為妥適。

第三節 證據心證原則

一、事實心證形成之前提

按事實之認定，應有相關證據資料之證明，此種用以證明事實存否之有形手段，透過刑事訴訟法之規範，稱為「法定證據方法」¹⁶，例如：證人、證物及文書均屬之。證據方法必須經過「法定調查程序」，始得呈現其內容，僅有證據方法之存在，尚不足以產生證據資料，例如：證人為證據方法，訊問證人後，依證人所證述之見聞事項，經合法證據調查程序後，該事項始得作為心證形成之基礎；而鑑定人本身並不足以產生鑑定意見，必須經由其專業知識產生鑑定結果，或到庭陳述其專業知識所提供之理論或實務基礎，始得認定其所提出之判斷意見是否得證明至犯罪事實之存在；另外書證記載之意旨、物件本身存在之狀態，本於觀察、勘驗所得之實地狀況，均屬「證據資料」之範疇。由此

¹⁴ 林輝煌，證據排除法則之思辯（下）——美國法制之借鏡，臺灣本土法學雜誌，第八八期，二〇〇六年十一月，第二七頁。

¹⁵ 準備程序有過濾案件及整理爭點之功能，相關論述，可參閱：林俊益，準備程序之內容與進行，臺灣本土法學雜誌，第五六期，二〇〇四年三月，第四四頁至第六一頁；同著者，新法庭活動三部曲，臺灣本土法學雜誌，第三五期，二〇〇二年六月，第一七一頁至第一七五頁。

¹⁶ 嚴格證明程序之合法調查，乃係以法定證據方法及法定調查程序呈現當事人所提出於審判庭之證據資料之內容為前提。李知遠，例解刑事訴訟法，五南出版社，二〇〇七年五月第四版第一刷，第五五〇頁。

可知，欲形成事實心證，必先有一定事實之發生，因為事實之發生而產生證據，經過證據之取得後，由應負舉證責任者提出證據，以盡其舉證責任。經應負舉證責任者提出證據後，該證據仍應經過法院之合法調查證據程序，如係成罪事項，必須依「嚴格調查程序」調查確認後，始得進而評價該證據是否具有證明力。證據在經過前揭各階段之審查後，始有可能基於該證據客觀上所得證明之強度，產生事實存否之心證。

二、事實與證據之分類

關於證據之評價，仍要考慮到針對整個構成要件之關連性而認定，如果全體構成要件以拼圖之全貌理解，能具有部分圖貌者，固有各別之證據評價，但該證據評價仍要納入「拼圖全貌」思考，即進入「證據鏈」之思維始可，此時如能夠證明到所有構成要件要素間之結構，即證明至「整個」構成要件之成立，具有一致性者，則具有十足的、完整的證據評價¹⁷。

證據心證原則係以證據本身在客觀上得證明之高度蓋然率（約百分之八十至百分之九十五以上），以推認事實存在於否，於形成心證前，應就證據所得證明之「行為主體事實」、「行為形式事實」、「行為客體事實」及「法益侵害事實」四大分類，先將事實作構成要件理念化之區分，藉由上開事實在縱向及橫向之連結，來回對應於證據資料之內容，以確認是否有構成要件事實之存在，「行為主體事實」、「行為形式事實」、「行為客體事實」及「法益侵害事實」四種分類，得以「拼圖理論」一語作為學理上之名稱；亦即，為還原案發事實之原貌，勢必先將事實加以切割，而證據透過法定證據方法及法定調查程序之過程後，

¹⁷ 陳志龍，刑事證據法則修正方向及其對案，載於：刑事訴訟法研討會，刑事訴訟法改革對案，元照出版社，二〇〇〇年十月初版第一刷，第二一二頁。

審判者在證據評價之界限內，以高度蓋然率為其基準，就前開經切割後之事實，以拼湊之方式重組案發時之事實圖像。

第四節 法官不取證原則

一、法官權力之定位

自法官應具有獨立性、中立性之第三者地位詳加聽審之角度而言，法官在直接審判程序進行過程中，均應一體適用「法官不取證原則」。所謂「法官不取證原則」，係指當案件進入法院由特定法官審理後，法官不得依職權傳喚對被告不利之證人到庭接受訊問，亦不得依職權取得對被告不利之證據，甚至本於舉證之角色，提出證明被告有犯罪事實之證據¹⁸。法官不取證原則之主要特徵有二：(一)必須該案件已進入法院之階段，在實務上通常係指法官自分案室收案後之情形。如該案件尚未進入法官收案之程序，即不適用。(二)法官不得依職權取得對被告不利之證據，此處所指「證據」，係指法定證據方法而言，包括「被告」、「證人」（供述證據）、「文書」及「證物」（非供述證據）在內。法官在收案後，不得本於其職權蒐集對被告不利之證據，甚至在依職權取得對被告不利之證據後，本於舉證之角色，於法庭上提出對被告不利之證據。之所以對法官作此等限制，主要係基於舉證責任分配之原則，由於檢察官在整個審理過程之制度設計上，自應使其負有實質舉證之義務，必須賴其在偵查中本於強大公權力之運作（如指揮警員、進行搜索、扣押、監聽、羈押被告、傳

¹⁸ 刑事審判依據證據認定事實之法庭活動，乃在於確定國家刑罰權對具體個案之被告是否存在，處罰之效果尤甚於偵查所生之權利侵害性，是以，依據證據認定事實之程序正當性的保障，絕不亞於蒐集保全證據之偵查程序。陳運財，嚴格證明法則，月旦法學教室，第二三期，二〇〇四年九月，第一三二頁。