

論證據心證主義

黃 翰 義*

目 次

- 第一節 前言
- 第二節 自由心證主義之廢止
 - 一、從證據法定主義至自由心證主義
 - 二、自由心證主義之歷史意義、功能及其法規沿革
 - 三、自由心證主義之缺失與廢止論
 - 四、小結
- 第三節 證據心證主義之內涵及程序適用
 - 一、證據在程序上適用之意義
 - 二、證據心證主義之前置程序及拼圖理論
 - 三、證據心證之評價方法及其範圍
 - 四、現行證據調查程序之問題及其方向
 - 五、小結
- 第四節 證據心證主義之立法芻議
 - 一、證據心證主義之宣示及證據分類
 - 二、法定證據方法及其相對應調查程序之明文化
 - 三、具體制定關於犯罪事實存否之證據調查程序
 - 四、確立交互詰問程序中主詰問與反詰問之主體
 - 五、小結
- 第五節 結論

關鍵字：自由心證、證據價值、證據資格、成罪事項之證據、關連性

Keywords：free evaluation of evidence through inner conviction, evidential value, admissibility in evidence, evidence to prove guilt, relevancy

* 黃翰義，中正大學法學博士候選人，臺灣臺南地方法院法官。

摘 要

證據得證明至事實之心證形成過程，應依該證據本身可得證明之事實的高度蓋然率為標準。本文將程序上用以證明事實之要素，分為「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」，作用乃是用以證明事實之存在與否之分類。由於我國刑事訴訟法上對於法定證據方法及法定調查程序未加以定位，關於形成事實心證前之前置審查階段亦未建立明確之程序依據，甚至未區分「嚴格調查證據程序」及「一般調查證據程序」，導致「法定證據方法」常與「法定調查程序」混淆，本文爰自提出證據心證主義之制度，期對於此一原則之建立，有所助益。

The principle of evaluating of evidence itself through inner conviction

Huang, Han-Yi

Abstract

Convincing evidence should support a series of fact finding developed by a judge's inner conviction in order to achieve a particular result. This can reflect conclusive proof through maintaining high standards of evidence quality that is acceptable for a particular situation. This article writes about four facts, including behavioral entity facts, behavioral formed facts, behavioral objective facts, and infringed law and discipline facts. Based on the facts, the special purpose of proof can follow normal procedure to reach facts from the deciding factors and prove existence of the facts. Taiwan's The Code of Criminal Procedure has not identified clearly how lawful methods the evidence applies to and what the recognized procedures should implement and investigate. Lacking of the precise judiciary proceedings on examination, the early stage of developing fact finding does not differentiate the strict investigating procedure on evidence from the general investigating procedure on evidence. This confuses the legal evidential methods with the legal investigating procedures. This article hopes to help provide meaningful opinions on principle of the system of evidence and inner conviction.

第一節 前言

我國刑事訴訟法於民國九十二年間經立法院對於第十二章證據以下之條文作大幅度之增修，其規模之龐大，係歷次修法以來僅見，各該條文於九十年一月十二日經總統以九十二年二月六日華總一義字第〇九二〇〇〇一九三三〇號令公布，其中關於第一百五十五條之自由心證主義，亦同在修正之範圍內。惟觀諸我國刑事訴訟法中關於心證形成之規範，僅有此一條文作為其規定之依據、適用之客體及方法，然自由心證主義是否仍有存在之意義？如何自證據認定事實？其適用之對象、方法或範圍，甚至理論本身，均有值得探討之空間，且徵諸自由心證雖名之為「自由」，是否確實自由？亦有深入瞭解之必要。本文乃自心證發展之過程及證據之本質，詳加論述自由心證主義所面臨之難題及其存在之妥適性，進而主張自由心證概念之廢止論，提出以「證據心證主義」取代自由心證主義之見解，並重新自證據之概念，建立證據自取得以迄調查、評價過程中，形成事實心證之階段及應有如何之調查方法，加以論述，期能收拋磚引玉之效。

第二節 自由心證主義之廢止

一、從法定證據主義至自由心證主義

(一) 法定證據主義之源由

在十七世紀前，對抗犯罪之方式，一方

面採用應報（*Vergeltung*）或贖罪（*Versöhnung*）的制裁方式，另一方面，犯罪人在制裁體系中，僅是處斷客體（*Objekt der Verhandlung*），是時期所採行之訴訟模式，乃為擅斷模式，在處理程序上，則為糾問原則（*Inquisitionsprinzip*），國家對於犯罪的訴追、處罰，儼然立於「糾問者（*Inquisitor*）」的角色，而犯罪人則淪為「被糾問者（*Inquisit*）」的地位，此種絕對主義下的刑事司法，刑求（*Folter*）則成為最典型的訴訟機制¹。就大陸法系之歷史沿革而言，法定證據主義乃糾問主義下之產物，以法律明文規定證據之證明力，以防止法官之專擅，為糾問主義下之證據法則，惟對糾問主義已有相當程度之修正²。事實上，為了避免法官恣意評價，西方法制史上，自從猶太法起至日耳曼法，直到一五三四年之卡洛尼西亞治罪法典中，採法定證據評價法則，亦即，由法律統一規定證據價值之高低，不一而足³。

法定證據主義固係防止審判者對於證據證明力之恣意判斷，惟另一方面，其為維持法安定性，卻將證明力不分軒輊地畫一處理，顯然有妨礙發現真實之虞。亦且，因為極易導致傾向對於自白之證明力作過高之評價，勢必偏重自白，而容易產生為取得自白而拷問被告之情形⁴。法定證據主義係將評價證據之方法預先以法定之方式規制，如有一定之證據即應認定該事實（積極的法定證據主義），或如無一定之證據，即不得認定該事實（消極的法定證據主義）⁵。在糾問主義下

¹ 柯耀程，刑事訴訟目的與「無罪推定原則」－歷史觀的評價，載於黃東熊等合著，刑事訴訟之運作－黃東熊教授六秩晉五華誕祝壽論文集，五南出版社，一九九六年十一月初版，第四二一頁。

² 吳景芳，刑事法研究，五南出版社，民國八十八年八月初版第一刷，第二二〇頁。

³ 林鈺雄，刑事訴訟法（上冊）總論編，自版，二〇〇三年九月第三版，第四一一頁至第四一二頁。

⁴ 土本武司，刑事訴訟法要義，有斐閣，平成十年五月三十日初版第二刷，第三四二頁至第三四三頁。

⁵ 田宮裕，刑事訴訟法，有斐閣，二〇〇四年二月二十九日新版第十五刷，第二九四頁。

之法定證據主義，於刑事程序中，為判決被告有罪，當以具有二名以上目擊證人之證詞或被告之自白為必要。然因多數之犯罪並未有目擊者，為判定有一定犯罪嫌疑者有罪時，當以自白為必要（自白必要主義），私下亦容許拷問之方式，因而產生悲慘之刑事司法⁶。因此，法定證據主義固然有排除審判者恣意之積極面，然而，在法定證據主義下過度重視自白，為取得自白並允許使用拷問之方式，招致人權受到悲慘侵害之狀態頻傳。其結果，在近代對於與拷問相結合之法定證據主義即飽受批判，而改採用與陪審制結合之自由心證主義⁷。

（二）自由心證主義之崛起

自由心證主義，又稱「自由證據評價原則」（*Grundsatz der freien Beweiswürdigung*），係指本於信賴審判者之前提下，將證據證明力之判斷委由審判者依自由心證認定之原則。自由心證主義之發源，可追溯至普魯士邦於一七四〇年及一七五四年之邦長或部長之命令指示。自由心證在德國係於十九世紀，因陪審法庭制度之引入，始有進一步之發展⁸。就歷史之意義而言，自由心證主義自法國大革命時期之中間法、拿破崙治罪法典採用以來，為近代刑事法之基本原則。在法國大革命前之法定證據主義，如有特定之證據存在即應為有罪之認定，如無特定之證據即不得為有罪之認定，其制度必然伴隨著為取得特定之證據（較多之場合為自白），基於此點加以反省，以對於人之理性信賴為

基礎，而採用自由心證主義⁹。質言之，自由心證主義係建立在信賴審判者之理性上。亦即，在大陸法系蘊育而生的本來的自由心證主義，係對於審判者自證據之制約中解放，依循審判者內心之確信（*intime conviction*），自由地以證據評價之方式藉以實現並認定正確之事實。然而，自由心證主義承受此一任務之結果，揚棄並克服法定證據主義之困難，稱其終結法定證據主義之歷史使命，亦不為過¹⁰。相較於法定證據主義，自由心證主義主張不應以自白作為證明全部事實之證據評價，且不應限制審判者在個案認定事實之能力。簡言之，自由心證主義含有否定偏重自白之意義，由於證據價值會因具體個案而有所不同，故無法預先地以一般性之法律加以規範，此亦為自由心證主義否認法定證據主義之理由¹¹。

（三）心證原則演變之省思

自由心證主義存在之意義，在於對法定證據主義之反思。換言之，法定證據主義對於自白採取完全放任之態度，無視於自白取得來源為何，任何從被告或犯罪嫌疑人取得自白之內容，即應為有罪之判決，顯然有鼓勵偵查機關為達目的不擇手段，甚至僅要求審判者有被告之自白得即入人於罪之思想，不僅無助於基本人權之維護，甚至無助於真實之發現。其次，自由心證主義對於法定證據主義主張證據應由法律明定之方式，提出質疑，當證據法定主義基於對於審判者之不信賴，而將如何之證據得證明至如何之事實

⁶ 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第三刷，第三四四頁至第三四五頁。

⁷ 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，第二九六頁。

⁸ 吳麗琪譯，德國刑事訴訟法，三民書局，一九九八年十一月初版，第一一三頁。

⁹ 白取祐司，刑事訴訟法，日本評論社，二〇〇四年十月三十日第三版第一刷，第二八六頁。

¹⁰ 同註九。

¹¹ 池田修、前田雅英，刑事訴訟法講義，二〇〇六年六月二十日第二版第一刷，第三一九頁。

委由法規明文規定，以去除審判者主觀上對於證據在裁量上之濫用或專擅，藉以排除審判者對於證據價值之介入，事實上或許足以使證據價值之判斷更為客觀，然而，由於法規本身並未委由審判者精準地針對個案證據所表現之證明程度加以衡量，因此，極有可能產生違反真實發現之結果。亦即，「有一定之證據即應為有罪之判決，反之則否」，在此一邏輯判斷下，完全無視於審判者對於該證據在證據價值上之審查，將造成審判功能之萎縮，形式上僅是「法條式」地認定事實。故自由心證主義認為，委由審判者在個案上評價證據之證明力，基於信賴審判者對於證據價值之判斷，賦予審判者得依個案證據存在價值之高低，產生不同證明力之結果，適足以導正法定證據主義單一化判斷證據價值所產生之缺失，故自由心證主義廢止法定證據主義「硬性地」規定證據價值而無彈性之作法，可謂強調並信賴審判者可基於其理性審判之角度，作為其論述之基礎，稱此一過程係自「法條硬性規定」轉化為「審判者彈性裁量」之過程，亦不為過。

在自由心證主義下，證據證明力任由法官自由判斷，法律對於證明力之判斷方法不作任何限制，以利法官之判斷，故自由心證主義之採用，乃在於對法官人格、能力及知識之信賴，是以法官應不負期待而為正確之事實認定，然而人各有其性格之缺陷及能力或知識上之極限，在證據判斷時，難免受其本身之人格影響¹²，惟自法定證據主義轉化為自由心證主義之過程中，難免使人不得不對於自由心證委由審判者自由認定證據價值

之權力，產生某種程度上之疑慮，蓋以自由心證主義對於法定證據主義嚴厲批判及否定，係本於樂觀信賴人類理性判斷能力之角度，即於法國大革命之際，以人本主義及合理主義為背景而認定事實，特別是在審判者對證據評價時強調自由心證之存在。惟在時代演進之過程中，本於對審判者自由心證之信賴，在評價上亦不乏必須直接面對許多誤判之問題，由於自由心證主義被指摘在現實上與誤判有結合之危險性，故一方面修正法定證據主義並回歸其適用，他方面亦有主張應合理且適當地重新建構自由心證主義之見解¹³，即因此產生。

二、自由心證主義之歷史意義、功能及其法規沿革

(一)自由心證主義之歷史意義及功能

在依自白裁判之時代裡，只要存有自白即能認定被告之罪行，相對地，若無自白便無法認定被告之罪行；古代亦曾有僅須二人之證人便得以認定被告有罪之作法，此均屬法定證據主義之產物¹⁴，而自由心證主義因而提出完全相反之見解，其一，揚棄自白無法完全認定被告之罪行；其二，裁判時所依據之證據應委由審判者自由認定證據之價值。準此，自由心證主義之存在，係確認自白無法作為判斷有罪之唯一依據，更精確言之，自由心證主義認為自白充其量其僅得證明部分之事實，而非完全之事實。姑且不論法定證據主義對於自白之證據價值本來即有誤認之問題¹⁵，自由心證主義提出應廢除「法定證據主義專以自白為論罪之唯一依據」（甚

¹² 蔡墩銘，*刑庭法官之自由心證*，臺大法學論叢，第十五卷第二期，第五九頁。

¹³ 庭山英雄、剛部泰昌編，*刑事訴訟法*，青林書院，二〇〇六年七月十日第三版第一刷，第一八五頁至第一八六頁。

¹⁴ 黃朝義，*刑事訴訟法—證據篇*，元照出版社，二〇〇二年十一月初版第一刷，第三二七頁。

至強調不擇手段取得自白亦可作為證據之方式)之主張,自保障人權之觀點而言,其結論值得贊同。另外,自由心證主義主張應廢除以法定證人人數之多寡作為得否證明被告有罪之見解,因此賦予審判者在判斷證人證詞時有實質審查之權限以認定事實存在與否,在此意義下,審判者得本於其專業審判之觀點以認定證據價值,擴張審判之功能而突破法條硬性規定之窠臼,對於真實之發現,亦有所助益。故自由心證主義對於法定證據主義提出質疑之思維,對於刑事程序上應委由法規或由審判者以如何之方式判斷證據之價值,提供不同之思考方向,而此一思考方向,確實在刑事思潮之歷史中有其不可磨滅之影響力,此舉亦使自由心證主義一躍而成為現今形成事實心證之主角。

(二)我國自由心證之法規範及其沿革

1. 原規範條文及其缺失：

刑事訴訟法第一百五十五條修正前之條文規定：「證據之證明力，由法院自由判斷。無證據能力，未經合法調查，顯與事理有違，或與認定事實不符之證據，不得作為判斷之依據」。然而，舊條文之問題在於，「無證據資格」之證據是否包括在本條之內？其次，證據之證明力本即在證明犯罪事實之存在與否，舊條文將證據之「證明力」與「事實」相互比較，凡與事實不符者，均認為不具證

據之證明力。惟事實之建構本即應受證據證明力之影響，證據取得後經合法調查，始會藉由該證據之證明程度推論至「犯罪事實」（或無犯罪事實），在此過程中，證據評價之對象在審判中具有浮動性，得否描繪或還原犯罪事實尚未可知，必證據經完全評價後始得證明有無犯罪事實，矧舊條文以先驗之方式，先預定一已成立之「事實」，並以此為基準，認定凡與事實不符之證據，均欠缺證明力，未究明事實與證明間之先後關係，恐有倒果為因之嫌。

2. 修正理由：

由於我國舊法第一百五十五條有上開疑問存在，故於九十二年二月六日修正公布。觀諸本條修正之理由可分為二項：

(1)本法就證據之證明力，採自由心證主義，將證據之證明力，委由法官評價，即凡經合法調查之證據，由法官依經驗法則及論理法則以形成確信之心證，惟一般社會大眾對於所謂『自由』二字每多曲解，誤以為法官判斷證據之證明力，無須憑據，僅存乎一己，不受任何限制，故常質疑判決結果，有損司法威信。爰參考德國刑事訴訟法第二百六十一條之規定，及最高法院五十三年度臺上字第二〇六七號及四十四年度臺上字第七〇二號判例之見解¹⁵，修正本條第一項，

¹⁵ 然而，自由心證主義所提出之此一見解，其實並非僅止於應然，而是實然面亦應作如此之解釋，因為事實上自白本來就無法證明全部之犯罪事實，自白本身仍有其證明上之極限，嚴格言之，與其稱自由心證主義主張「自白不得作為有罪判決之唯一依據」，還不若稱「自白本來即無法作為有罪判決之唯一依據」。因此，法定證據主義主張「自白應作為有罪判決之唯一依據」之命題，顯然係誤解自白在證據證明上之極限，其實並無法證明至完全之犯罪事實。

¹⁶ 最高法院五十三年度臺上字第二〇六七號判例認為：「證據之證明力如何，雖屬於事實審法院自由判斷職權，而其所為判斷，仍應受經驗法則與論理法則之支配」；同院四十四年度臺上字第七〇二號判例則認為：「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，為認定犯罪事實之基礎，如無違背一般經驗法則，尚非法所不許」。

以明法官判斷證據證明力在不違背經驗法則、論理法則之前提下，本於確信而自由判斷。

- (2) 本條第二項規定無證據能力之證據，與未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據，正足以表示「嚴格證明」之要求。至於「顯與事理有違」之證據，於本條第一項修正增加法院之自由心證，不得違背經驗法則及論理法則後，即屬重複，應予刪除，另「與認定事實不符」之證據，究竟是證據能力抑或證明力之問題，涵義不明，為杜疑義，並避免與前條第二項發生邏輯矛盾，亦予刪除¹⁷。

3. 修法後之條文

修法後之第一百五十五條規定：「證據之證明力，由法院本於確信自由判斷。但不得違背經驗法則及論理法則。無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據」。此一條文固足與同法第一百五十四條之證據裁判主義相互呼應¹⁸。然而，修法後對於自由心證仍名之為「自由」，並由法院本於確信自由判斷，並在但書以「經驗法則」及「論理法則」加以規制。究其實質，並非認同自由心證之「自由」¹⁹，反而要求以經驗法則及論理法則作為形成心證之限制。因此，近代以自由心證主義為批判對象，與其稱為「自由」，毋寧，被強調「抑制」之處

所在多有。何以故？主要係因自由心證主義具有廣泛誤判之問題存在。按審判者亦屬凡人，就其不免流於專擅或偏見之角度而言，並不能僅憑期待審判者之自制、自覺即可，因此，如何擔保使審判者形成正確之心證及本於合理之方式認定妥適之事實，即係應加以探究之處²⁰。從此一觀點可知，自由心證主義固然明文於實定法中，惟其在擴張審判功能之情形下，如何規制審判者之恣意或專擅？如以「經驗法則」或「論理法則」作為其抑制審判者之恣意或專擅，是否正是其受到批判之原因？甚至，自由心證主義對於取證、舉證及調查程序等前階段，是否已精確地加以規劃？凡此諸節，均宜加以探討。以下，本文爰就自由心證主義之缺失加以批判，並進一步提出以證據心證主義取代自由心證主義之看法。

三、自由心證主義之缺失與廢止論

(一) 自由心證主義之檢驗及其缺失

自由心證主義本於信賴審判者會形成正確之心證及本於合理之方式認定事實，惟此一「信賴」之基礎為何？當自由心證主義提出信賴審判者之理由，不外乎使審判者得對於具體個案之證據，得本於其合理之認定，以還原事實之原貌。然而，審判者在認定具體個案時，如何本於其良知作理性之判斷？

¹⁷ 以上請參閱我國刑事訴訟法第一百五十五條之修正理由。

¹⁸ 所謂證據裁判主義，係指事實應依證據認定之原則。證據裁判主義之意義，首先在於否認事實之認定應僅依自白為之；其次，不僅指純粹依證據即可，認定事實之證據，須具有證據能力（證據資格）及經合法調查證據之程序，寺崎嘉博，刑事訴訟法，二〇〇六年十月一日初版第二刷，第三〇六頁。

¹⁹ 學者即謂：自由判斷並非任意擅斷，或是憑空臆斷，而是應就實質真實原則之調查結果，以及經由言詞原則、公開審判原則、直接審理與採證原則審理所得結果，依據一般之經驗法則及邏輯思維推論，並本其職責意識及專業良知，而作公正之判斷，林山田，論刑事程序原則，臺大法學論叢，第二十八卷第二期，第六十頁。

²⁰ 白取祐司，刑事訴訟法，日本評論社，二〇〇四年十月三十日第三版第一刷，第二八六頁至第二八七頁。

在判斷或作評價之過程中，是否隱含審判者對於評價證據之個人觀或價值觀，以致於在認定事實時，產生因人而異之情形？甚至，在同一案件、同一證據評價之過程中，將產生不同審判者對於證據證明力有不同之評價程度，甚至有產生誤判或裁量不當、違法之情形，此亦為自由心證主義主張廢止證據法定主義而「收之桑榆，失之東隅」之處。嚴格言之，自由心證主義之於法定證據主義，苟僅係因為其否認本於拷問取得自白、否定自白得單獨成為認定被告有罪與否之依據，則充其量自由心證主義只是一個「修正」主義，其僅是對於禁止以不正方法取得自白之問題，提出贊成之理由，且僅止於此。另外，在信賴審判者、認同不應以不正方法取得自白之見解外，自由心證主義對於證據之存在、取得、提出、舉證、調查、確認，甚至在證據推演至事實之過程中²¹，究竟扮演何種角色？質言之，當自由心證主義只是一再地強調應信賴審判者之「良心」及「判斷」，甚至強加批判法定證據主義偏重自白之謬誤的同時，自由心證主義是否有提出更為務實、更為具體之判斷基準，以使審判者不致誤判事實？甚至，自由心證主義對於屬於證據裁判主義之前置階段的規劃、關於證據應以如何之標準推演至事實，以擔保心證形成之過程中儘可能降低誤判等情，似乎著墨未深，亦未提出更具有說服力之概念供吾人衡量，凡此諸節，均再再彰顯自由心證主義有名無實之缺失。

其次，學說上有以現今之自由心證主義

屬於經修正自由心證，並以「經驗法則」（*Denkgesetze*）及「論理法則」（*Erfahrungssätze*）作為其內在拘束（*immanente Bindung*）²²。然而，經驗法則及論理法則是否確為自由心證之內在限制？此二原則是否可「內化」成為合理修正自由心證主義之「標準」？姑且不論「經驗法則」及「論理法則」該如何定義或其意義究指為何，此二種修正（或建構）自由心證主義之「重大基礎」，事實上根本是一種極難以具體化為判斷個案之不明確基準，亦即，縱使勉強將論理法則定義為：重在論理上前後邏輯之推演應具有一致性（或一般推論事理及演繹結論之基本邏輯規範），則心證之形成重在「事實」之重建，與法律或論理上之邏輯推演（即大前提、小前提→結果）顯然並無任何相關性，亦即，自由心證主義將毫不相關之法律或論理上之邏輯推演作為認定事實成立與否之手段，恐有誤用法則之虞；如將經驗法則係定義為不違反一般、通常之自然律（或稱為：「一般有效」（*allgemeingültig*）之經驗法則），有如何之事實通常會有如何之結果，則當經驗法則本身與「通常」會如此或不會如此之演繹發生程度上之矛盾或牴觸時，該如何自圓其說？申言之，當經驗法則定位為有此一事實通常會導致此一結果，是否即無須理會在「此一事實」至「此一結果」間，其實仍應有證據作為判斷之依據而無視於證據本身存在之價值？是否可單憑「經驗法則」本身即作為推演事實存在之「理由」？甚至，縱使事實均經各該證據證明，是否即可以「經驗

²¹ 當事實發生後，應依證據重現，重現事實，必先由追訴者取得證據，取得後必對於審判者提出以盡其舉證責任，提出後應經過法定調查程序，用以確認證據資格，經確認後始得本於該證據加以證明，經過證明而達到證明之程度後，始得還原事實，此一系列之過程係互相依存，缺一不可，否則，將會對於事實還原之過程產生阻礙，無法重現事實。

²² 林鈺雄，自由心證：真的很「自由」嗎？，臺灣本土法學雜誌，第二七期，第三十頁。

法則」作為串連事實存在之方法？例如：將刀刺入人之身體，通常會自傷口流血。甲將兇刀刺入乙之身體，依上開經驗法則，乙之身體會流血。然而，要證明甲有傷害乙之事實，仍應依證據本身加以證明，亦即，本案應有兇刀、兇刀上有甲之指紋、乙所受之傷害有驗傷證明、證人丙有見聞甲將該兇刀刺入乙身體之證詞、乙所受之傷害與驗傷證明單上所載傷勢吻合，始得證明甲有傷害乙之事實。並非僅證明甲有將兇刀刺入乙身體之行為後，依所謂之「經驗法則」，即可推演出甲有傷害乙之行為事實。反面言之，如當時乙身上穿著防彈衣或該刺入處適有懷錶一只，使乙根本無法產生傷害之結果，則所謂之經驗法則是否又應轉化為：將兇刀刺入著防彈衣或刺入懷錶處之人的身體，「通常」不會使人受傷流血？換言之，經驗法則所稱「通常」乙詞，其實正是修正自由心證主義的敗筆之處。因為「通常」乙詞，其實包含過多之不確定性，「通常」會如此、「通常」不會如此，質言之，其實均只是作為審判者自行建構合理化其推論事實存在與否之藉口。追本溯源，心證之形成僅得依證據本身加以評價，實不應委由「通常」、「一般性」之經驗加以判斷，蓋以個案事實之證據種類繁多，由證據推論至事實，僅得憑該證據本身所得證明之程度加以拼湊以還原事實之圖像，證據價值本來即應受限於證據本身，而非經驗法則或論理法則。

(二)自由心證主義之廢止

自由心證主義一方面強加批判法定證據主義之缺失，另一方面，其強化修正內涵而

在論理法則及經驗法則保護傘之支撐下，的確避免許多其原先未將此二法則納入修正標準的質疑，亦使自由心證主義在面對關於過分重視法官裁量或導致法官恣意之批判聲浪時，得以倖存而成為現今形成事實心證之主流。然而，自由心證主義在經過更為嚴格之檢視時，即可發現其本身仍存有無法解決之問題。如同本文前開所述，自由心證主義不斷地透過論理法則及經驗法則之「擋箭牌」作為其事實上已不自由的內化基礎，申言之，由於自由心證主義本身在內涵上不僅不夠充實，其錯置論理法則之功能，亦過分高估經驗法則在不同之具體個案中，可能產生不同結果之風險，甚至稱二者為「沒有標準」之標準，亦不為過。因此，當論理法則及經驗法則本身並不足以作為其判斷之標準，甚至，論理法則及經驗法則在自由心證主義裡，只不過是一種信賴審判者可自由判斷事實之同時，又怕審判者過於專擅之「障眼法」，則自由心證在其本質上既信賴審判者，又擔心審判者恣意的前後矛盾下產生之「修正主義」，不僅飽受其「自由」及「誤判」之累²³，就證據推論至事實之過程，實應著重於證據價值本身之限制乙節，其實並未加以詳究，則此一修正主義除批判證據法定主義外，對於建置證據取得以迄於判斷證據價值之過程中，有無建立更為堅實之階段性理論？實值加以探究。本文認為，正因為證據價值之判斷並非自由，審判者認定事實成立與否，本來即應受證據本身之限制，而非受限於「經驗法則」或「論理法則」，然而，自由心證主義卻將「經驗法則」及「論理法則」作為心證

²³ 證據經合法調查後，法官之主要任務在於判斷其有無證明之價值，及其證明價值之高低。證據之證明價值高，對其予以採用，固無問題，設證據之證明價值低，縱非完全不可採，但以此種證據採為要證事實之證明，不免引起誤判，蔡墩銘，刑事證據法論，五南出版社，民國八十八年五月初版第二刷，第四三二頁。

形成之限制，反而對於證據本身之限制置而未論，顯然未將證據視為形成事實心證之重心所在。亦即，自由心證主義著重於「論理法則」及「經驗法則」以限制審判者心證形成之同時，已經忽略心證形成應以證據作為論斷之中心，質言之，在形成心證之前置程序中，應經過如何之證據篩選、如何之證據調查程序，始能達到形成心證之嚴格要求等節，均未建制。故自由心證主義僅以「論理法則」、「經驗法則」作為其重大之創舉，關於其他相關之程序反而置而未論，對於還原事實而言，無異緣木求魚，則廢止自由心證過於簡略之內涵，重新建構一套完整之心證形成制度，即有必要。

四、小 結

自由心證主義提出應廢除「法定證據主義專以自白為論罪之唯一依據」，並主張應廢除以法定證人人數之多寡作為得否證明被告有罪之見解，對於人權之維護及真實之發現，固然有所助益。然而，當同一案件、同一證據評價之過程中，產生不同審判者對於證據證明力有不同之評價程度，甚至有產生誤判或裁量不當、違法之情形，此亦為自由心證主義主張廢止證據法定主義而「收之桑榆，失之東隅」之處。修正之自由心證主義固然在論理法則及經驗法則保護傘之支撐下，避免許多其原先未將此二法則納入修正標準的質疑，然而，心證之形成僅得依證據本身加以評價，實不應委由「通常」、「一般性」之經驗加以判斷，蓋以個案事實之證據種類

繁多，由證據推論至事實，僅得憑該證據本身，而非經驗法則或論理法則，甚且，自由心證主義所規範之證據前階段及調查程序之處理過程中，並未詳加區分證據本身之屬性，簡言之，其對於證據之分類尚嫌簡略，唯有揚棄自由心證主義，以證據心證主義取代之，重新建構形成事實心證之內涵，或許反而更有實益存在。

第三節 證據心證主義之內涵及程序適用

一、證據在程序適用上之意義

證據心證主義，顧名思義，係指審判者必須基於有證據資格之證據以形成事實心證（*sachliche Überzeugung*）之原則²⁴。依此定義以觀，證據心證主義適用之前提，必先有證據之存在，始有認定是否具證據資格之問題。所謂證據資格，係指具有「程序正當性」及「證據關連性」之證據，缺一不可，亦即，證據資格必具備合法取得及關連性之要件，始克成立。因此，縱證據係合法取得，惟該證據與犯罪構成要件要素事實間根本無最低限度之關連性或完全與犯罪構成要件要素事實無關，即應將之排除在證據資格外而不得使用。其次，具證據資格之證據經法定證據調查或審查方法後，始得對於該證據加以評價，稱此證據對於事實所得產生之價值作用，為證據之證明力²⁵。換言之，證據證明力之射程，僅在於「法定證據調查程序後」，對於證據價值所得評價至犯罪事實存否之程度，毋寧，以「嚴格之調查程序」及「一般之調

²⁴ 至於法律心證（*rechtliche Überzeugung*，或稱評價心證）、量刑心證（*Überzeugung der Bestrafung*）並不在證據心證形成之範圍內。申言之，證據心證主義，主要係用以形成或還原事實之原貌，而法律心證必先行確立事實後，就事實與法律間之涵攝過程加以判斷；至於量刑心證則係審判者對於刑度之裁量過程，均非證據心證主義所應處理之問題。

²⁵ 證據之證明力須具有「證據信用性」及「證據證明性」之要件。

查程序」，用以取代「嚴格證明」（*Strengebeweis*）或「自由證明」（*Freibeweis*）之概念，不僅範圍明確，亦不致混淆心證形成之本然對象，質言之，心證形成之對象，係指具有證據資格且經法定調查程序後之證據，依審判者對於該證據之內容本身，形成足以推認出是否具有構成要件該當性、違法性及有責性之事實心證。

二、證據心證主義之前置程序及拼圖理論

（一）證據心證主義之前置程序

證據心證主義在於建構證據、證據資格、證據調查程序、證據評價之前置過程，並就形成事實心證之過程中，對於如何之證據得證明至如何之事實加以適用，故其適用之對象應限於依證據形成事實心證之範圍內。亦即，證據心證主義係對於如何重建事實形成之原貌，透過對於證據在各該階段明確化之意義及功能，以徹底擺脫自由心證主義對各該階段置而未論之缺失。茲將證據心證主義之內涵說明如下，以供酌參：

1. 刑事證據之存在：

按犯罪事實之認定，須依證據為之，以客觀存在之證據用以推認過去之犯罪事實，避免單純本於審判者之主觀意念入人於罪，亦即，本於對證據之認知，作為還原事實之基礎及依據，此即證據裁判原則²⁶。因此，為求推演至事實，其前提必先有證據之存在，

而刑事證據之作用，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，再由佐證事實推論至核心事實²⁷。因此，凡足以確認刑罰權存在之事實資料，均屬上開證據之範圍。準此以觀，存在係建立於客觀而未經評價之事實上，必先有存在，始有評價之可言。同樣地，由證據推演至事實，亦必有證據之存在，經由評價後，始得還原事實之原貌，故事實成立之前提，當須有證據之存在作為認定之基礎，此即證據裁判原則之重心。

2. 證據資格之檢驗：

證據資格之檢驗在於確認證據是否可資使用之過程，證據是否可作為證據評價之對象，必須透過法定調查證據之程序為之。其次，證據資格之存否必須具備「合法取得」及「有關連性」為其必要條件。「取得證據」之所以限於「程序正當性」²⁸，乃在於規制國家公權力機關在蒐證過程中，應嚴格遵守法定界線，禁止不計任何代價、不擇任何手段之取證行為，因此要求國家公權力機關在取證過程中所使用之手段，應符合正當法律程序，否則即有證據使用禁止（證據排除）之法律效果產生，此處所稱「證據禁止使用」係較為廣泛之概念，包括「供述證據之絕對

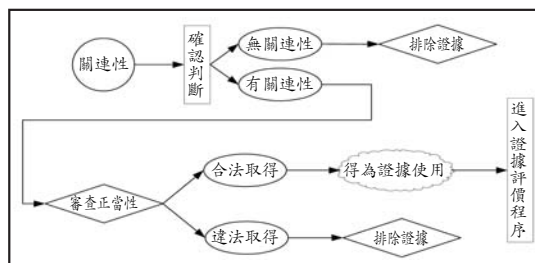
²⁶ 證據裁判原則業已明定於我國刑事訴訟法第一百五十四條第二項，其宣示之意義在於：事實之建構應本於證據以認定事實，不得徒憑審判者之己意而入人於罪。

²⁷ 佐證事實，亦可分為間接證據及輔佐證據，間接證據之功能主要在於證明間接事實，再由間接事實推論至主要事實，間接證據必須與其他間接證據相互印證，尚難以單一之間接證據即可推論直接事實之存在，黃翰義，論間接證據在刑事程序上之運用及其範圍，法官協會雜誌，第八卷第一期，民國九十五年六月，第一四六頁。

²⁸ 「程序正當性」係指該證據係經由法律保留原則賦予偵查機關本於法定偵查作為，以符合法定程序之方式所取得者。

排除」及「非供述證據經權衡後相對排除」之情況。應加以強調者，制度之設計上，「供述證據」及「非供述證據」違反法定程序之效果應嚴加區分，前者涉及意思自主決定之人格自由的侵害，應「絕對排除」；後者重在「物證」取得程序之違法，可經權衡法則審酌後，決定應否「相對排除」，二者適用之法理並不相同²⁹，無論如何，其中心思想均在藉以遏阻違法之偵查作為或避免使執法人員萌生違法蒐證之動機。另外，證據對於待證事實應有關連性存在³⁰，無最低限度要求之關連性的證據，自始即不應作為證據資料（Beweisstoff）加以使用³¹。所謂「最低限度要求之關連性」，係指該證據依其形式上之觀察或審酌，一望即知與待證事實相關。至於該證據之內容在實質上是否確實得證明至待證事實，或具有如何程度之證明或評價，並非關連性所應認定之事項。因此，欠缺關連性之證據並無法與待證事實產生「連結」，縱屬本於法定程序取得之證據，惟因欠缺最低限度要求之相關性，亦難認符合證據資格之要求，而應先行排除於調查證據程序之外。排除無證據資格之證據，應由法院依職權為之。苟某一證據之取證過程並非合法或根本無關連性，縱當事人並未爭議，法院仍應於準備程序中依職權排除，如當事人對之有爭議，始會進入一般調查證據之程序加以調查。

簡言之，自始即欠缺證據資格之證據，不會亦不應因兩造事後於準備程序或審判程序「同意作為證據使用」或「未經異議」，而溯及自始「治癒」違法之取證手段或使根本無任何關連性之證據變成有關連性之證據³²。茲將證據資格之檢驗過程圖示如下：



3. 法定證據調查程序：

按犯罪事實之成立，係追訴者依其舉證責任本應先行舉證之事項，苟其舉證之程度無法涵蓋足以成罪之範疇，即應為被告有利之認定，無須命被告舉反證證明「未犯罪」，此亦為被告不自證己罪原則適用之範圍，故具有關連性之證據經合法「取得」後，尚須透過舉證分配原則，於法定程序中先由追訴者「提出」積極證據，再由審判者本於其中立性、獨立性之地位踐行「調查證據之程序」（Beweisaufnahmeverfahren），使被告對於證據有攻擊防禦之機會，甚至經由法定證據調查程序之過程中，產生評價轉向或阻卻評價之事由，於有評價轉向或阻卻評價事由時，

²⁹ 參閱：黃翰義，從比較法之觀點檢討我國刑事訴訟法上之善意例外原則，法學叢刊，民國九十四年四月，第五十卷第二期，第九三頁。

³⁰ 「證據關連性」係指該證據具有足以推論至犯罪構成要件要素事實存在與否之關係，可分為「自然關連性」及「法律關連性」，前者係指該證據在多少具有最低限度證明之分量；後者係指該證據並未違反使法院產生偏見或造成訴訟延滯之「法定事由」。

³¹ 證據資料係指所有可能與待證犯罪事實直接或間接相關之資訊內容或素材，證據必須透過特定的方法才能呈現，此特定方法稱為證據方法，林鈺雄，刑事訴訟法（上冊）總論編，自版，二〇〇三年九月第三版，第四〇六頁。

³² 惟我國刑事訴訟法第一百五十九條之五卻為相反之規定，以當事人之同意或未聲明異議之情事而擬制成具有證據資格乙節，在理論上尚有疑義，仍有進一步探討之空間。

即發生舉證責任之轉換。所謂「評價轉向」或「阻卻評價」事由者，係指當追訴者業已提出足使被告成罪之證據，此時追訴者業已盡其應負舉證責任之義務，如被告主張有利之事實時，即應由被告舉出對其有利之證據，以支持其主張有利之事實確實存在，並非意味被告自始至終均無任何舉證責任，稱此種舉證責任「轉換」之事由，為「評價轉向」或「阻卻評價」事由。

法定調查證據之程序，可分為「嚴格調查證據之程序」與「一般調查證據之程序」。二者之區別在於，前者係以「成罪事項」為其調查之對象，後者則以「非成罪事項」為其調查之對象³³。嚴格調查證據之程序，其重心在於與犯罪構成要件、違法性及有責性等足以成罪事項之證據調查³⁴；至於一般調查證據之程序，則係指「非成罪事項」，亦即與犯罪構成要件、違法性或有責性等無關，然仍涉及其他事實（非犯罪事實）調查之過程。茲分述如下：

(1) 嚴格調查證據程序：

① 被告之不在場證明（Alibibeweis）：

在嚴格調查證據之程序中，應先行調查被告是否有不在場之證據。不在場之證據係嚴格調查證據程序中，最先加以確認之過程。因此，如被告主張有不在場證明者，應優先於所有證據調查程序前為之。亦即，不在場

證明之證據調查，其順序係放置於所有證據調查程序之第一順位，如被告確有不在場證明之證據，經調查後形成心證認定被告係不在場，則被告既不在場，則其後之所有證據調查即無庸踐行之，以節省訴訟程序之成本。惟應加以注意者，不得以被告無法提出不在場證明而推論被告於案發時即有在場，仍應視追訴者是否已盡其舉證責任而定。應加以補充者，此處之不在場證明，並不包括為共謀共同正犯或間接正犯之利用者而言，申言之，由於共謀共同正犯及間接正犯依其犯罪之性質，不必然會在犯罪現場，共謀共同正犯依大法官會議釋字第一百零九號解釋，係基於共同謀議之方式，推由他人實行犯罪行為，間接正犯則係利用他人實行全部之犯罪行為，因此，此二種犯罪類型，並不在此不在場證明可資適用之範疇內。

② 舉證責任分配原則：

如被告未主張不在場證明，則本於刑事程序之舉證責任分配原則，應先由追訴者就足以成罪事項之證據提出而供法院調查，被告無庸先提出證據。亦即，追訴者之地位在於提出證據證明被告犯罪，必先由追訴者提出具有成罪事項之證據並加以說明；而被告由於受無罪推定原則及不自證己罪原則之保護，本即無須先提出「證明其無罪之證據」。因此，調查證據程序之第二順位，在於就追

³³ 應加以強調者，本文主要仍係在建立制度上之「應然面」，因此，就一般調查證據之程序而言，其對象乃在於非成罪事項之調查過程。惟就實定法之「實然面」而言，關於「非成罪事項」之調查（例如違法取得證據等關於證據資格之調查事項），實務上有二種作法，其一係委由受命法官在準備程序中踐行交互詰問程序，其二係由合議庭在審判程序中踐行交互詰問程序。採前者之意見者，參閱：臺灣高等法院九十四年度法律座談會第二十六號提案之決議；林俊益，論準備程序有關證據能力爭議之調查—最高法院九十四年度臺上字第七二七四號判決之闡析，月旦法學雜誌，民國九十五年十二月，第一三九期，第二五二頁至第二五三頁；紀俊乾，刑事訴訟法準備程序中受命法官的證據處理，司法周刊，二〇〇六年三月九日，第一二七七期第二版。後者依本文所瞭解，應係目前各地方法院運作之實況。

³⁴ 除構成要件該當性、違法性、有責性外，應經嚴格證明之程序者，亦包括可罰性條件、個人阻卻或解除刑罰事由、其他刑之加減免除事由及屬於從刑之沒收、追徵、追繳或抵償等事實。

訴者所提出「成罪事項」之證據加以調查，追訴者除應就證據係「合法取得」並具有「關連性」說明外，並應就該證據可得證明之程度加以解釋，使被告知所攻擊防禦，俟成罪事項之調查程序完畢後，再行調查應由被告舉證之事項。簡言之，追訴者應先行提出證據證明被告犯罪，如無法提出充足之證據，自無由被告提出反證之必要。故成罪事項之調查應先於被告舉（反）證之事項加以調查，於形成有罪事實存在之心證後，再就被告所舉反證之部分進行調查，有其先後順序之區別。

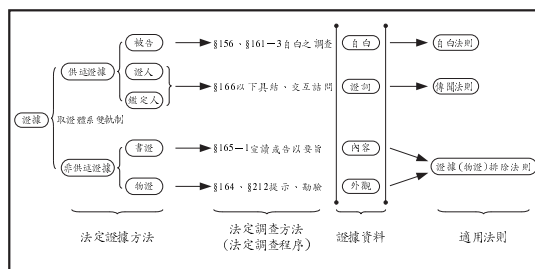
③證據之分類及屬性：

依證據之分類，可分為「供述證據」及「非供述證據」，無論係供述證據或非供述證據，其取證是否合法及有如何程度之證明力，仍須經過「嚴格調查之程序」後，始得作為形成心證之依據³⁵。因此，在嚴格調查證據之程序中，無論係供述證據或非供述證據，均應確認是否有「證據資格」，亦且，尚應對於該證據所得證明之程度加以辯證及調查³⁶。茲依證據之屬性係供述證據或非供述證據之調查，分述如下：

A、供述證據之調查：

供述證據可分為被告之自白、證人（對

被告不利）及鑑定人之證詞，均屬成罪事項之調查，依直接審理主義及言詞審理主義，原則上均不得以書面取代被告之自白或證人（鑑定人）之證詞。被告之自白為「證據之王」，因此，被告係屬於證據調查之方法。惟為貫徹無罪推定原則之理念，被告自白之調查，自訴訟程序之流程而言，應歸納於「成罪事項」調查程序之末，而不應置於「所有證據」之調查程序後。本文認為，在程序上既應先踐行「成罪事項之調查」，避免將「成罪事項」與「排除成罪事項」之調查程序混淆而成為「大雜燴」，導致程序進行之混亂，從而，制度設計上確有必要先行區分為「成罪事項」與「排除成罪事項」之調查，因此，參酌被告既屬法定證據方法之一，自應置於「成罪事項」調查之最末，而非「所有證據調查」之後³⁷。茲先行圖示取證體系雙軌制及其後進行調查證據之程序如下：



³⁵ 因此，證據調查必須在「法定證據方法」內，並應依「法定調查程序」為之。依目前學說上之一般見解，法定證據方法，係指被告、人證、文書、鑑定及勘驗。至於法定調查程序，依現行法之規定，例如：證人、鑑定人及通譯之具結（第一百八十六條第一項、第一百九十七條、第二百十一條）、證物之提示（第一百六十四條）、文書之宣讀或告以要旨（第一百六十五條）及錄音、錄影或電磁紀錄等之辨認或告以要旨（第一百六十五條之一第二項），均屬之。惟法定證據方法是否確實包括鑑定及勘驗？本文採取反對之見解，簡言之，鑑定及勘驗，究其實質，係屬於法定調查程序，並非法定證據方法，此部分請參閱本文註五六。

³⁶ 國內學者有謂證據應經嚴格證明之合法調查程序後，始能取得證據資格，林鈺雄，前揭註三書，第四〇二頁。然而，此一見解恐誤解法定調查程序之意義及功能，申言之，證據資格僅須具有合法取證及關連性之要件即可，法院踐行調查證據之程序並非該證據取得「證據資格」之積極要件，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為相當程度之調查後，始有證據價值之評價問題，嚴格言之，合法調查證據之程序係論及證據有無證明力之前置要件，並非證據資格之取得要件。同見解，參閱：黃朝義，刑事訴訟法（證據

a、被告之調查程序：

被告之調查程序，在於確認自白有無任意性及真實性。稱自白者，係指被告承認自己犯罪事實之供述。自白以其具有真實性為前提，其中自白之所以具有高度證據價值，自亦以真實之自白為必要，因此，被告之自白，不特須出於任意性，以保障被告之人權，並須有補強證據，以擔保自白之真實性，基於公平之裁判，刑事訴訟法規定被告有緘默權，被告基於「不自證己罪原則」，既無供述之義務，亦無真實陳述之義務，同時亦不負自證清白之責任，不能因被告未能提出證據資料證明其無罪，即認定其有罪。關於非任意性自白之判斷，除其自白必須是以不正方法取得外，尤須該自白與不正方法間具有因果關係，始有前述排除自白之適用。而上開因果關係之判斷，除應依個案具體情節，詳細考察訊問之一方之基本狀況，包括：實施不正方法之態樣、手段、參與實施之人數及受訊問之一方之基本狀況，包括：受訊問人之年齡、地位、品行、教育程度、健康狀況…等外，更應深入探討不正方法與自白間之相關聯因素，例如：實施不正方法對受訊問人強制之程度、與自白在時間上是否接近、地點及實施之人是否相同、受訊問人自白時之態度是否自然、陳述是否流暢及其他相關情況，為綜合研判，始能符合事實。將被告因遭受身體上強制，例如：強暴、疲勞訊問及其他施以生理上壓迫之不正方法或精神上強制，包括：脅迫、利誘、詐欺及其他施以心理上壓迫之不正方法所為之自白，以及在違法羈押中所為之自白，同列為以不正

方法取得之供述證據，不問其自白是否與事實相符，一概排除其證據能力。良以非任意性之自白，係在被告遭受身體上強制或精神上強制之情況下所取得，並非出於其自由意思之發動，在其心意自主之情況下所為之陳述，非真實之可能性大為提高，若允許採為證據，不僅嚴重侵犯人權，也容易造成司法誤判，因此否定其證據能力。檢察官如未就被告之自白提出證據，法院應逕因檢察官未盡其提出證據責任而判定被告之自白並不存在。至於檢察官提出被告自白之證據後，其對於法院之「說服責任」，使法院相信至「無庸置疑」之程度。

被告陳述其自白係出於不正之方法者，應先於其他事證而為調查。該自白如係經檢察官提出者，法院應命檢察官就自白之出於自由意志，指出證明之方法。法院對於得為證據之被告自白，除有特別規定外，非於有關犯罪事實之其他證據調查完畢後，不得調查。

b、證人之調查程序：

證人之證詞，由於可能具有時間或空間上之錯誤或主觀認知之差異，因此必須透過交互詰問之方式加以調查，以去除證人在記憶上或主觀上認知錯誤之證詞，藉以保障被告之訴訟基本權。交互詰問程序在證據心證主義前置程序之定位上，亦僅限於成罪事項及其評價關係之證據調查，故並非所有之證人均必須經過交互詰問程序之調查方法，其證詞始得作為證據使用，如屬於「非成罪事項」之證人，並不須經過交互詰問程序，僅由審判者命其具結後逕行訊問即可。質言之，

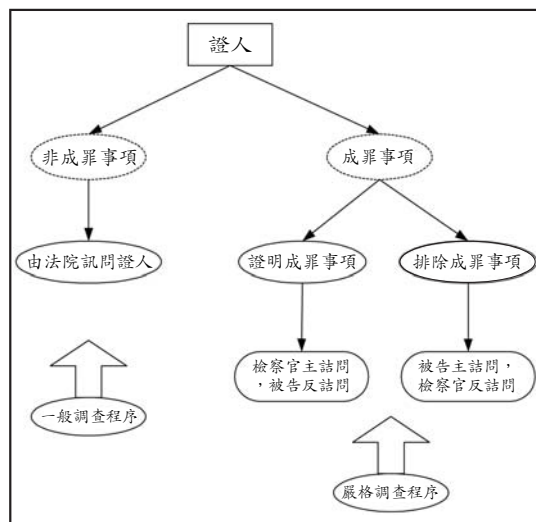
篇），元照出版社，二〇〇二年十一月初版第一刷，第三二頁。

³⁷ 惟我國刑事訴訟法第一百六十一條之三規定並未明確區分此一自白調查程序之屬性，而將之置於「所有證據調查程序」（成罪事項及非成罪事項之調查程序）之後，恐有未妥。

對於經釋明可證明成罪事項之證人，必須踐行交互詰問程序，以獲得事實是否存在之心證，蓋以交互詰問程序係對於屬於法定證據方法之證人之調查程序，必經過此一程序，始得評價證人證詞得證明何一事實之存在。至於非成罪事項之證人，由於與是否構成犯罪並無關係，本即無須踐行屬於「成罪事項」之調查證據程序，嚴格言之，交互詰問程序僅限於對「與成罪事項相關之證人」所為之調查證據程序，因此，「與成罪事項無關之證人」僅由法院依職權訊問即可，並不需要透過交互詰問程序，以自始區分證據調查程序之異同，作為樽節司法資源之有效手段。因此，被告對證人之「詰問權」範圍僅限於對於證明「成罪事項」存在與否之證人，並非漫無限制³⁸。

其次，在詰問之流程上，具備成罪事項屬性之證人（即證明犯罪事實成立之證人），應由公訴人（或自訴人）為主詰問，而不應依聲請之先後順序而有所不同。換言之，被聲請傳訊之證人，應依該證人所欲證明之待證事實為「成罪事項」（犯罪事實成立）或「排除成罪事項」（「阻礙」犯罪事實成立）以定主詰問或反詰問之主體。嚴格言之，主詰問程序屬於「舉證」之過程，係由追訴者提出得證明至待證事實之證人以取得其證詞；而反詰問屬於「抗辯」之過程，係由被告對於證人於主詰問所為之證言加以攻擊，使其發生證詞上之瑕疵或漏洞，以動搖追訴者之舉證；覆主詰問則屬於「補強舉證」之過程，用以修復或填補經被告抗辯後所產生之瑕疵或漏洞，其性質上仍為舉證行為，而

覆反詰問則屬於「強化抗辯」之過程，用以再次彈劾證人或加重、擴大證人證詞之瑕疵或漏洞之訴訟行為，法院透過審查「檢察官之舉證行為」與「被告之抗辯行為」之調查程序，以形成事實存在與否之心證，此為法院踐行關於證人調查證據程序所特有之程序，或稱交互詰問程序之規範屬於法院對於人證調查程序之特別規定，亦不為過。因證人與其他證據之屬性不同（證人有可能有誤記或誤認之情形），故交互詰問所進行之方式亦必須朝向嚴格之正反辯證程序後，始得去蕪存菁而篩選出得以證明至事實之證詞。茲圖示如下，用供酌參：



惟為避免檢察官在偵查中不盡力蒐集證據（如不訊問成罪事項之證人，俟起訴後再聲請法院傳訊），反而於起訴後始藉由交互詰問程序盡其舉證責任，因此，在發動交互詰問前，審判者應先審查該成罪事項之證人是否業於偵查中經傳訊到庭接受訊問，如卷內並無此一「證據資料」之範圍可資適用，

³⁸ 當然，由於「成罪事項之證據調查程序」較「非成罪事項之證據調查程序」嚴格，即使「非成罪事項之證據」踐行「成罪事項之證據調查程序」，惟不生程序違反之問題，僅產生浪費訴訟資源之問題。然而，如「成罪事項之證據調查程序」依「非成罪事項之證據調查程序」為之，即有違反法定調查證據程序之問題，所踐行之訴訟程序違法，將成為上訴或非常上訴之理由。

應認定檢察官並未釋明該證人與成罪事項有關，審判者應即駁回檢察官之聲請。簡言之，檢察官欲聲請法院詰問證人，必該證人在偵查中業經檢察官訊問而有證詞指向不利於被告等情（亦即，與被告之行為具有構成要件該當性、違法性），以此資為證據資料之釋明，否則，即應駁回其交互詰問之聲請，而無法基於證人之詰問，作對被告不利之認定。執此之故，在踐行交互詰問程序前，進行主詰問程序之檢察官應先提出該名證人所證述之證據資料及其範圍供法院審酌，亦即，檢察官聲請傳訊之證人，必證詞曾顯現於檢察官訊問之偵查程序中，而以此曾顯現之證詞範圍資為交互詰問「主詰問」之界限，質言之，檢察官必先提出該證人於偵查中所言證詞之證據資料作為釋明詰問該證人之證明方法，審判者則以此作為證據調查之範圍。因此，當檢察官於偵查中未對證人為任何訊問時，將喪失其啟動或聲請「主詰問」之條件。如同本文前開所述，主詰問屬於檢察官對於事實之「舉證」，如因偵查中檢察官之怠惰或不願傳訊證人，將導致檢察官無從在審判中開啟此一「舉證」之程序，該證人自然無從作為認定對被告不利之證人，既無從作為認定對被告不利之證人，被告縱使不對該證人行使反對詰問權，自亦無任何影響，亦即，該證人無法成為法院證據調查之對象以作為證明被告有犯罪事實之行為，則視同檢察官

自始並未舉證，此與檢察官捨棄主詰問等同於拋棄其舉證行為之情形，並無二致³⁹。

至於對被告有利或不利證人之判斷標準，依聲請人所欲證明之「待證事實」是否對被告不利加以認定。原則上檢察官用以證明成罪事實存在之證人，通常被歸納為對被告不利之證人。至於證人在詰問過程中所為之證詞究否有利於被告，由於無法預先得知，因此，僅得以聲請人於聲請法院傳訊時，對所欲證明之待證事實經釋明後，加以認定⁴⁰。

c、鑑定人之調查程序：

鑑定是由具有專門技術之人，結合其本身之專業知識，對於已發生一定之事實，提供予審判者關於該事實在科學專業知識上之意見。鑑定報告之內容屬於人之意思表示，就鑑定報告本身而言，屬於後述文書證據之範疇。鑑定主要亦可分為對「成罪事項之鑑定」及「非成罪事項之鑑定」，然惟有前者應經過成罪事項之嚴格調查證據程序，後者僅踐行一般調查證據之程序即可。因此，如當事人對於鑑定報告有所質疑，而該鑑定報告係用以提供審判者關於「成罪事項」之專業意見時（如鑑定兇刀上之指紋或血衣上之血跡為何人所有），則應對該「鑑定人」踐行交互詰問程序，以進行對於受鑑定之過程及本於鑑定人科學專業知識上之確認。然由於廣義鑑定人之分類，尚可分为「鑑定人」（Sachverständiger）及「鑑定證人」

³⁹ 按主詰問在本文之歸類上，就檢察官之角度而言，係屬於舉證程序，因此，當檢察官放棄主詰問程序，即等於放棄其舉證責任，既無法經由舉證活動而證明被告犯罪，自然無行使反對詰問權之必要。蓋以反對詰問程序係在於「戳破」、「拆穿」、「抗辯」檢察官經由主詰問程序，自證人所為之證詞而建立關於被告不利之舉證，故檢察官既然無法先行就此部分加以舉證，即無行使反詰問程序之必要。

⁴⁰ 至於證人之證詞如在警詢或偵查中有部分有利者，亦有部分不利者，仍應依聲請人所欲證明之待證事實係有利或不利於被告加以認定。苟兩造均聲請法院傳喚同一證人，惟所欲證明之待證事實卻正相反對，此時應由聲請人釋明「該證人所得證明之待證事實」究係有利或不利於被告，依其釋明程度之高低強弱以定主詰問或反詰問之主體。

(sachverständiger Zeuge) 二種。前者係指本於專門知識，就特定之證據提供專業知識及意見以輔助法院之人；後者則指除其提供專業知識及意見予法院外，其所提供之專業知識及意見係建立於其所親自見聞之事實上，較具有濃厚之證人色彩⁴¹，質言之，前者提供「專業意見」，後者仍係提供「親眼見聞之事實」。因此，鑑定人係輔助及提供審判者關於科學專業知識上之意見，其「鑑定過程」應適用鑑定程序（刑事訴訟法第一百九十八條以下），具有可替代性，其作用乃是提供審判者關於認定事實之參考，為輔助機關；而鑑定證人則依其證人之屬性，就其見聞事項適用交互詰問程序（同法第二百十條），不具有替代性。至於鑑定證人之「法定調查證據程序」，則應適用交互詰問之調查程序⁴²。

B、非供述證據之調查：

a、書證之調查程序

按廣義之文書可分為「文書證據」及「證據文書」。「文書證據」係以文書之內容作為證據資料，調查之重心在於文書之內容而非外觀。而「文書證據」既係以「內容」作為證據資料使用，析其實質，顯然係行為人

透過文書之方式表現其意思之謂，重在意思之呈現，除應以宣讀或告以要旨之方式調查外，並應就其取得合法性、該意思之內容有如何程度之證明，由當事人加以辯證⁴³。至於「證據文書」則係以文書依存之既有外觀形式，作為證據資料使用，因此，調查「證據文書」之重心在於文書本身之形態而非內容，實質上而言，係以物理上之「外觀」作為證據資料使用，性質上屬於證物，則應以提示及依該外觀有如何程度證明之方式調查，換言之，「證據文書」係單純以外觀作為認定之基礎，性質上與證物並無差別，不具有供述證據之特徵，惟因該證物屬於成罪事項之證據，仍應踐行提示、辯證證據資格及詢問當事人意見之法定程序後，始可作為判斷事實是否存在之依據。

b、物證之調查程序

依現行物證之調查程序，可分為「提示」及「勘驗」二種。所謂提示，主要係指應予被告對於該物證取得來源之過程是否合法或具有關連性，加以辯證，並應將該物提示予被告供其觀覽、審視，使其對於該證物之「證據資格」及「證據評價」，有表示意見之機

⁴¹ 因此，鑑定證人基本上宜歸類為證人之屬性，質言之，鑑定證人固然亦係提供其專業知識及意見供法院參酌，然而，更重要的是，其並非如鑑定人單純僅止於提供上開知識及意見而已，其尚陳述其所「親自見聞」之事實，而此一事實由於係該鑑定證人所親自見聞，因此，具有不可替代性。因此，就鑑定證人之不可替代性而言（此亦為鑑定人與證人之區別），實與證人並無二致。

⁴² 然而，二〇〇三年我國刑事訴訟引進所為鑑定許可書（第二百零四條之一），甚至在鑑定時得為必要之處分（第二百零五條之一、之二），已變更鑑定之本質，使鑑定之概念成為具有強制處分性質之「保全證據程序」，重在取證，亦使鑑定不得不區分為「取證性質」之鑑定及「提供意見」之鑑定，因此，制度上實有必要將具有取證性質之鑑定，另行劃分為強制處分之歸類，或較不致於混淆鑑定本然上之意義。

⁴³ 嚴格言之，「文書證據」既係人之意思所形成具有某種證明內容之證據，應認為屬於供述證據，該供述證據既在於證明成罪事項，僅係將人之供述記載於文書內作為證據，理論上而言，該文書證據既屬人之供述證據（而與成罪事項有關），是否應本於直接審理之基本精神，傳訊證人（或鑑定人）到庭接受交互詰問，亦或作為直接審理之例外，在價值判斷上，採取前者或後者，或有仁智之見，惟無論將來制度設計朝向何種程序，均應踐行實定法內之「法定調查程序」，應無疑義。

會。至於勘驗，係指透過人之五官知覺理會作用，對於成罪事項之非供述證據所為之調查方式⁴⁴。因此，勘驗作為調查程序，其所針對之客體限於非供述證據，始有踐行勘驗調查程序之可言。勘驗之調查程序，依其來源可分為二種，其一，如所勘驗之客體係經由檢察官取證而來，必須對於取得該證據之來源是否合法、審查有無關連性及必要性後，再進行知覺理會作用之觀察；其二，如非經由檢察官所取證而來，而是顯現在卷內之資訊，例如：起訴書內所記載之犯罪現場或拍攝之照片，因而認為應至現場勘驗者，因該資訊並非經由公權力機關本於強制處分權取證而來，自無就取證合法性加以審查之必要，僅需認定與成罪事項之事實有關連性及必要性時，即應就該勘驗之對象踐行知覺理會作用之觀察，以形成事實存在與否之心證。相較於其他法定調查證據方法不同之處，在於勘驗必須經由審判者之五官知覺理會作用加以察覺，以認定該證據係呈現如何之外觀⁴⁵，因此，運用五官之知覺理會作用，在現行證據調查之運作上，乃是勘驗調查程序之特色，至於理論上而言，勘驗是否具有取證之色彩，亦值進一步之探究。

c、證據預斷（Beweisantizipation）之禁止：
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，在嚴格調查證據程序進行中，應有「法官不取證原則」之適用。「法官不取證原則」主要在於避免使法官在事實之認知上產生對於被告不利之偏頗，自應禁止法官本於職權取得對於被告不利之證據加以使用。換言之，苟賦予法官得依職權取得對被告不利之證據，將使被告實質上喪失對於證據取得合法性與關連性之抗辯，根本無法進行合法取證及有無關連性之彈劾。蓋以此時蒐集證據及使用證據之主體均為法官，審判者亦為法官，此舉將使被告在訴訟程序進行中，處於更不利之情況，甚至使本來對立之當事人即「檢察官 $\longleftrightarrow$ 被告」之狀態，轉換成「法官&檢察官 $\longleftrightarrow$ 被告」之結果。當法官發動職權取證，而此一取證行為之目的在於蒐集對被告不利（有罪）之證據並加以使用，不僅將使法官中立性、獨立性之角色受到衝擊，亦間接地協助（甚至接續）檢察官本應於偵查中主動蒐集證據之過程。因此，在證據調查之過程中，應嚴格禁止法官發動職權以取得對被告不利之證據，較為妥適。至於審判者協助被告取得對其有利之證據，並不違反法官不取證原則，附此敘明⁴⁶。

(2)一般調查證據程序：

一般調查證據程序係指適用於「非成罪

⁴⁴ 如係對於非成罪事項之調查，則僅須就勘驗對象踐行知覺理會之觀察即可，關於取證是否合法、有無關連性及必要性等節，即無庸加以置喙，此為成罪事項與非成罪事項之勘驗程序不同之處。

⁴⁵ 然而，現行刑事訴訟法第二百十五條另有檢查身體之處分，此一處分本質上屬於取證形態之強制處分，係對於第三人自由基本權之干預，體系上根本不應放置於勘驗之證據調查程序內，蓋以法官不取證原則係審理程序之基本原則，檢查第三人之身體係以「有相當理由可認為於調查犯罪情形有必要者為限」，事實上等同於係在審判中取得非供述證據（即第三人之身體），如該第三人不到場，甚至有不同程度之法律效果（準用第七十二條及第一百七十八條），與審判程序進行之勘驗的調查程序係在於透過「檢察官已舉證之證據」或「卷證資料內所顯現之證據」所為的調查程序，性質上並不相同。

⁴⁶ 由於被告在偵查中並未如檢察官擁有強制處分權，自始即處於不利益之地位，故檢察官起訴後，被告對其有利之事實如經釋明有取證之必要，自應由法官協助被告取得對其有利之證據，以儘可能地維持程序上之武器平等。

事項」之證據調查程序。經過非成罪事項之證據調查，亦有心證形成之問題，然而，此一心證形成與上揭嚴格證據調查後形成「事實」心證之對象及是否適用交互詰問並不相同⁴⁷。質言之，一般調查證據程序由於與是否成罪無關，因此，適用該程序之證據調查係屬於佐證性之證據，如屬於供述證據，僅由審判長訊問，俟訊問完畢後，再詢問當事人有無意見即可。制度之設計上，在一般調查證據程序，如係本於證人之地位接受訊問，並無須踐行交互詰問程序，蓋以此一待證事實既屬於「非成罪事項」，與被告是否構成犯罪無關，自然無需經由反覆辯證之程序而耗費不必要之訴訟資源。

至於如屬於非供述證據，則由審判長提示並告以要旨，並詢問當事人之意見。一般調查證據程序與嚴格調查證據程序不同之處，在於其無須就證據取得及關連性加以說明，僅須提示、告以要旨及詢問當事人意見，即完成證據調查之法定程序。之所以就一般調查證據程序與嚴格調查證據程序在調查方法上作如此之區分，係因對於當事人而言，唯有成罪事項之證據調查涉及「是否構成犯罪」之問題，此亦為證據調查程序之重心，從而，

審判者在調查過程中，必須對於證據取得之來源（取得合法性）及最低限度之證明（關連性）加以審核，並就該證據具有如何程度之證明力，由兩造詳加辯證，故在程序之進行上，對於成罪或非成罪之證據，當然應嚴格區分其調查方法，使訴訟程序及資源得本於不同證據屬性之區別作更有效率之運用；而非使所有「成罪」或「非成罪」事項之證據調查程序，均一體適用嚴格調查之過程，以節省有限之司法成本⁴⁸。因此，吾人將成罪事項與非成罪事項分為不同之調查程序，歸納其主要之理由在於：一、成罪事項之證據調查為審判之重心；二、成罪事項之證據必須經過嚴格調查證據之程序，蓋以其涉及被告之行為是否構成犯罪；三、將成罪與非成罪事項之證據調查加以區分，有助於提昇審判之經濟效益。

4. 對於證據加以評價：

證據必經法定調查證據之程序後，始有證據評價（證據證明力）之可言。證據未經合法調查者，不得作為證明之用，此觀諸刑事訴訟法第一百五十五條第二項及第三百七十九條第十款即可明瞭。故證據評價之前提，必經合法調查程序⁴⁹。合法調查程序，如同

⁴⁷ 嚴格調查證據程序完成後，係對於該證據形成犯罪事實存否之心證過程，亦即，證據心證主義適用之對象，在於以經過調查程序之證據為基礎，作認定犯罪事實成立與否之推演；至於一般調查證據程序完成後，僅係對於該證據形成犯罪事實以外之其他事實的存否，產生認定之心證，二者之對象及心證形成之客體均有所不同。

⁴⁸ 因此，就制度而言，檢察官在起訴時，即應於起訴狀內之證據清單載明「成罪事項之證人」、「成罪事項之證物」、「非成罪事項之證人」及「非成罪事項之證物」，或至少於「具有篩選功能」之準備程序進行時，檢察官即應對於上開供述證據或非供述證據之來源詳加區分，以作為審判程序區別為「一般調查證據程序」及「嚴格調查證據程序」之適用對象。

⁴⁹ 最高法院九十七年度臺上字第六七六號判決即認為：「未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據，刑事訴訟法第一百五十五條第二項定有明文。又同法第一百六十四條規定：「審判長應將證物提示當事人、代理人、辯護人或輔佐人，使其辨認。（第一項）」「前項證物如係文書而被告不解其意義者，應告以要旨。（第二項）」第一百六十五條第一項規定：「卷宗內之筆錄及其他文書可為證據者，審判長應向當事人、代理人、辯護人或輔佐人宣讀或告以要旨。」此為事實審法院於審判期日，就判

前揭所述，包括嚴格調查證據程序及一般調查證據程序，依各該證據屬於成罪或非成罪事項之特徵，作為應適用何種程序之基準。惟合法調查程序並非「證據資格」取得之要件，而是進行證據評價之前置手段，惟有經過合法調查之程序，始得踐行證據評價。證據經法定調查程序後，由審判者就該證據之內容得證明至如何事實之過程，稱此種對於證據價值之蓋然性判斷，為證據評價。證據評價之主要功能在於經由該證據所得推演之程度，以認定事實是否存在。

對於證據之評價，同樣地可分為供述證據及非供述證據。供述證據主要係以被告之自白及證人之證詞（含鑑定人之證詞）為中心。惟關於被告自白之證據，有其評價上之界限。一般論及被告之自白，率皆以被告之自白足以證明「所有」之構成要件要素事實，僅另應輔以補強證據始可，重心僅置於自白之任意性及真實性。然而，被告之自白在評價過程中，是否果真具有如此強大之證明力？是否僅係為避免被告造假之自白，始應有補強證據加以擔保？頗值懷疑。申言之，被告

之自白充其量僅得證明「行為主體事實」及「行為事實」而已，此亦為被告自白證明度之極限。至於行為客體事實、結果事實、因果流程事實及法益侵害事實⁵⁰，均非被告自白所得推演所致，尚須有其他證據加以補強，始得還原事實之圖像。例如：被告甲自白於某年月日在某處持刀殺害被害人乙，惟未尋獲被害人乙之屍體，縱有被害人血跡及被告甲指紋之兇刀存在作為補強，亦無從確認是否具有刑法第二百七十一條第一項所規範殺人「既遂」之構成要件事實，因此，當然無法以該條項之罪名相繩⁵¹，惟有透過其他證據之評價，例如：尋獲被害人乙之屍體經勘驗後製成勘驗筆錄、經鑑定報告認定兇刀與被害人乙之致命傷口相符、有被害人乙之死亡證明書等情，始得確認最終之事實為何。準此，補強證據存在之功能，當非僅止於程序上「擔保」自白之真實性而已，而是仍具有證明自白之射程所無法達到之其他要素事實。其次，關於證人證詞所得證明之程度，則應視證人所見聞之範圍而有不同之認定，詳言之，某證人之證詞有可能僅得證明至某

斷犯罪事實所採用證據所應踐行之調查方法及程序，旨在使當事人、代理人、辯護人或輔佐人均能徹底瞭解該等證據之形貌或內容、意涵，得以表示意見，而為充分之辯論，俾法院形成正確之心證。故法院就該等證據，如未確實依照上開法定調查方法，於審判期日踐行調查程序，而遽採為判斷事實之依據，即難謂於上開證據法則並無違背」，足見調查程序乃是用以判斷證據評價之程序。最高法院九十七年度臺上字第六三三九號及同院九十七年度臺上字第六三八六號判決，亦同此見解。學者亦認為：在需要嚴格證明之情形，被認為有證據能力之證據，苟非依法律所定之一定程序予以調查，實不得作為事實認定之資料，刑事訴訟上關於犯罪成立（實體爭點）之證明，必須嚴格遵循形式上之法定程序，張麗卿，刑事訴訟法理論與運用，五南出版社，二〇〇七年九月增補版第十版，第三六五頁。同見解，朱石炎，刑事訴訟法（上），三民書局，民國九十年九月修訂第二版第一刷，第三一六頁。

⁵⁰ 行為事實原則上係本於供述證據加以證明，客體或結果事實則本於非供述證據加以證明，至於因果流程及法益侵害之事實，有可能係本於供述證據證明，亦有可能本於非供述證據證明，然無論何者，法益侵害之事實必須經過審判者之價值判斷始能確立。

⁵¹ 本文認為被告之自白，並無法證明至全部之構成要件事實，亦即，被告自白之證明程度，仍有其極限存在，充其量僅得證明行為主體及行為事實之概念。至於其他事實，例如：屬於證明被害人死亡之客體事實（屍體）如無法取得，根本無法證明有無死亡之事實，而此一事實，並非自白所得證明，此所以自白有其證明之界限，亦必須具有「補強證據」的原因之一。

一構成要件要素事實存在，另一證人之證詞有可能得證明至二個以上構成要件要素事實存在，端視該證人親自經歷之事實範圍的廣狹而有不同。故被告之自白與證人之證詞固均屬於供述證據，然證人證詞與被告自白在證據評價之範圍迥異，究其實質，乃因被告自白之證明範圍受到「行為主體事實」及「行為事實」之限制，射程無法證明至其他構成要件要素事實之存在；而證人證詞之證明範圍則受到該證人「聞見事項廣、狹」之限制，係因證人本身經歷之過程而有所不同，此一對於供述證據二分化之思維，係基於被告自白及證人證詞本質上之相異所作出之結論。另外，在非供述證據之部分，如同前開所述，通常在評價證據之過程中，係針對行為客體事實為其證明之對象。例如：竊盜、強盜之客體為他人之財物，該被行為人「破壞他人之支配持有關係而建立自己之支配持有關係」的財物本身，具有證明屬於構成要件要素之「他人財物」的事實。

應加以說明者，係「得證明至構成要件要素事實」與「已證明至構成要件要素事實存在」之概念，仍應加以區別。「得證明至構成要件要素事實」者，係指該證據在評價上可證明構成要件要素之事實，惟尚未達於「無庸置疑」之有罪心證程度；而「已證明至構成要件要素事實存在」者，係指審判者綜合各個不同證據之價值及對於證據詳加評價後，達到足以認定被告有罪之「無庸置疑」的心證程度。因此，在證據推演至事實存在之評價過程中，極有可能出現評價後之證明

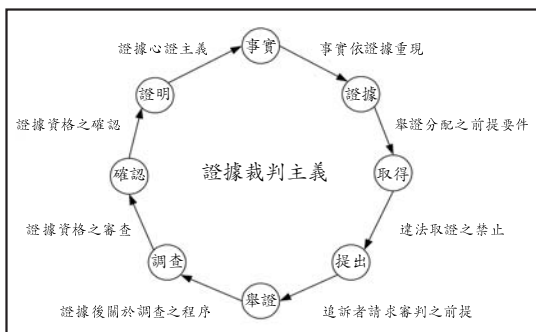
力頗為薄弱，根本無法證明至構成要件要素事實存在之情形，稱此種證據，為欠缺證明力之證據。至於如何程度之證明力，始得稱為有證明力之證據，應就證據與事實間之推演過程中，由審判者本於證據客觀上可得證明之蓋然性加以認定⁵²。亦即，證據得證明至事實之心證形成過程，應依該證據得證明至主體事實、行為事實、結果事實、因果流程事實及法益侵害事實，客觀加以判斷，本於各該證據通常可得證明至如何程度事實之蓋然率為標準。故審判者對於如何之證據得證明至如何之事實，應受到此一證據得證明之蓋然率的限制，而非毫無標準地恣憑審判者主觀之認定加以演繹，此即本文所主張心證之形成本應受限於證據本身之故。茲舉一例言之，例如：刑法第二百七十二條第一項之殺直系血親尊親屬罪，應將此一構成要件切割為行為人為直系血親卑親屬、殺害行為、直系血親尊親屬死亡、因果關係流程及行為人對於上開事實之故意。行為人與被害人間之身分事實，可透過戶籍謄本、身分證件（文書證據）對應於身分事實之證明事項內；兇刀一把分別有行為人之指紋及被害人之血跡，經鑑定後形成鑑定報告（文書證據）係對應於行為人曾握有該兇刀及該刀曾進入被害人之身體內；自被害人受傷之部位係頸部、胸部或刺入之深度、次數等而記載於勘驗筆錄（文書證據），係對應於殺意存在之事實；死亡證明書（文書證據）係對應於被害人死亡之事實；至於被告供稱其持刀刺入被害人身體（供述證據）係對應於殺人主體及殺害

⁵² 比較法上關於有罪心證形成之用語，英美法係以「超越合理懷疑」（beyond reasonable doubt）之證明為其形式；德國法係以「幾近確實之蓋然性」稱之。至於日本最高裁判所則以「高度蓋然性」為必要，其內容除應基於「達到未遺留反對事實存在可能性之程度」之確實意向外，並應有「充足證明犯罪之確信判斷」（日本最高裁判所昭和四十八年十二月十三日判決），白取祐司，刑事訴訟法，日本評論社，二〇〇四年十月三十日第三版第一刷，第二八九頁。

之行為事實；證人證述於某年月日在某處見聞被告持刀刺殺被害人數十刀（供述證據）可推演出行為人有持刀及殺人之故意存在。應再加以強調者，特定屬性之證據（如供述證據、非供述證據）僅得證明特定之事實，質言之，證據之評價有其界限存在，並非毫無節制或限制，必自各該證據評價後所得證明之事實存在，再由該存在之事實涵攝至法定構成要件要素，始得導出應有之法律效果。

5. 形成事實心證之過程：

形成事實心證，僅占證據裁判主義其中一環。所謂證據裁判主義，係指事實應依證據認定之原則。證據裁判主義之確立，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。因此，事實成立與否，必須經過證據存在、取得、提出、舉證、調查、確認，而惟有在證明至事實存在與否之階段，始有證據心證主義之適用，茲將證據各階段之過程圖示如下⁵³：



按經嚴格證據調查程序後之證據，即應由審判者依證據心證主義加以推演各該證據與構成要件要素事實間之關係，此亦為證據裁判主義之重心。形成事實心證之過程，並不僅單純地直接自證據推演至事實之而已。

如同本文所一再強調，欲形成事實心證，必先有事實之發生，因為事實之發生而產生證據，於取得證據後提出證據以盡其舉證責任。舉出證據後，應經過法院之合法調查證據程序，依嚴格調查程序調查後確認無訛，始有證據評價之可言。亦即，證據在經過上開各階段審查後，始有可能基於該證據所得證明之程度，產生事實存否之心證。惟應以如何之程度推演至事實？本文認為，證據心證主義係以證據所得證明之蓋然率，以推認事實存在於否。亦即，審判者對於事實心證之形成並無裁量之權限，僅得基於證據本身所得證明之極限，作客觀之推演。質言之，證據僅得依審判者客觀上依證據推演之蓋然率，推認其所得證明之事實是否存在。因此，心證形成之過程，應委由證據本身加以決定，審判者僅是將證據作蓋然率之判斷，在證據判斷之過程中，並無委由審判者自由形成其證據價值之可言。

然而，自證據推演至事實之過程，仍然必須透過對於構成要件事實之分割，先行就主體事實、行為事實、客體事實、結果事實、行為與結果間之因果流程事實及法益侵害事實等區塊加以分類，經由證據群之重新整理，確認各該證據之本位，再行藉由各該證據之評價可得證明之程度為何，以決定對應於任一構成要件事實。解決證據如何對應於任一構成要件事實之方法，本文稱之為拼圖理論。

(一) 拼圖理論

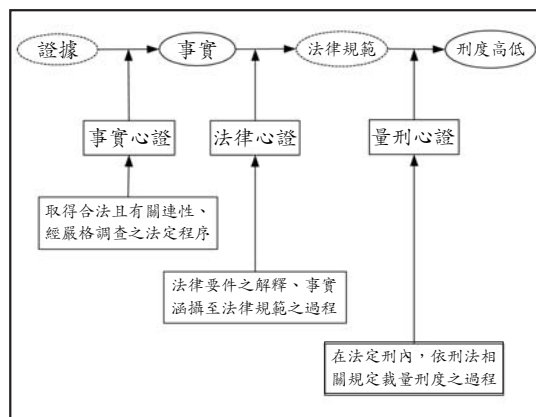
所謂「拼圖理論」，係指具有證據資格而經由踐行法定調查證據程序後之各該證據，由審判者本於各該證據分別評價其所得證明之程度，以構成要件要素事實之推演為中心，

⁵³ 此一圖示引自柯耀程，刑事證據法爭議問題評釋，民國九十五年七月一日在臺南律師公會演講之資料，第二頁。

藉以拼湊出原來事實之圖像。按事實之還原應以證據為基礎，以各該證據所得證明之程度完整呈現事實之原貌，非以證據與構成要件要素間之關連性為中心不為功。拼圖理論之作用在於將犯罪構成要件要素事實加以橫向地分割，區分為主體事實、行為事實、客體事實、結果事實、行為與結果間之因果流程事實等區塊，於證據價值之評價過程中，找尋如何屬性之證據得證明（拼湊）至如何程度之構成要件要素事實，並藉此縱向地整合並連結各該證據對應於構成要件要素事實之關係。因此，基礎事實經認定成立後，始有法律構成要件要素涵攝之問題。簡言之，當主體事實、行為事實、客體事實、結果事實、行為與結果間之因果流程事實及法益侵害事實等區塊經評價成立後，本於該基礎事實，始有涵攝至法律構成要件之可言，如基礎犯罪事實無由成立，即無法律適用之必要。將具有如何屬性之證據評價至認定構成要件事實存在之過程，稱為「事實心證」之形成⁵⁴。故由證據認定事實，為事實心證形成之對象；本於事實對照是否與法律規範符合，為評價心證形成之對象；應如何在法定刑之範圍內，審酌刑度之高低，則為量刑心證形成之對象。

其次，「構成要件要素事實」在證據評價前，並非「先驗地」存在，而是由審判者將各該證據先行歸類，就各該證據所得證明之事實，加以推演成為個別之「事實」，如各該證據僅得證明單一事實，或雖可證明數個事實，經此一評價產生之單一或數個事實

並未與其他證據所得證明之事實範圍有所重疊，此時僅就該被形成之事實與其他經推演形成之事實基礎整體觀之，選擇可資適用之法律規範。至於不同屬性之證據，其可得證明之範圍如有重疊之情形，為事實重疊。產生事實重疊之情況，可分為完全重疊與部分重疊。完全重疊之事實，係因證據評價之結果同一，均對應於相同之事實，故僅得認定係成立一個要素事實；而部分重疊之事實係因各該證據證明之範圍有部分相同、部分不同，此時以各該證據綜合判斷，以總合之最大範圍為該要素事實成立之範圍⁵⁵。證據所得證明之要素事實並未重疊，然總合該證據可形成單一要素事實者，則依該要素事實與其他事實合為一事實群，藉以找尋可資對應之法律規範。

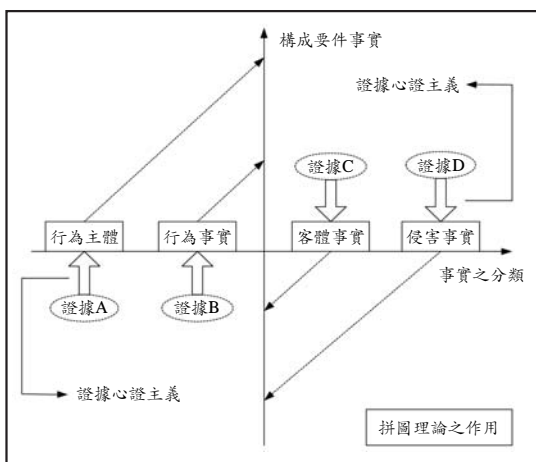


另外，拼圖理論對於各該證據對應於構成要件要素之事實，彼此間仍應具有「連結性」，必基於同一構成要件要素事實間各該區塊之重組及整合，始得還原圖像之原貌，基於此一圖像，而使得事實得以建構完成。

⁵⁴ 事實成立後，各該事實嵌入法定構成要件要素之過程，稱為「涵攝」；對於法定構成要件本身評價之過程，則稱為「法律心證」（或評價心證）。拼圖理論適用之範圍主要在於事實心證形成之過程，至於法律心證、涵攝過程，並非拼圖理論適用之對象。

⁵⁵ 惟此一推論之前提，仍然應以該證據之證明力業經審判者認定足以證明至該最大總合之範圍為必要；苟其中一證據或各該證據自始即無法達到此一證明事實之程度，自無須論及有無事實重疊之問題。

而事實建構完成後，始有對應於法律條文之可言，惟有各該構成要件要素事實涵攝於法律構成要件後，才会有量刑等法律效果產生。因此，拼圖理論可謂透過證據推演至事實之橫向面，透過證據認定事實，進而建立構成要件要素事實存在之縱向面，再本於此一縱向面，與法律規範（法定構成要件）作相對應與否之判斷，如經對照相互吻合，即可認定其有如何之法律效果。茲圖示如下：



三、證據心證之評價方法及其範圍

(一)行為主體：

行為主體之證據，即係用以證明被告本於其係行為人地位之證據。行為主體之證明，可由供述證據而來，亦可自非供述證據而來。惟在與主體具有不可分之身分或特定關係之證明上，有時必須透過非供述證據為之，並非僅以供述證據即可證明之。例如：是否為竊盜之行為人，可由被告自白其係行為人或證人證述曾見聞被告竊取他人之物等節，加以認定。惟在身分犯之情形，例如：公務員

違背職務收受賄賂之行為主體，並非被告自白其係公務員即可認定，而是必須斟酌相關之非供述證據（如文書證據），藉由該非供述證據之推演，以認定有無公務員之資格，因此，行為主體之身分之證明，並非必然地得以供述證據加以證明。

(二)行為事實：

行為事實所涉及者，係行為本身應如何判斷之問題。原則上行為事實大部分係透過供述證據加以證明。例如：殺人罪之「殺」、竊盜罪之「竊取」、施用毒品之「施用」，均屬行為事實之範疇，就各該行為事實而言，較易經由供述證據達到證明該行為事實存在之結果。惟非供述證據之內容，有時對於行為主體，亦可精確地加以描述，例如：實行強盜之行為人遭超商之監視器錄下其實行強盜之整個過程，此種屬於非供述證據之物證，即可證明行為人之行為事實。惟除此種可藉由勘驗之調查方法呈現案發時原貌之證據外，其餘非供述證據，在無供述證據證明或被告未為自白之情況下，欲本於非供述證據加以證明時，除應有供述證據互相佐證外，有時必須輔以情況證據，甚至在個案非供述證據之評價上如無法達到證明至「無庸置疑」之程度時，亦極有可能會導致行為事實無法被認定為存在。之所以非供述證據欲證明行為事實有其較高之困難性，乃在於僅以非供述證據欲證明行為事實時，通常受到該非供述證據本身在證明上之極限（認定事實成立之蓋然率限制），尤其單純以非供述證據證明行為事實，在具體個案中所得被評價之界線，必然地受到該證據本身之限制⁵⁶。因此，除

⁵⁶ 供述證據與非供述證據在評價上較為不同者，乃在於供述證據較具有證明上之「可依附性」，亦即，供述證據透過人的意思傳達而表現於外，例如：透過被告自白或證人證述取得之證據資料（不具證明力或證明力薄弱之證據除外），其對於行為事實之描述較具有「可塑性」，然而，供述證據必須提防

該非供述證據得藉由法定調查程序呈現案發時之行為外（如前述錄影帶），行為人之行為事實，通常必須藉由供述證據加以證明，單以非供述證據有時並無法證明有行為事實之存在，仍然必須透過供述證據之相互印證，始得推演出行為事實之存在。

（三）客體事實：

關於客體事實之部分，通常應由非供述證據加以證明，例如：殺人罪之「人的死亡」結果、竊盜罪之「他人之物」，均必須有各該客體之存在，始得認定。關於客體事實本身，較難以供述證據加以證明，申言之，客體事實之存在與否，必須藉由該客體證明，有該客體之存在，始有證明該客體事實之可能；如事實上無該客體，或該客體並未經由追訴者提出作為證據等其他情事，較難僅以供述證據證明該客體事實存在。因此，供述證據所得證明之範圍有其界線存在，供述證據較易於證明者，闕在於「行為事實」之部分；惟就客體事實之存在，原則上應由該客體本身證明，例如：甲自白其有殺A（且有兇刀一把可佐），但無找到A之屍體（A是否「確實」死亡？），就證據裁判之角度而言，如無客體證據足以證明客體事實存在時，就證明力而言，較難認定該客體事實存在，因此，供述證據有時較無法確切地證明客體事實之存在⁵⁷。簡言之，供述證據就客體事

實在蓋然率之證明上仍有較大之不確定性，證明力稍嫌薄弱，仍應本於該客體本身證明客體事實之存在，概念上較為嚴謹。

（四）侵害事實：

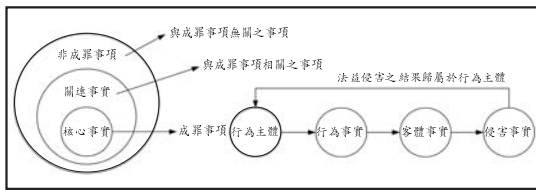
侵害事實主要在於就行為對於客體加以評價其在法益上受有如何程度侵害之結果。侵害事實主要係就行為人之行為所造成法益侵害之結果加以評價，用以歸責於行為主體。換言之，行為主體所為對客體加以侵害之行為，必須透過其對於侵害事實之評價後，始得由行為主體負責。因此，侵害事實之認定，主要在於行為人之行為所針對之客體事實，是否造成法益受到侵害之結果（或對於法益有侵害之危險性）；苟經評價後，確有此一侵害事實發生，即應將此一結果歸責於行為主體，如經評價後，並未有任何法益侵害之結果產生，自無由歸責於行為主體之可言。

準此以觀，關於行為主體、行為事實、客體事實及侵害事實，均為證明核心事實（即犯罪事實）所必要之分類，其作用係在於證明核心事實之存在與否，因此，本於上開各事實之區分，建立證據與各該分類事實間之關係，對於本於證據以重建犯罪事實之過程中，應較具有效率。至於關連事實，則圍繞在核心事實之外，包括基於間接證據或輔助證據所推論出之間接事實或輔助事實⁵⁸，均屬關連事實之範疇。茲將此一關係圖示如下，

虛偽不實或因記憶、認知有誤而產生「相對性較高」之風險，因此必須以補強證據或透過詰問程序加以篩選及驗證；至於非供述證據依其形式、外觀，理論上而言，在取得後通常不易變更其本質，在蓋然性之判斷上，係基於該證物本身之外在或內容，以認定行為事實是否存在，故必然地受限於其形式及外觀，有其適用之界限，故二者對於行為事實是否存在之評價，具有本然上之不同。

⁵⁷ 惟客體事實並非完全無法藉由供述證據加以證明，仍應依個案事實而有不同，茲舉一較為極端之例，甲持刀砍殺乙，乙於到院急診時，經丙醫生檢查乙後，認為係到院前已死亡多時，診斷後推入太平間，惟乙之屍體無端遺失。丙醫生嗣後到法院作證時證稱：依乙當時到院之狀況，作心電及腦波掃描，已完全無生命跡象，確定死亡多時等語，當時雖無法找到乙之屍體，但依鑑定證人丙醫生之證詞，仍可證明乙已死亡，即屬一例。

用供參酌：



四、現行體制之問題及其應改進之方向

關於我國現行證據之運作原則，主要係本於刑事訴訟法第一百五十四條所彰顯之無罪推定原則、證據裁判主義，第一百五十五條之自由心證主義、嚴格證明法則作為指導之方針，而第一百五十八條之二至第一百五十八條之四係規範證據排除法則之條文，第一百五十九條至第一百五十九條之五則是用以規制傳聞禁止法則及其例外之條文。至於證據調查程序，被告自白之部分，主要係依據第一百五十六條第三項、第一百六十一條之三，證物之部分依第一百六十四條，書證或電磁紀錄之調查依第一百六十五條及第一百六十五條之一，而證人、鑑定人之調查程

序則依第一百六十六條至第一百六十七條之七等條文加以規範。然而，心證之形成本無自由之可言，析其實質，惟有憑藉證據本身得證明事實之蓋然率客觀加以判斷，自由心證主義僅有形式而無實質，與其明文加以規定，先賦予其自由之名，再其加諸許多限制，不若廢除此一空虛而無法界定其內容之原則，對於事實應本於證據加以判斷之問題而言，或許更具有實質上之意義。

其次，關於法定證據方法之規定，散見於刑事訴訟條文中，證據通則內並未明確將法定證據方法加以羅列，導致「法定證據方法」（被告、證人、鑑定人、物證及書證）常與「法定調查程序」（限於證據調查之末、詰問程序、提示、勘驗及宣讀或告以要旨）混淆⁵⁹，較為明顯之例，即係勘驗及鑑定程序。按勘驗依一般說法係屬於法定證據方法。然而，勘驗本身並非法定證據方法，依現行實務之運作模式，係屬於法定調查程序之方式⁶⁰，其所針對之客體，係「物證」之外觀，該「物證」本身，始為法定證據方法，而「勘

⁵⁸ 關於直接證據與間接證據、輔助證據之區別，乃在於直接證據係用以直接證明犯罪事實成立之證據（例如：行為人甲強盜超商時，被超商內之監視錄影帶錄下當時實施強盜行為之過程，該監視錄影帶即為直接證據）；而間接證據、輔助證據並無法直接證明犯罪事實，單以間接證據或輔助證據，極有可能產生不同之事實，因此，必須透過該證據所得證明事實之蓋然率，斟酌其他相關證據所得證明事實之結果，相互佐證，始能推演出較為吻合之事實（例如：犯罪嫌疑人之血衣僅得證明被害人血跡曾噴灑於其上，惟是否即可證明係犯罪嫌疑人殺害被害人，仍然必須透過與其他證據之關係，詳加認定，尚難單憑該間接證據，即得證明犯罪嫌疑人有殺人之行為存在）。

⁵⁹ 甚至司法院大法官會議釋字第 508 號解釋中，大法官許玉秀所提出之協同意見書即謂：「所謂合法調查，即踐行刑事訴訟法就被告、人證、鑑定、文書、勘驗等五種法定證據方法所規定之調查程序。亦即，在嚴格證明法則之下，法官於審判期日踐行調查證據時，僅能使用刑事訴訟法所列舉之證據方法調查證據，以證明本案待證事實，此為證據方法法定主義」等節，顯然受到「法定證據方法」及「法定調查程序」在我國刑事訴訟法內定位不清之影響，因此將鑑定及勘驗均視為「法定證據方法」之見解，恐值商榷。

⁶⁰ 按吾人不曾對於「勘驗」（「法定證據方法」）進行「勘驗」，而應對於「物證」、「書證」或人（被告或證人）之身體進行「勘驗」，以取得「跡證」，質言之，勘驗係指檢察官直接以感官經驗對於犯罪有關之人、地、物等證據取證之行為，係於知有犯罪之後，以現場證據作為客體，藉由檢視犯罪證據及察看犯罪情形，提出於法院，以供犯罪證明之用，為「任意性取證」之事實行為。此部分可參

驗」依目前實務之運作模式，僅是本於五官知覺理會作用加以判斷之「調查程序」而已，質言之，勘驗程序為法定調查程序，而非法定證據方法。甚至「鑑定」程序亦非「法定證據方法」，而僅是一種「輔助」法官或檢察官判斷事實並提供專業意見之過程，鑑定仍然必須有鑑定之「客體」存在，該客體其實正是物證，而證物正是刑事訴訟法所定之法定證據方法；此外，「鑑定」亦非「法定調查程序」，蓋以鑑定必須藉由專業人員之鑑識技術，俟鑑定完畢後，提出「鑑定報告」（書證），該鑑定報告始為證據，因此，「鑑定」本身，亦非法院踐行之調查程序⁶¹，故嚴格言之，勘驗與鑑定並非法定證據方法。

再者，依現行制度，法定調查程序之客體應否限於與「犯罪事實」成立與否相關之證據，亦或所有之證據，均應一體適用刑事訴訟法第一百六十四條以下之程序⁶²？在調查程序過程中，「嚴格證明」與「自由證明」之定位為何？各該證明是否僅有量的差異，而無質的區別？等問題，一再地困擾證據在程序上之運作。追本溯源，乃因我國刑事訴訟程序內，未於證據章通則內，詳加界定法定證據方法及其對應之法定調查程序所致，而嚴格證明與自由證明之概念，有時亦足以

使人混淆僅係「心證程度之高低」，屬於一種「法則」而與調查程序無關。事實上，嚴格證明正是出自於「針對犯罪事實成立之證據所應踐行之程序」，應以「嚴格調查程序」稱之；而自由證明係針對「犯罪事實以外之事項，與犯罪事實之成立與否無涉」，踐行「一般調查程序」即可，並不需要經過第一百六十四條以下關於證據資格及法定調查程序之過程。惟我國刑事訴訟法第一百五十五條第二項僅概略稱「無證據能力」、「未經合法調查」之證據，不得作為判斷之依據，第一百六十四條以下又未嚴加區分何種證據應踐行法定調查程序，何種證據無需踐行法定調查程序，因此，就法文本身之規定而言，幾乎使所有之證據（無論是否與成罪事項有關）均有可能必須進入法定調查程序內加以運作，未先行區分證據之屬性及其相對應之調查程序，不僅浪費有限之訴訟資源，更無法達到使訴訟程序之建制產生最大效益之目的。

五、小 結

證據得證明至事實之心證形成過程，應依該證據得證明至主體事實、行為事實、結果事實、因果流程事實及法益侵害事實，客

閱：傅美惠，勘驗之思與辯—我國勘驗法之評析，刑事法雜誌，第五二卷第五期，民國九十七年十月，第一一〇頁。

⁶¹ 至於鑑定人在鑑定過程中本於其所見聞之事實提供專業上之意見，例如：行為人於行為時是否有精神障礙或其他心智欠缺，甚至無法辨識其行為，必須藉由鑑定人之鑑定始能得知，而此一事項，涉及成罪與否（即罪責），因此，鑑定之過程中有無違反法定應踐行之鑑定程序，其所為之鑑定有無違反通常鑑定應有之準確性等節，制度上將「鑑定人」納入交互詰問之調查程序中，而為法定證據方法之一種，似無不可。惟嚴格言之，鑑定人與證人仍有本質上之不同，制度設計上，有無必要使鑑定人完全地成為「僅係提供專業意見之輔助者」而不須經過交互詰問程序，仍有詳加探討之空間。

⁶² 按我國刑事訴訟法第一百五十五條第二項僅規定：「無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據」，然而，究竟何種屬性之證據始應踐行此一「合法調查程序」，並未形諸於條文內容之中，導致證明成罪事項之證據及非成罪事項之證據，均一體適用於法定調查程序（如證物之提示、書證之宣讀或告以要旨等），對於訴訟經濟而言，未見有效率之區分類型，甚屬可惜。

觀加以判斷，本於各該證據通常可得證明至如何程度事實之蓋然率為標準。關於行為主體、行為事實、客體事實及侵害事實，均為證明核心事實所必要之分類，其作用係在於證明核心事實之存在與否，而為證明核心事實，非拼圖理論不為功。拼圖理論之作用在於將犯罪構成要件要素事實加以橫向地分割，區分為主體事實、行為事實、客體事實、結果事實、行為與結果間之因果流程事實等區塊，於證據價值之評價過程中，找尋如何屬性之證據得證明至如何程度之構成要件要素事實，並藉此縱向地整合並連結各該證據對應於構成要件要素事實之關係。由於我國刑事訴訟法上對於法定證據方法及其相對應之法定調查程序未詳加定位，關於形成事實心證前之前置階段亦未建立明確之程序依據，導致無法更有效率地進行證據篩選之作用，就實定法而言，確有必要對於上開尚未完備之處加以規範。以下，本文爰嘗試提出證據心證主義之規範準則，以供酌參。

第四節 證據心證主義之立法芻議

一、證據心證主義之宣示及證據分類

由於事實心證之形成本即受限於證據本身所得證明之程度，因此，並無自由裁量之可言。刑事訴訟法第一百五十四條第一項固然將自由心證主義明文化，然而，法文內所稱「由法院本於確信自由判斷」等情，不僅無法界定所謂自由判斷之範圍，其對於證據之判斷應受限於證據本身之性質乙節，復未加以著墨，甚且，條文但書又以經驗法則及論理法則加以限制，使自由心證主義陷於又「自由」，又「不自由」之矛盾當中。析其原因，乃在於自由心證主義其實僅在於批判法定證據主義之缺失，本身並未建立一套清

晰之準則供吾人參酌。換言之，自由心證主義朝向「批判主義」方向之同時，由於著重個案證據之「裁量」並信賴法官之良心，並未將焦點置於證據之上。然而，證據得證明至何一程度，本即應依該證據之蓋然率加以認定，何種證據得證明至如何程度之事實，應專依該證據本身客觀判斷，並非本於法院之主觀「裁量」。因此，對於自由心證之概念，應回歸至證據本身之屬性，由證據之證明程度拼湊或還原事實，較為妥當。此外，關於成罪事項及非成罪事項之程序，亦應以條文規範，爰提出第一百五十五條之修正條文如下：

「第一百五十五條：

第一項：證據之評價，專依該證據得證明之程度客觀判斷。

第二項：證明犯罪事實存否之證據，應踐行證據資格及證據評價之調查程序。欠缺證據資格之證據或雖有證據資格而未經依法調查之證據，不得作為判斷之依據。第三項：證明犯罪事實以外之證據，得僅踐行證據評價之調查程序。」

二、法定證據方法及其相對應調查程序之明文化

關於證據方法究有幾種，素為我國學說上爭論不休之問題，此乃因刑事訴訟法內，並未明定證據方法之種類，致「法定證據方法」與「法定調查程序」混淆不清。本文認為，用以證明犯罪事實存否之法定證據方法，可大別為「供述證據」與「非供述證據」，供述證據方法，包括被告、證人及鑑定人，至於非供述證據方法，則指書證及物證。就被告自白之調查程序而言，應本於最後調查原則，置於所有成罪事項之證據調查後再調

查之，惟自白任意性之調查則應置於最先之程序；證人及鑑定人之調查程序，應踐行交互詰問程序⁶³；至於書證及物證，應予被告辯證其證據資格及證據評價之過程。爰建議增列第一百五十五條之一之條文如下：

「第一百五十五條之一

第一項：證明犯罪事實之證據方法，為供述證據及非供述證據。供述之證據方法，為被告、證人及鑑定人。非供述之證據方法，為書證及物證。

第二項：證明犯罪事實之證據，其調查程序依下列方式為之：

一、被告：應依第一百五十六條、第一百六十一條之三之規定行之。

二、證人及鑑定人：應依本章第一節及第二節之規定行之。

三、書證：應依第一百六十四條第一項後段、第一百六十五條第一項及第一百六十五條之一第一項之規定行之。

四、物證：應依第一百六十四條第一項前段及本章第四節之規定行之。」

三、具體制定關於犯罪事實存否之證據調查程序

按現行證據調查程序，係規定於刑事訴訟法第一百六十四條至第一百六十五條之一，惟觀諸第一百六十四條僅規定應將證物提示予當事人等辨認，如屬文書而被告不解其意義者，應告以要旨，並未將證物及文書是否為合法取得之證據資格，由當事人加以辯證，第一百六十五條、第一百六十五條之一亦同相同之問題。申言之，將證物提示或將文書

內容對被告告以要旨，實際上並非屬於「成罪事項（犯罪事實）」之法定調查程序，而是屬於「非成罪事項（犯罪事實以外）」之調查程序，蓋單純以「提示」或「告以要旨」之方式，並不足以使當事人有對於證據資格本身加以爭執之空間，甚至，僅對當事人提示或對被告告以要旨之程序，似乎僅與「證明力」相關，無法使當事人充分瞭解此一程序除可以對於證據評價應加以爭執外，尚與「證據資格」—即證據合法來源之取得—息息相關。因此，現行法僅對於「非成罪事項」之證據加以規範，欠缺關於「成罪事項」之證據調查程序。從而，實應區分為成罪事項及非成罪事項之調查方式，較為妥當。茲將第一百六十四條至第一百六十五條之一提出修正條文如下：

「第一百六十四條

第一項：關於證明犯罪事實之證物，審判長應提示當事人、代理人、辯護人或輔佐人，使其就證據資格及證據證明力加以辨認。該證物如係文書而被告不解其意義者，除應使其知悉得就證據資格加以爭執外，並應告以要旨。

第二項：關於證明犯罪事實以外之證物，審判長得將證物提示當事人、代理人、辯護人或輔佐人，使其辨認。該證物如係文書而被告不解其意義者，應告以要旨。」

「第一百六十五條：

第一項：卷宗內之筆錄及其他文書而與犯罪事實相關者，審判長除應宣讀或告

⁶³ 至於與成罪事項無關之證人或鑑定人，由於與證明犯罪事實存否無關，無使被告對之加以詰問之必要，亦即，被告行使詰問權之內涵，僅限於用以證明「犯罪事實」存否之情形，除此之外，並無交互詰問適用之必要，因此，與證明犯罪事實存否無關之證人或鑑定人，僅由法院依職權訊問即可。

以要旨外，並應使當事人、代理人、辯護人或輔佐人知悉其得就證據資格加以爭執。如該文書係有關風化、公安或有毀損他人名譽之虞者，應交當事人、代理人、辯護人或輔佐人閱覽，不得宣讀；如被告不解其意義者，應告以要旨。

第二項：卷宗內之筆錄及其他文書為證明犯罪事實以外之事項者，審判長得向當事人、代理人、辯護人或輔佐人宣讀或告以要旨，並準用前項後段之規定。」

「第一百六十五條之一：

第一項：前條第一項之規定，於文書外之證物有與文書相同之效用，而係證明犯罪事實之存否者，準用之。錄音、錄影、電磁紀錄或其他相類之證物係證明犯罪事實之存否者，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、辯護人或輔佐人知悉得爭執其證據資格並使其辨認或告以要旨。

第二項：前條第二項之規定，於文書外之證物有與文書相同之效用，而係證明犯罪事實以外之事項者，準用之。錄音、錄影、電磁紀錄或其他相類之證物係證明犯罪事實以外之事項者，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或告以要旨。」

四、確立交互詰問程序中主詰問與反詰問之主體

踐行交互詰問程序在於維護被告對證人之詰問權，惟應先行確立之前提在於對「成罪事項」存否相關之證人，始有行交互詰問之必要。申言之，行交互詰問必限於證明犯罪事實成立與否之證人始可。如僅係關於犯罪事實以外之程序事項，並無須進行交互詰問。蓋以如與證明「犯罪事實」無關，由法院依職權逕行訊問證人即可，本即無由當事人進行詰問程序之必要。其次，檢察官既應負實實之舉證責任，在檢察官盡其舉證責任前，被告本無自證己無罪之義務，因此，主詰問之性質屬於「舉證過程」，必由檢察官對於足以證明犯罪事實成立之證人進行主詰問；而反詰問之性質屬於「抗辯過程」（覆主詰問、覆反詰問之性質亦依此類推），應由被告或其辯護人為之。因此，在交互詰問之程序上，應先區分是否為「成罪事項」之證人（或「排除成罪事項」之證人），如經檢察官釋明係屬於「成罪事項」之證人，為檢察官舉證之範圍，即應由檢察官進行主詰問，再由被告為反詰問；如經被告釋明係屬「排除成罪事項」之證人，由於屬於反證事項，應由被告為主詰問，再由檢察官為反詰問。立法上不應依「聲請順序」決定主詰問或反詰問之主體，否則，以形式上「先聲請先主詰問，後聲請行反詰問」決定主詰問或反詰問之主體，不僅無視「主詰問」與「反詰問」之性質及其範圍限制⁶⁴，無異係以「聲請速度之快慢」決定應由何人行主詰問或反

⁶⁴ 主詰問程序進行中，原則上不得為誘導詰問（第一百六十六條之一第三項），反詰問於必要時得誘導詰問（第一百六十六條之二第二項），且反詰問之範圍應在主詰問範圍內（第一百六十六條之二），益見主詰問與反詰問應受之限制及其範圍並不相同，由檢察官或被告主詰問或反詰問，關乎各該詰問

詰問，不僅混淆「主詰問係舉證、反詰問係抗辯」之性質，亦紊亂刑事訴訟法第一百六十一條第一項所定檢察官應負舉證責任之基本規範。再者，屬於「成罪事項」證人之主詰問程序既屬檢察官之舉證程序，自無由檢察官「捨棄」之餘地，否則，應視為檢察官未盡其舉證責任，經捨棄主詰問後，即無行反詰問之必要，該證人之證據方法即應排除，作為檢察官未盡其舉證責任之法律效果；至於反詰問亦得捨棄，其捨棄之結果，即應視為被告未為抗辯。此外，排除成罪事項之證人，如被告捨棄為主詰問程序，則應視為被告未提出「反證」，檢察官自亦無須進行反詰問。茲提出修正條文意見如下：

「第一百六十六條：

第一項：檢察官、自訴人或代理人用以證明犯罪事實存在之證人或鑑定人，或被告、辯護人及輔佐人用以證明犯罪事實不存在之證人、鑑定人，審判長應先為人別詰問。被告如無辯護人，而不欲行詰問時，審判長仍應予詢問證人、鑑定人之適當機會。用以證明犯罪事實以外事項之證人或鑑定人，由審判長依職權詰問，無庸進行詰問程序。

第二項：前項證人或鑑定人之詰問，依下列次序：

- 一、先由證明犯罪事實存在之檢察官、自訴人或代理人為主詰問。
- 二、次由被告、輔佐人或辯護人為反詰問。
- 三、再由檢察官、自訴人或代理人為覆主詰問。

四、再次由被告、輔佐人或辯護人為覆反詰問。

……

第六項：用以證明犯罪事實之證人或鑑定人，應由檢察官、自訴人或代理人行主詰問及覆主詰問，反詰問及覆反詰問應由被告、輔佐人或辯護人行之。用以證明犯罪事實不存在之證人或鑑定人，應由被告、輔佐人或辯護人行主詰問及覆主詰問，反詰問及覆反詰問應由檢察官、自訴人或代理人行之。

第七項：證人或鑑定人如係用以證明犯罪事實者，應由檢察官、自訴人或代理人釋明之；如係用以證明犯罪事實不存在者，應由被告、輔佐人或辯護人釋明之。第八項：主詰問程序不得捨棄。捨棄主詰問程序者，視為未提出該證人之證據方法。捨棄反詰問程序者，視為對主詰問之舉證結果未為抗辯。」

四、小 結

證據得證明至何一程度，本即應依該證據之蓋然率加以認定，何種證據得證明至如何程度之事實，應專依該證據本身客觀判斷，並非本於法院之主觀「裁量」，因此，應先建立證據法定主義及證據之分類。其次，用以證明犯罪事實存否之法定證據方法，可大別為「供述證據」與「非供述證據」，供述證據方法，包括被告、證人及鑑定人，至於非供述證據方法，則指書證及物證，上開法

是否得有效進行之問題，例如：本應由檢察官主詰問之成罪事項的證人，如由被告主詰問，再由檢察官反詰問，將造成檢察官在未盡其舉證義務前，先由被告「自證己罪」之結果，而被告技術性限縮主詰問之範圍，亦使檢察官反詰問之範圍受到極大之限制。因此，關於成罪事項之證人，其主詰問權，制度上應由檢察官為之，較為妥當。

定證據方法及其相對應之調查程序，應加以明文化。又現行法單純以「提示」或「告以要旨」之方式，並不足以使當事人有對於證據資格本身加以爭執之空間，甚至，僅對當事人提示或對被告告以要旨之程序，似乎僅與「證明力」相關，無法使當事人充分瞭解此一程序除可以對於證據評價應加以爭執外，尚與「證據資格」相關，立法論上，應具體制定屬於犯罪事實之調查證據程序。此外，應確立交互詰問之主詰問及反詰問之主體，屬於「成罪事項」之證人，為檢察官舉證之範圍，即應由檢察官進行主詰問，再由被告為反詰問；如經被告釋明係屬「排除成罪事項」之證人，由於屬於反證事項，應由被告為主詰問，再由檢察官為反詰問，制度上不宜依「聲請順序」決定主詰問或反詰問之主體。

第五節 結 論

德國學者亞圖·考夫曼曾云：「形式、抽象性、一般性、以及概念性是對於法律的形成完全不可缺少的，否則法將沒有所謂的等同對待，也將沒有正義存在。如果人們在其中不保證將始終變動的生活關係的獨有性及特殊性在法律的發現過程中引入，那麼純粹從法律規範演繹出來的『正義』，將會是一種『永久的、重複的』僵化機械論，一種自動化—或者是電腦的『正義』，一種非人性的『正義』。這種人的公平性如何用正確方式，在法律中被整合般，這是一個老的難題。而這個問題至今仍沒有完整的答案」⁶⁵。本文嘗試以如此之角度，自證據法之概念出發，對於證據應在我國刑事程序上有如何之定位，提出不同之看法，並對於如何形成事實心證之各種法定調查程序，更為具體地說明其在本然性，期我國刑事訴訟法上在適用證據法上之各個概念時，能有所助益。

⁶⁵ 亞圖·考夫曼（Arthur Kaufmann）原著，法律哲學（Rechtsphilosophie），劉幸義等合譯，五南出版社，二〇〇一年五月初版第二刷，第一二二頁。