

論刑事證據之基本原則*

黃 翰 義**

目 次

- 壹、前言
- 貳、證據裁判原則
 - 一、證據裁判之範圍
 - 二、違法取證之效果
- 參、證據心證原則
 - 一、事實心證形成之前提
 - 二、事實與證據之分類
 - 三、以高度蓋然率作為判斷標準
 - 四、事實確立後之法律評價結構
- 肆、法官不取證原則
 - 一、法官權力之定位
 - 二、禁止法官取證之原因
 - 三、法官不取證之範圍
- 伍、舉證責任分配原則
 - 一、追訴者之實質舉證責任
 - 二、被告之反證舉證責任
- 陸、心證公開原則
 - 一、心證公開之內涵
 - 二、心證公開之實益
- 柒、證人劃分原則
 - 一、成罪與非成罪事項證人之程序區隔
 - 二、對被告有利與否之證人的判斷標準
 - 三、證明成罪事項存否之證人
 - 四、證明非成罪事項存否之證人
- 捌、嚴格與一般調查證據程序區分原則
 - 一、嚴格調查證據程序
 - 二、一般調查證據程序
- 玖、結語

關鍵字：證據價值、成罪事項之證人、嚴格證據調查、證據心證、調查程序。

Keywords : Keywords : evidential value ,the witness to prove guilt, the strict investigation procedure on evidence, evaluating of evidence itself through inner conviction, investigation procedure.

* 本文之完成，感謝匿名審查委員惠賜寶貴意見。

** 黃翰義，國立中正大學法學博士，臺灣臺南地方法院法官。

摘要

刑事訴訟制度乃是由具有指標性之原理資為指導原則，其中證據裁判原則、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，均影響法條之解釋，本文爰針對與證據相關之原理詳加說明，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定位，以建構符合我國刑事程序之理想環境。

The Central Principles of Criminal Evidence

Huang, Han-Yi

Abstract

The criminal law is a system of rules with key features of target principles. These principles shaped as a guidance that explain the articles of law and organize structure for law procedure. The criminal law offers principle of evidence judgment, principle of evaluating of evidence itself through inner conviction, principle of producing no evidence from a judge, principle of sharing evidence responsibility, principle of public mental scale, principle of planning procedure and principle of separating strict and general investigation procedure. This writing aims at evidence and its related theories, especially elaborate a framework of law views from the contents of each principle to the meanings of essence among evidence principles. The researcher wishes to make an effort to meet the need of criminal law system and help build up an ideal environment for criminal investigation procedure in the country.

壹、前言

為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、防禦為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。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之。

貳、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，鑑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，證據裁判原則與後述「證據心證原則」之範圍並不相同，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，經過法定調查及確證證據資格之程序後，再依該證據證明之客觀限制認定有無高度蓋然率，凡此諸節，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

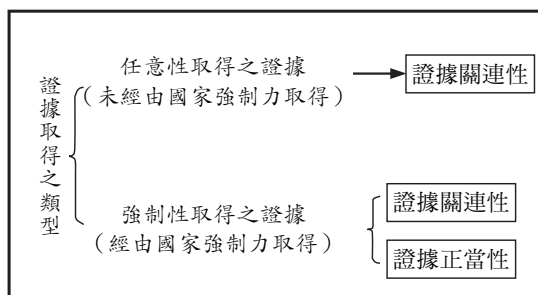
¹ 坂本武志，〈刑事訴訟法〉，《酒井書店》，1999年3月25日初版第二刷，第117頁。

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》，民國94年7月號，第7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，2004年3月10日第二版第二刷，第292頁至第293頁。

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」⁵，「自然取得」亦稱「任意性之取得」，亦即，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，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，應符合法定取證之規範⁷。因此，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⁸。茲針對證據取得之類型，圖示如下，以供參酌⁹：



(二)證據資格有無之判斷

證據之強制取得應經合法程序為之，換言之，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

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，尚可分為：「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，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95年6月，第142頁及第147頁。

⁵ 至於比較法上尚有刑事被告之取證權，檢察官並有揭示證據之憲法義務，王兆鵬，《美國刑事訴訟法》，元照出版社，2007年9月第二版第一刷，第609頁。

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 因此，有學者即認為，犯罪偵查者，乃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，酒卷匡，〈捜査に対する法的規律の構造(1)〉，《法學教室》，第283期，2004年4月號，第59頁。

⁸ 就此較法而言，法國原則上對於證據並無法律上之限制，稱為「證據自由原則」，其乃是提出全部之證據，經過檢驗後，由法官就證據自由評價，惟亦有經過審判庭而排除證據之情形，若檢察官未遵守法定程序之方式，或實行侵害被告防禦權之程序時，法院得裁定該程序無效，其結果，由該程序所生之證據即被排除，因此，法國乃是以「程序無效」之概念，作為排除違法取得證據之手段，渡辺修，《刑事手続の最前線》，三省堂，1996年5月10日初版第一刷，第208頁。

⁹ 此圖為本文整理後繪製，除有特別附註者外，其後之圖表均為本文所製作，爰不再贅述。

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¹⁰。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為不起訴處分或為緩起訴處分，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，此時又稱為「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，應確認其是否為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為相當程度之調查後，始有證據價值之評價問題¹¹，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為之，苟為任意性取得之證據，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。

（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。本文將取證體系區分為對於「供述證據」與「非供述證據」之取證，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¹²，因此應絕對排除此種違反人類保護本能而取得之證據¹³。按刑事訴訟承認證據排除法則，為刑事訴訟哲學思想之重大改變，取證程序之合法性，自然成為最重要之先決條件，在決定證據排

¹⁰ 證據排除法則有三個實質上之根據，其一稱為「規範說」，認為違法取得證據違反正當程序，亦稱為「憲法保障說」；其二稱為「司法廉潔性說」（又稱「司法無瑕性說」），認為違法取得證據而加以使用，乃背叛國民對於司法之信賴；其三稱為「嚇阻效力說」，認為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18年9月30日第四版補正版第三刷，第373頁至第374頁。

¹¹ 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），而證據能力則是成為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，1994年4月15日二訂版第三刷，第251頁。

¹² 張麗卿，《刑事訴訟法理論與運用》，五南出版社，2003年9月第八版第二刷，第365頁。

¹³ 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」之取證體系，該見解恐值商榷，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201期第51卷第1期，民國95年1月，第56頁。

除時，亦等於對警察違法之行為予以嚇阻，法院因而成為「警察之警察」¹⁴。違法取證之行為既違反法定程序，自然應有一定之效果作為因應之手段。質言之，「供述證據」及「非供述證據」係屬不同之取證體系，「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¹⁵。

（四）排除法則之適用

所謂自白者，係指被告或犯罪嫌疑人就關於犯罪事實之全部或一部坦承其刑事責任之供述¹⁶。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得之自白，應絕對排除¹⁷，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¹⁸。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，基本上對證物之形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¹⁹，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²⁰。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²¹。

¹⁴ 王兆鵬，《當事人進行主義之刑事訴訟》，自版，2002年10月初版第一刷，第16頁至第17頁。

¹⁵ 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94年4月，第五十卷第二期，第93頁。關於證據排除法則，英國稱為本於法官裁量之證據排除法則（discretionary rule of exclusion），德國則稱為關於證據禁止之權衡原則（Grundsatz der Verhältnismäßigkeit），美國則以排除法則之靈活運用為目標，訂立於美國法律協會之模範偵查程序法施第四案中，松尾浩也，《刑事訴訟法Ⅱ》，有斐閣，平成4年11月30日初版第一刷，第280頁。

¹⁶ 高田卓爾、鈴木茂嗣編，《新・判例コンメンタル刑事訴訟法4》，三省堂，1995年9月10日初版第一刷，第112頁。

¹⁷ 自白法則係誕生於十八世紀英國之市民法而來，並依其原貌植入美國法系，時至今日已成為「任意性原則」之總稱，田宮裕，《日本の刑事訴訟》，有斐閣，1998年3月31日初版第一刷，第251頁。惟我國有學者認為自白之任意性受破壞者，「應」依刑事訴訟法第一百五十八條之四作為權衡之「嚇阻法則」，本文認為，若採此見解，似已放棄對於自白任意性之破壞乃是侵害人之自由意志核心的意義，顯有不當，關於學者之上開意見，參閱：王兆鵬，〈開創自白法理的新紀元〉，《月旦法學雜誌》，2008年3月，第154期，第176頁。

¹⁸ 福井厚，《刑事訴訟法講義》，法律文化社，2004年3月10日第二版第二刷，第316頁至第317頁。

¹⁹ 陳運財，〈違法證據排除法則之回顧與展望〉，《月旦法學雜誌》，第113期，2004年10月，第34頁。

²⁰ 渡辺修，《刑事手続の最前線》，三省堂，1996年5月10日初版第一刷，第117頁。

參、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」，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²²。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，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²³，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，茲略述如下：

(一)行為主體事實

行為主體之證據，係用以證明被告本於行為人地位之證據。行為主體之證明，主要

²¹ 惟就理論上而言，確認證據之正當性應先經確認之判斷，證據經確認為合法取得者，自具有證據資格；如經確認為違法取得者，即應加以排除；至於權衡法則適用之對象，應指該證據在確認判斷之過程中仍有懷疑時，由法官對於該證據權衡是否有證據資格。因此，刑事訴訟法第一百五十八條之四在立法上，應限制於證據資格取得是否合法有疑義時，始得由法官權衡是否具有證據資格，故該條應加以修正，較為妥當。

²² 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，2000年10月初版第一刷，第212頁。

²³ 「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，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，實際上即與拼圖無異。

係針對行為人及其身分或特定關係之證明，因此，在刑事程序進行之過程中，如係在確立行為主體或其身分、特定關係之存在與否等事實加以詰問，自然應先就證明之具體事項分為係「主體」本身或「依附於主體上之身分或特定關係」以定其行為主體之範圍。另外，如待證事實係行為主體是否有不在場證明者，自然亦應對於各該證據確認被告是否有在現場之時間、地點、當場之人、事、物等情節，以認定行為主體事實是否存在（惟依刑事訴訟法第一百六十一條第一項之規定，被告抗辯其不在場者，其「在場」之舉證仍應由檢察官為之）。行為主體事實可由供述證據而來，亦可自非供述證據而來。惟在與主體具有不可分之分身分或特定關係之證明上，有時必須透過非供述證據補強供述證據評價之程度，尤其是在證據價值較為薄弱之情形，尚難單僅以證人之供述證據即可證明之，仍須視是否達到高度蓋然性之心證定之。

（二）行為形式事實

行為形式事實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，故行為事實較易經由供述證據達到證明該行為事實存在之結果。然而，行為形式事實之證明，並非僅由供述證據可加以證明，行為事實之存在，亦可藉由非供述證據加以證明，例如：實行殺人之行為人遭店家之監視器錄下其殺人之行為，該監視器錄下之整個行為事實之過程，即可證明行為

人之行為事實存在。除此種情形外，非供述證據欲證明行為事實較有困難性，主要之理由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，尤其單純以非供述證據證明行為事實，必然地受到該證據本身之限制²⁴。因此，除非供述證據得藉由法定調查程序呈現案發時之行為外（如前述監視器所錄下之影帶），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，始得證明行為事實存在。

（三）行為客體事實

客體事實之存在與否，原則上必須藉由該客體本身加以證明，有該客體之存在，始得證明行為客體事實；如事實上並無該客體，或該客體並未經由追訴者提出作為證據等其他情事，造成欠缺客體證據之情形，則必須藉由證人對於該行為客體是否存在加以證明。惟供述證據所得證明之範圍有其界線存在，尤其在行為客體之描述上，有時仍然極易因證人之印象、主觀認知或當時現場環境情狀等原因，產生證人所證述者，係其「主觀上相信」之事實，而非客觀上發生之事實，因此，客體事實之存在，原則上應由該客體本身證明，故如無客體證據足以證明客體事實存在時，就證人經過詰問後所產生之證詞，客觀上較難認定該客體事實確係因行為人之行為所侵害。從而，詰問證人後所得之證詞，

²⁴ 申言之，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。

仍有可能較無法確切地證明客體事實之存在，就客體事實在蓋然率之證明上仍有較大之不確定性，因此，行為客體事實是否存在，仍應依該客體本身證明客體事實之存在，在高度蓋然率認定之過程中始較為周延²⁵。

(四)法益侵害事實

法益侵害事實主要在於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。法益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，行為主體對於客體加以侵害之行為，必須透過侵害事實之評價後，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。因此，法益侵害事實存否之認定，有賴於行為主體藉由行為形式所施加對於行為客體所產生之侵害加以評價。故法益侵害事實係審判者藉由行為主體事實、行為形式事實、行為客體事實綜合認定後，評價有無法益侵害事實之存在，故法益侵害事實較具有濃厚之評價色彩，故當事實經評價後，並未有任何

法益受到侵害之結果時，自然無從歸由行為主體承擔。

(五)橫向與縱向關連性

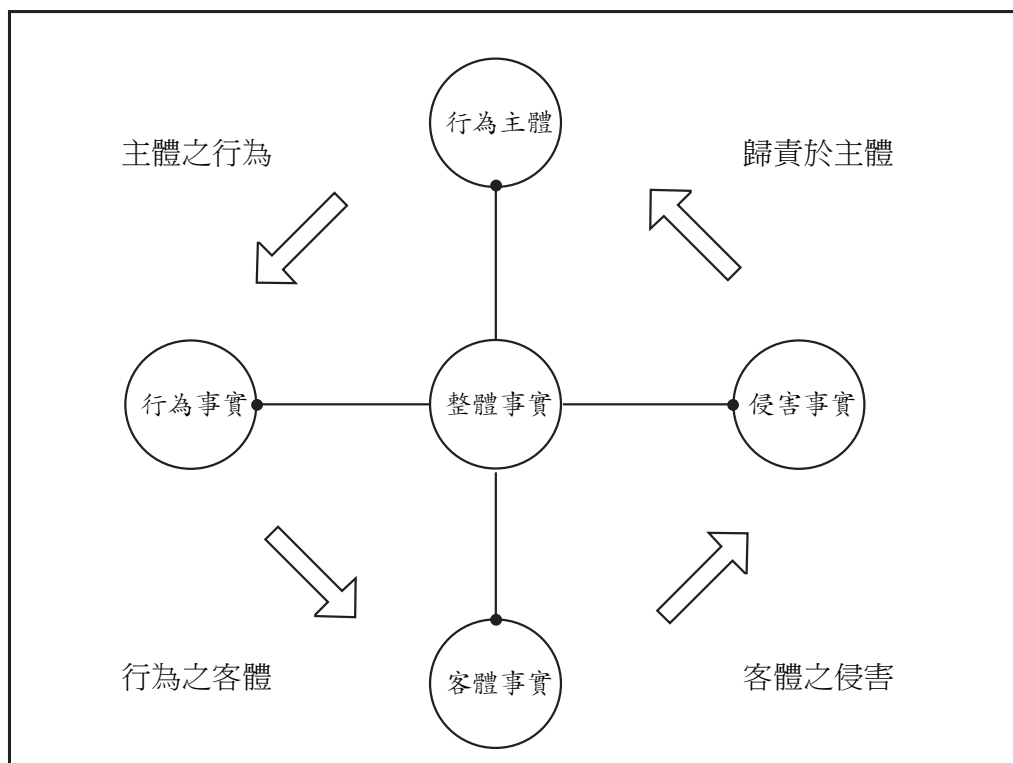
證據心證主義將構成要件事實剖析為「行為主體事實」、「行為形式事實」、「行為客體事實」及「法益侵害事實」，四大分類，透過此四種類型之「橫向關連性」，以進行更有效率之事實切割及重組²⁶，其次，再本於還原事實之「縱向關連性」，使犯罪結構形成下列過程：「行為主體→行為形式→行為客體→法益侵害→行為主體」之循環關係，藉由四種因果關係之串連，形成事實聯結之橋樑。故先存在有行為主體，始能藉由行為主體之行為，實行行為事實，行為事實存在之後，始能對於客體加以攻擊，客體遭受攻擊後，才會評價是否有法益受到侵害之事實存在，而此種法益受到侵害之事實，最終必須歸由行為主體加以承擔。從而，針對此四大主軸之劃分而進行整體事實之建構及還原之過程，始得重現事實之原貌，也惟有藉由此種重現事實形象之標準程序，始可完全並充分地評價客觀發生之事實，此即證據心證主義之重要內涵²⁷。

茲圖示證據心證主義形成事實原貌之流程圖示如下，以供參考²⁸：

²⁵ 關於高度蓋然性之語意，英美法稱為「超越合理懷疑」（beyond reasonable doubt）之證明，德國法為「接近確實之蓋然性」，日本實務上亦稱為「高度蓋然性」，而最高裁判所昭和 48 年 12 月 13 日判決並對高度蓋然性加以定義，認為：「除應具有反對事實無在可能性之確實程度外，並應基於充分證明犯罪之確信的判斷」，白取祐司，《刑事訴訟法》，日本評論社，2004 年 10 月 30 日第三版第一刷，第 289 頁。

²⁶ 從「規範形成」（Entstehung der Normen）的觀察可發現，規範無異是將事實情狀，透過層析為單元要素，再賦予單元要素法律概念化（gesetzliche Begrifflichkeit）後，加以組合而成，柯耀程，〈刑法「法律競合」問題思辯—法學方法的思考—（上）〉，《東海大學法學研究》，第十五期，民國 89 年 11 月 15 日，第 246 頁。

²⁷ 關於證據心證，可參閱：黃翰義，〈論證據心證主義〉，《軍法專刊》，第 55 卷第 1 期，2009 年 2 月，第 74 頁以下。



三、以高度蓋然率作為判斷標準

(一)事實心證之形成並非自由

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，依證據性質及與構成要件事實之分類加以對照²⁹。因此，證據在透過證據心證原則之建制後，不僅關於其前置程序應明確區分法定證據方法、法定調查方法外，在證據所得證明之高度蓋然率上，亦可有效率地形成、確

認所得證明之事實是否存在。故心證形成之過程，應委由證據本身加以決定，審判者僅是將證據作有無到達高度蓋然率之判斷，在證據判斷之過程中，並無委由審判者「自由」形成其證據價值之餘地³⁰，而是依照進階式之程序篩選，以認定事實是否存在。質言之，事實發生後以迄證據確認之過程，係證據裁判原則所涵蓋之範圍，證據心證原則在於建構證據評價之過程，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

²⁸ 此一圖示，引自：柯耀程，〈刑事證據法爭議問題評釋〉，中華民國律師公會全國聯合會演講資料，民國95年7月1日。

²⁹ 法官對於證據種類之取捨，並不因為證據數量增多就一定不利於被告，重要者在於法官認定被告犯罪之裁判基礎是否堅強或有客觀之價值與確信力，陳宏毅，〈刑事訴訟法理論與實務〉，三民書局，民國90年9月再版，第244頁。

³⁰ 學者有認為擔保合理心證主義之制度，得以法官迴避、公開審判、證據原則及鑑定制度為之，並有上訴制度之救濟，黃朝義，〈自由心證主義〉，《臺灣本土法學雜誌》，第59期，2004年6月，第192頁至第193頁。然而，各該制度本即非專門用以「擔保」自由心證主義始產生，亦非在於解決自由心證主義之問題，甚為顯明。

加以適用，最主要者，其評價之過程中，係以高度蓋然率作為基準。

(二)高度蓋然率之意義

關於蓋然率之層次在理論上有「些微蓋然率」、「低度蓋然率」、「優越蓋然率」及「高度蓋然率」之分類。如對於蓋然率儘可能作百分比之量化，「些微蓋然率」係低於「低度蓋然率」之證明程度，大部分係本於徵兆、疑慮或嫌疑之情形下所產生之心證，其證明程度學在百分之十以下；至於「低度蓋然率」係指經由表面證據所得證明之程度約在百分之二十至三十左右；而「優越蓋然率」乃指經由優越之證據所得證明之程度約在百分之五十至六十左右³¹；至於「高度蓋然率」則指經由有力之證據所得證明之程度約在百分之八十至九十五以上之要求。對於證據得證明至構成要件事實之存在，勢必要求該證據之客觀界線應落入高度蓋然率的光譜之內，當證據評價並未投射在高度蓋然率所涵蓋之範圍內者，難認為證據已符合高度蓋然性之要求。由於事實真相有賴證據判定，證據中，人證、物證與書證之特性有極大之區別，物證係依人體之感官或科學方法加以辨識，書證則以其所記載之內容為證據資料，故物證及書證均具有穩定性，但人證係以人

之陳述為證據方法，有相當之不穩定性，以證人為例，證人陳述時，因知覺、記憶錯誤或有虛偽陳述之動機，而有作不實陳述之危險，交互詰問之目的即在於使證人於審判期日到庭，經具結後回答受詰問之事項，經由他造進行反詰問以推敲證人之作證內容是否有錯誤不實之處，並由裁判者觀察其陳述時之態度及神情，來確保證人作證內容之真實性³²，並確保證人之證詞已達到高度蓋然性之程度。

一般對於「高度蓋然率」之理解，係指理性、謹慎之第三人在具體個案中，對於證據之評價是否已達到無合理懷疑之程度，如對於證據評價已無合理懷疑之可能性時，該證據對於其所得證明之事實，應認為有高度蓋然率，反之則否³³。基於上開說明可知，對於事實心證形成之基準，係由審判者對於證據評價其是否具有高度蓋然率定之。高度蓋然率之概念，客觀上應受限於證據本身評價之界限，換言之，並非所有經合法取證及調查之證據均可通過高度蓋然率之檢驗，例如：經交互詰問程序而取得證人之證詞不僅無法重現案發當時之形象，相反地，證人在詰問過程中產生證詞前後矛盾不一，對照其始末連續陳述之內容亦支離破碎，完全無法

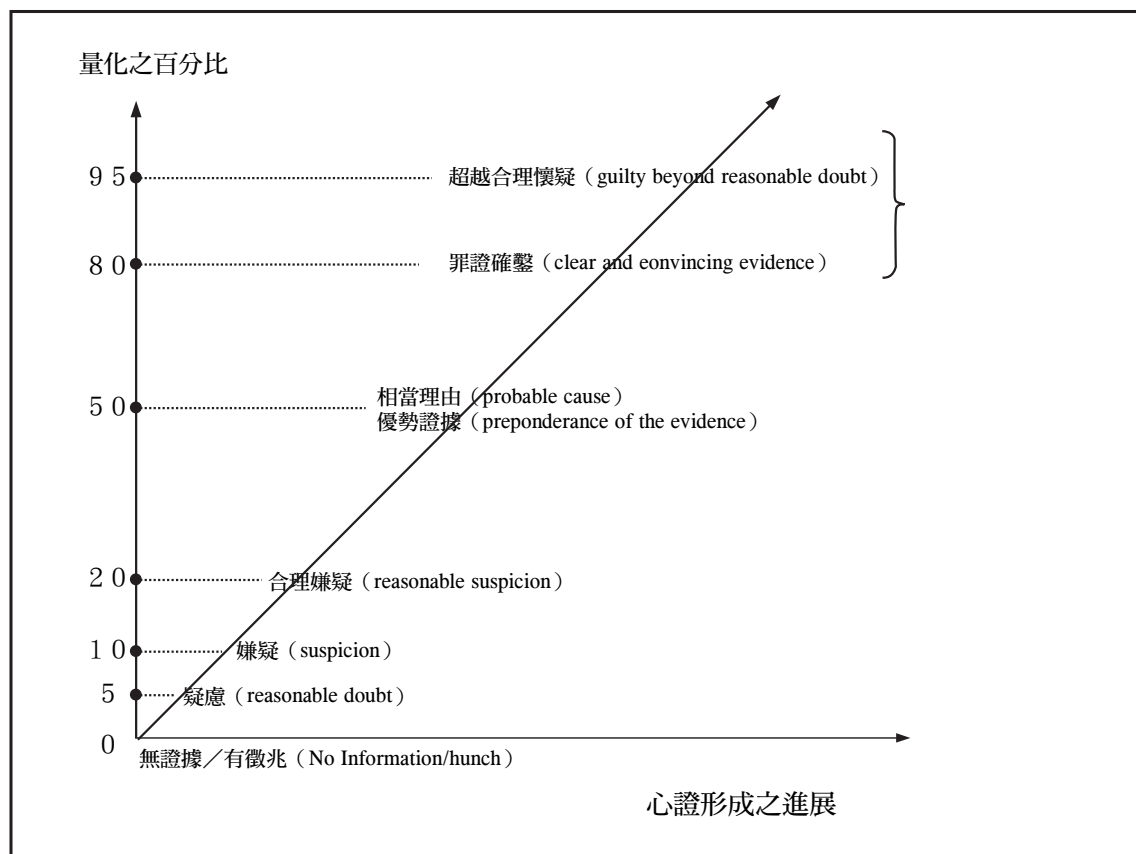
³¹ 證明乃法院對於依證據所得到事實存否之確信，依學者之分類，法官心證之標準可分為三種類型：一、達到「約略真實」之心證，稱為「釋明」；二、「肯定（事實存在）之證據所得之心證」超越「否定（事實存在）之證據所得之心證」，該證據稱為「優勢證據」；三、無合理懷疑餘地程度之真實，為最高基準之心證，三井誠、酒卷匡，《入門刑事手続法》，有斐閣，2002年10月30日第三版第二刷，第182頁。

³² 吳巡龍，〈交互詰問制度下品格證據的提出方式〉，《法學叢刊》，第49卷第1期，民國93年1月，第125頁。

³³ 至於何謂「合理懷疑」？本文認為，「合理懷疑」之認知必須建立在一般正常之人的社會經驗上，申言之，當理性、謹慎之第三人對於具體個案之事實，客觀上依照符合平均值水準之科學技術或調查方針，仍然足以使人懷疑尚有其他反對事實之存在，而其程度顯然得以推翻經由證據評價所產生之事實。簡言之，「合理懷疑」由三項特徵組合而成：其一、自理性、謹慎之第三人觀點出發；其二、使用具有平均值水準之技術或調查；其三、足以使人懷疑仍有其他反對事實存在。

與其他證據互相佐證，此種情形在實務上之具體個案中為數非鮮³⁴，由於此種證詞對於還原構成要件事實仍有其他合理懷疑之空間，亦即，對被告仍可能具備有利之情事存在，

此時即難認為對於心證形成有何高度蓋然率可言，就檢察官起訴該部分之事實而言，自然應作對被告有利之解釋。茲將心證形成之蓋然率圖示如下，以供參酌：



(三) 採取高度蓋然率之理由

按犯罪構成要件事實之存在與否，涉及國家對於人民刑罰權制裁之連鎖效應。在刑

事案件中，低度蓋然率及優越蓋然率並不適用於經嚴格證明程序之證據評價內³⁵，尤其在經過交互詰問程序後所取得證人之證詞，

³⁴ 無論證人在詰問過程中係因為恐懼、緊張或因詰問方法破壞證詞之可信度等情形導致於其證詞欠缺高度蓋然性，由於交互詰問程序本身仍然是一種法定調查程序，凡是在此種法定調查機制下所得出之證詞，基本上依然是建構在合法之刑事訴訟體系下所得出之證據資料，換言之，提供此種儘可能完整呈現原始圖像之刑事訴訟流程，並不當然保證可以達到「絕對發現真實」之目的，充其量僅是「相對的發現真實」。因此，在真偽不明、事實建構困難之情形下，必然地應經由「無罪推定原則」或「罪疑唯輕原則」作對被告有利之解釋。

³⁵ 美國法上將警察執法之心證程度高低依序分為「相當理由」(probable cause)、「合理懷疑」(reasonable suspicion)及「單純懷疑」(mere suspicion)，其中相當理由最高，對於一般非重大之犯罪，通常需有接近一半之可能性始構成，因警察經常實施之維護治安、偵查犯罪行為，以搜索、扣押及逮捕對人

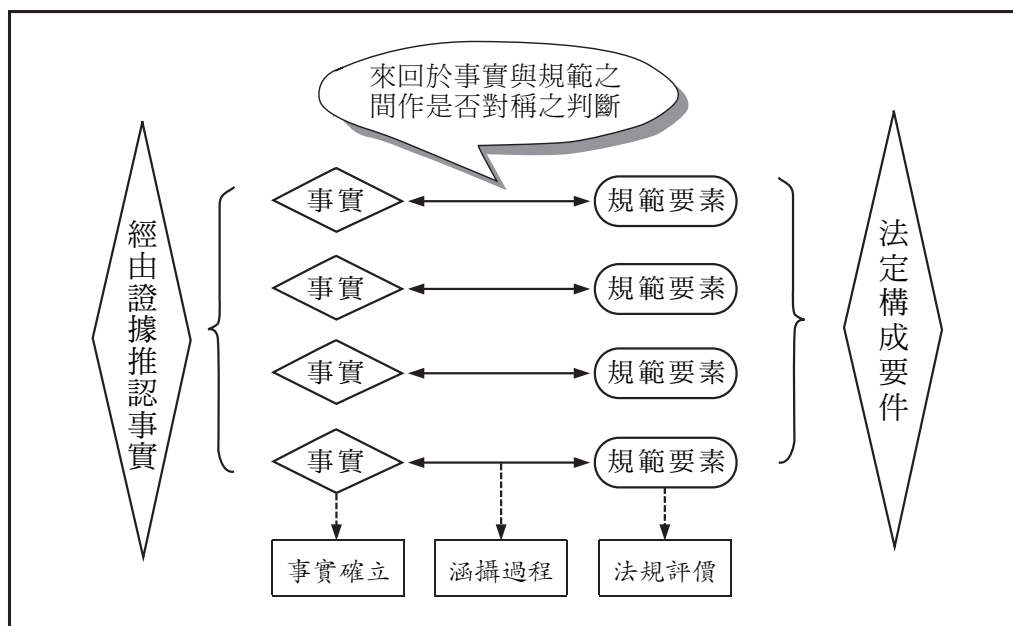
自更不應以其證述之內容符合較低之蓋然性，即率予認定被告有構成要件行為存在，主要之理由有三：一、符合比例原則；二、對應檢察官偵查中強大之取證權；三、降低判決之錯誤率。刑事程序之功能在於實現國家刑罰權之目的，此種對於人民所施加之刑事制裁效果，係經由較重之刑法手段予以實現，因此，當對於蓋然率之要求愈低，人民受到刑事制裁之機會即愈高；對於蓋然率之要求愈高，人民受到刑事制裁之機會即愈低，由此可知，蓋然率與刑事制裁之可能性具有「二律背反」之關係存在。刑事程序上既然著重對於人民訴訟基本權之保障，而刑法乃憲法用以規制社會平和秩序最為嚴重的手段之一，侵害基本權之密度頗高，自然對於此種嚴重制裁之手段，應具備更為審慎之態度及高標準之要求，以行使符合比例原則之刑法制裁方式，並避免不合比例之入人於罪的結果發生；參酌檢察官係具有強制處分權發動及執行之機關，自然對於證據評價之要求應提昇至高度蓋然率之強度，以呼應檢察官擁有強制處分權之法定地位，亦使審判者對於被告是否具有犯罪事實之存在的判決錯誤率，儘可能地降低至社會成本可接受之最低範圍內。從而，在刑事程序之理念上，對於證據評價而言，採取高度蓋然率之見解，對憲法、刑事訴訟法及刑法而言，自然是較不具有風險之控管模式及符合社會成本效益之方法。

四、事實確立後之法律評價結構

當事實經由證據確認存在，且已對於法律規範加以評價後，應進行「事實與規範間是否具有對稱性」之判斷，即所謂涵攝（Subsumtion）過程³⁶。涵攝過程主要係就事實與規範間尋求相對應關係之檢驗，簡言之，事實「符合」規範要件，可嵌入全部之法定構成要件要素者，稱為具有「構成要件該當性」，而涵攝過程即在於檢驗事實得否該當於經過評價之法定構成要件要素，苟某部分之事實並不存在而無法對應於該構成要件者，則必須就其他已尋獲之法律規範再加以比對，例如：某一行為事實因欠缺結果事實之存在，無法該當於既遂犯之構成要件，此時應再就已尋獲之法律規範中，檢查是否有未遂犯之規定，如有未遂犯之規定，即應再對於未遂犯評價其法定要件，再反覆推敲該行為事實是否可對應於未遂犯之法律規定；苟無未遂犯之規定，亦無其他法律規範得作為對應於該事實之依據，則可認定該存在之事實無法該當於任何法律規範。茲圖示如下：

身自由及財產權侵害為最嚴重，攔阻盤查次之，故美國法規定「相當理由」為搜索、扣押及逮捕之發動門檻，「合理懷疑」則為攔阻盤查之發動門檻，吳巡龍，〈「相當理由」與「合理懷疑」之區別——兼評大法官會議釋字第五三三號解釋〉，《刑事法雜誌》，第46卷第4期，民國91年8月，第58頁。

³⁶ 證據程序之目的，即在於瞭解刑事實體法構成要件下之內容，亦即，用以對於具體行為與構成要件下內容的一致性方法，即所謂「證據方法」或「證據體系」，陳志龍，〈刑事證據法則之檢討〉，《如何建立一套適合我國國情的刑事訴訟制度》，何賴傑等合著，學林出版社，2000年4月初版，第104頁。

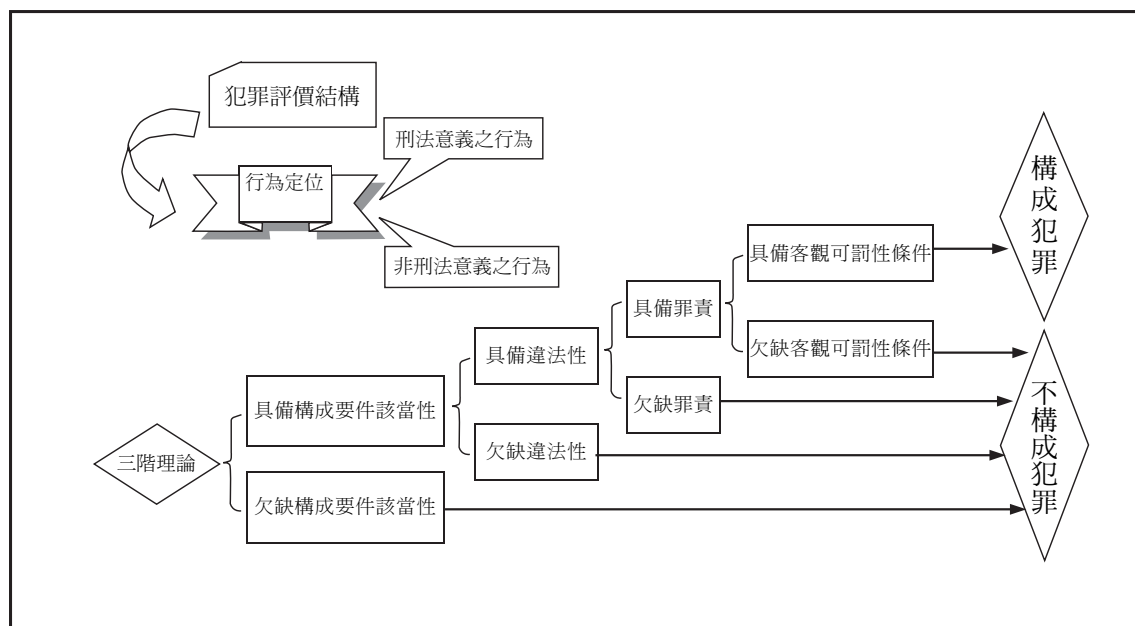


經由上開圖示可知，事實必須經由法定程序取得之證據本於其證明力推演，而抽象法規範則必須藉由審判者對於犯罪成立要件之解釋及評價後，在具體化之過程中與事實加以比對，以確定二者是否該當，簡言之，經由證據推認事實後，再本於對法定構成要件之規範要素解釋，對於事實涵攝於規範要素之過程，審判者必須透過來回對應、檢視事實與規範要素間之關係詳加判斷，始能確認事實與規範要素間是否具有對稱性。按刑法規範體系主要係國家對於行為人之行為事實是否構成犯罪、應賦予如何之法律效果、如何裁量其刑罰及應如何執行其刑罰之流程，以確認其刑罰權存在而對於行為人施加刑事制裁之架構³⁷，因此，自行為現象之產生以迄執行刑罰之過程中，必然須經過一套精準

之分析，始可達到刑事司法之目的，稱此一流程為刑法規範體系。刑法規範體系依序可分為「犯罪評價結構」、「效果評價結構」、「刑罰裁量結構」及「刑罰執行結構」等層次加以探討。

犯罪評價結構主要係對於行為人之行為事實確立其是否構成犯罪之檢驗過程，自行為事實產生後，首應對於該行為事實是否為刑法意義之行為加以判斷，如屬刑法意義之行為，則必須選擇合於該行為事實之構成要件。在選定構成要件後，必須認定行為人之行為是否符合客觀及主觀構成要件，如符合客觀及主觀構成要件者，則進入違法性存否之評價，具備違法性後，始就其罪責加以審查³⁸。即如下圖所示：

³⁷ 對於犯罪者所為之處罰僅得由國家為之，此為國家之權利及義務，國家固然有此懲罰犯罪者之權利，惟如此一懲罰未受限制，將產生恣意行使權利之結果，苟將是否處罰委由擁有公權力之人定之者，並非法「法之支配」(Rule of law)，而是「人之支配」(Rule of men)，ホセ・ヨンパルト，〈死列存廢論の論争点について—死刑廃止論と存置論の立場から—〉，《現代刑事法》，第3卷第5號，平成13年5月1日，第8頁。



在經由犯罪評價結構確立行為人之犯罪行為後，即應對於行為人有如何之法律效果加以界定，效果評價之階段所涵蓋之範圍，包括在刑法分則內各別構成要件之法定刑的法律效果（刑罰種類）及刑法總則內依其犯罪之個人情狀而應附加之保安處分。就充足數個犯罪要件而成立之犯罪行為而言，此時涉及應如何處理其最終法律效果之層次，乃競合論（或稱罪數論）存在所應解決之問題。因此，效果評價結構在行為人形成犯罪之個數屬於單純一罪者，僅以一罪評價其法律效果，在此法律效果中，選擇該犯罪要件之刑罰或適合之保安處分種類即可，較為單純。惟如行為人形成犯罪之個數牽涉數個不同構成要件而產生不同法律效果時，必須針對形成犯罪之數個複合法律關係，決定行為人之行為僅論以一罪或數罪，如仍為一罪（法條競合或包括一罪），則回歸一罪之處理模式；

如必須經由數罪之法律效果始得充分評價其行為者，即進入數罪之處理模式（想像競合或數罪併罰），亦即，當行為人之各個行為透過構成要件該當性、違法性及罪責檢驗之過程後，確立行為人之行為構成犯罪，此時在各個犯罪行為間，應審酌是否侵害同一法益？如非侵害同一法益，應如何評價各該侵害不同法益之行為？學理上稱此種評價效果之過程為競合論或罪數論，用以確立應對於行為人所施加之刑事處罰或保安處分。易言之，在此階段所欲處理者，係確認「選擇刑罰與保安處分之種類」及「行為是否為複合法律關係」之架構。

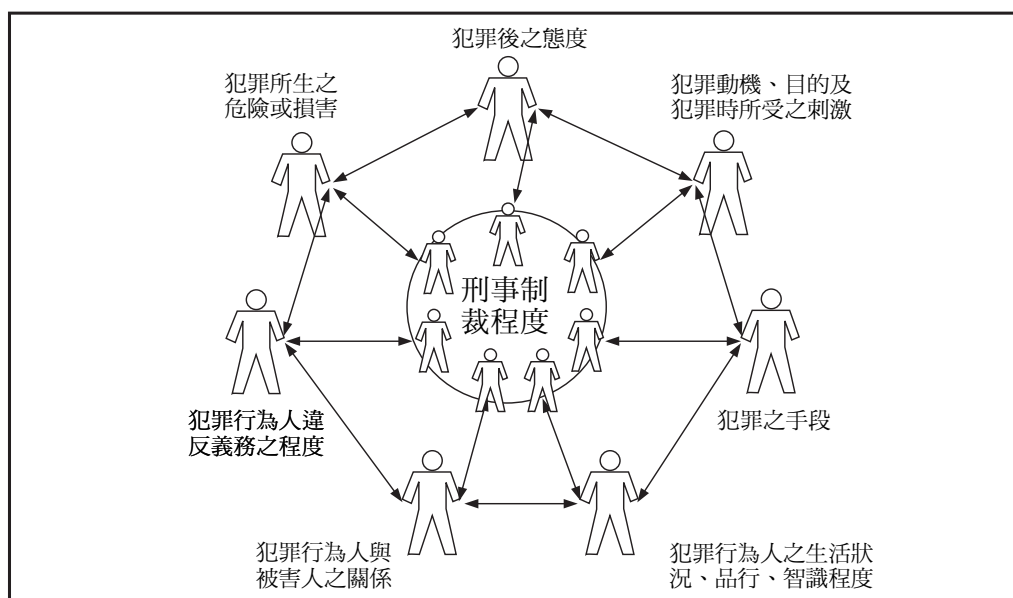
在經由效果評價結構審查後，乃應如何對於法律效果選擇適合之刑罰或保安處分，此種衡量應如何科處刑罰或施加保安處分之範圍，則為刑罰裁量結構之主要機能。亦即，相對應於行為人實行行為之犯罪動機、目的、

38 刑法規範得以具有對行為發生評價關係，必須法律規定先於評價對象的行為存在，且評價對象必須完全屬於規範得以適用之範圍，如此，方有刑法之適用問題產生，柯耀程，〈刑法法律變更與事實變更概念的基本思考〉，《法學講座》，第11期，2002年11月，第1頁。

犯罪時所受之刺激、犯罪之手段、犯罪行為人之生活狀況、犯罪行為人之品行、犯罪行為人之智識程度、犯罪行為人與被害人之關係、犯罪行為人違反義務之程度、犯罪所生之危險或損害、犯罪後之態度，如係科罰金時，並應審酌犯罪行為人之資力及犯罪所得之利益等整體情狀加以裁量，此等裁量固屬審判者之權限，惟裁量範圍仍有軌跡可循而非漫無標準，換言之，審判者於裁量刑罰時，不得有裁量濫用、裁量逾越或不予裁量之情事³⁹。

當行為人之行為構成犯罪者，即應由審判者依該構成要件之法律效果決定應對於行為人之行為施加如何程度之刑事處罰，此一決定應賦予如何法律效果之過程，稱為刑罰裁量過程。刑罰裁量過程主要對於法律規範所延伸出之法律效果作量刑之判斷，亦可稱為「量刑心證」。「量刑心證」並非純粹僅就法定刑之範圍內審酌應對於行為人施加刑

罰而已，尚須綜合行為人行為時及行為後之所有主、客觀情狀以尋求相對應之刑度，換言之，刑罰裁量過程中所要求之對稱性，原則上固然係指該行為所衍生出對於法益破壞之程度應反應在刑事制裁之程度上，亦即，對於刑罰制裁概念之剖析，本來應建立在「法益破壞程度＝刑罰制裁程度」之理想值內涵中，然而，法益破壞程度在刑罰裁量中，並非形成刑罰制裁判斷之唯一標準，毋寧，法益破壞程度僅為判斷標準之一。因此，刑罰裁量過程必須對於此種差異性作整體評估，最後始得「儘可能」在一定範圍內，達到對於行為人處以具有「相對稱」之刑罰制裁目的，而非百分之百地完全具備對等性。從而，與其認為「法益破壞程度＝刑罰制裁程度」，不若將之公式化為「綜合一切犯罪情狀認定法益破壞之程度＝刑罰制裁程度」，或較妥當。茲將之圖示如下：



³⁹ 亦即，量刑因為法院專責事項，審判者在受法律拘束之同時，得在法定刑制定之範圍內自由決定宣告刑，然此一廣泛量刑並不允許審判者之恣意判斷，在司法體制內，量刑應具有合目的性，神田宏，〈量刑と予防〉，《現代刑事法》，第3卷第1號，平成13年1月1日，第17頁。

肆、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⁴⁰，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⁴¹。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。亦即，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、傳喚或拘提證人等偵查作為）所蒐集之證據，提出於法庭，並盡其說明義務，甚至在審判時，應由檢察官提出證據並指定證據方法，以供法院進行證據之調查，因此，檢察官及法官在刑事訴訟上之定位並不相同，檢察官之舉證責任，乃在於證明並說服法官認定被告確有起訴書所載之犯罪行為存在。故在審理程序之建制上，交互詰問程序既屬審判程序之一環，自然應有「法官不取證原則」之適用，以藉此定位法官之權力及檢察官之義務。

二、禁止法官取證之原因

「法官不取證原則」，係立足於法官中立聽審之公平法院觀點，用以區別法官在案件審理過程中，與應負舉證責任之檢察官有本質上之不同，其原因，主要在於避免使法官在事實之認知上，藉由依職權取證之方式，造成對被告有不利偏頗之結果⁴²，因此，應禁止法官本於職權取得對於被告不利之證據加以使用。反面言之，如法官在審判程序進行中，得依職權取得或舉出對被告不利之證

⁴⁰ 直接審理原則包括形式之直接性及實質之直接性兩項內涵，前者要求法院（包括為裁判之全體法官）必須親自踐行（*selbstwahrnehmen*）審理程序，尤其是調查證據程序，以便獲得對待證事實之直接印象，不得由其他法官代為調查證據；後者要求法院必須盡量運用最為接近事實之證據方法，即使用原始的而非派生的證據方法（*keine Beweissurrogate*），可稱為證據替代品之禁止，葉啟洲，〈證人審判外陳述之證據能力問題〉，《法學叢刊》，第47卷第4期，民國91年10月，第61頁。

⁴¹ 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》，2004年9月，第23期，第132頁。

⁴² 受有公平法院之裁判，係被告在憲法上之權利，公平法院主要應由無偏頗或不公平之虞的組織構成法院，在法律制度上，基於擔保公平法院之一般地位，應賦予司法權獨立及其實際保障之法官身分保障，土本武司，《刑事訴訟法要義》，有斐閣，平成10年5月30日初版第二刷，第64頁。

據，例如，依職權傳訊對被告不利之證人接受法院之訊問，甚至依職權舉證證明被告有犯罪行為存在，不僅牴觸「無罪推定原則」，亦無疑使法官成為「接續偵查」之蒐證者，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⁴³，蓋以此時，法官本身即係取證者及舉證者，被告縱使在審判中抗辯取證違法或欠缺關連性，法官既不會採納被告之抗辯，自無從進行合法取證及有無關連性之彈劾，因而剝奪被告之證據抗辯權，此亦會影響法官對於事實之認定，造成對被告偏頗之判決結果，甚為顯明。因此，當蒐集證據及提出證據之主體均為法官，審判者亦為法官時，此種雙重角色將使被告在審理程序進行中，不僅使被告對於證據資格之抗辯處於更為不利之窘境，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，甚至「舉證」，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蒐集證據之義務。因此，制度設

計上應嚴格禁止法官在審判中發動職權取得對被告不利之證據，此即為法官不取證原則之基本精神。

伍、舉證責任分配原則

一、追訴者之實質舉證責任

事實必須依證據重現，而證據必然在事實發生後存在，如事實發生後該證據業已不存在者，即無法進行後續之程序。而當證據存在後，仍然必須透過國家偵查機關之公權力「取得」證據後，始有可能提出該證據。檢察官「取證」後，依我國刑事訴訟法第一百六十一條第一項之規定，應由檢察官負實質之舉證責任，並指出證明之方法⁴⁴，此一程序乃舉證責任分配之前提要件。廣義而言，檢察官所負之舉證責任，係指：一、構成要件該當事實、處罰條件及刑之加重事由之事實存在；二、違法阻卻事由、責任阻卻事由、處罰阻卻事由及刑之減免事由之事實不存在；三、符合訴訟條件之事實存在；四、其他訴訟法之事實中，檢察官所主張之事實存在（例如：自白任意性等之證據能力）⁴⁵。至於自訴

⁴³ 然而，我國學者仍有將法官調查證據之概念誤為法官取證之意義，因此認為，審理法官對於證據之採取，必須親自為之，法官惟有親自採證，始得作為判決之依據，林山田，《刑法的革新》，學林出版社，2001年8月初版第一刷，第384頁至第385頁。另有學者即認為，「蒐證」、「調查證據」、「證據辯論」及「證據認知」係涉及不同層次，不得混為一談，亦不得顛倒，蒐證與調查證據並非相同，舉證與調查證據亦屬有異，陳志龍，〈刑事證據法之體系〉，《當代刑事法學之理論與發展》，王兆鵬等合著，學林出版社，2002年9月初版，第238頁至第239頁。

⁴⁴ 舉證責任係在經過證據調查時，無法證明事實之真偽致無法認定事實時，將此種不利益歸由一方當事人承受之地位，通常稱為實質（或客觀）之舉證責任及說服責任。在刑事訴訟上，由於受到「無罪推定原則」及「有疑時應將利益歸於被告」之嚴格支配，因此，檢察官負有基本之舉證責任，庭山英雄、岡部泰昌，《刑事訴訟法》，青林書院，2006年7月10日第三版第一刷，第193頁。

⁴⁵ 高窪貞人，演習ノ一刑事訴訟法，法學書院 1997年8月20日全訂版第四刷，第153頁。因此，起訴書之內容必須包含犯罪構成要件（Essential Elements Requirement），並對於事實之記載應充分、特定；若起訴書未記載犯罪構成要件，將剝奪被告受告知之憲法權利，無從判斷前後二訴是否為雙重危險所禁止之同一犯罪，法院亦無法進行司法審查及有無審判權之基礎，王兆鵬，《一事不再理》，元照出版社，2008年4月初版第一刷，第77頁。

人就被告犯罪事實，亦應負舉證責任，並指出證明之方法。倘其所提出之證據，不足為被告有罪之積極證明，或其闡明之證明方法，無從說服法院形成被告有罪之心證，基於無罪推定之原則，即應為被告無罪之諭知⁴⁶。

舉證分配之概念在事實的法律關係形成時存在，換言之，舉證責任分配之意義，在於實體法律關係形成時，自始即已對於應由何人負舉證之責任、應由何人負反證之責任予以定位，更精確言之，刑事程序上並無「舉證責任轉換」之問題，舉證關係之存在，業經依待證事項之內容及性質，固定地分配予追訴者或被告，並不會隨著訴訟程序之進行，而有舉證責任浮動或不確定之情形，因此，舉證責任僅有分配及由何造當事人先行舉證之問題，而無「舉證責任轉換」之問題。當兩造在訴訟程序進行中，本於攻擊、防禦所產生之舉證行為，僅會使法院對於形成事實心證之過程產生高低起伏，而產生評價轉向之概念，並不會產生「舉證責任主體」更易之問題⁴⁷。

質言之，法庭中之活動應以檢察官（或自訴人）之實質、完全舉證責任及當事人聲請調查證據為主軸，法院退居被動之第三人角色，以中立客觀之態度面對審判，因此，

審判中僅有檢察官是否已盡舉證責任之問題，並無法院依法應於審判期日調查證據而未予調查之疑慮⁴⁸，自訴人亦應作相同之解釋。

二、被告之反證舉證責任

理論上舉證責任可分為「實質舉證責任」及「形式舉證責任」，「實質舉證責任」係指證據調查完畢後，待證事實存否不明之情形，受有不利利益判斷之一方當事人應負擔該危險之法律上地位者；而「形式舉證責任」則指受有不利利益判斷之虞之當事人，為避免其自己受有該不利利益而應負擔證據提出之舉證行為而言⁴⁹。由於刑事程序中之待證事實，於法律關係形成之際，即存在著「犯罪事實成立」及「阻礙犯罪事實成立」之對立關係，追訴者固然應盡其提出證據責任及說服責任，以使審判者在公開法庭中形成犯罪事實存在之心證。然而，當追訴者未提出證據，或雖提出證據，卻無法說服審判者形成事實心證時，自然無需由被告舉證證明犯罪事實「不存在」，以受到「無罪推定原則」之保護⁵⁰。惟追訴者在審判中之舉證責任並非漫無限制，當其舉證之效果，已足以使審判者產生高度蓋然率之事實心證時，如被告猶抗辯有「阻礙犯罪事實成立」之事由存在者，應由被告

⁴⁶ 最高法院九十七年度臺上字第五五四號判決參照。

⁴⁷ 對於提出證據責任歸屬之判斷標準有三：一、舉出待證事實者，對於待證事實有舉證責任；二、屬於法定構成要件之待證事實，由檢察官舉證；三、依舉證難易程度，由容易舉證之一方負舉證責任，蔡秋明，舉證責任—兼論刑事被告之地位及其舉證義務，臺灣本土法學雜誌，第55期，2004年2月，第125頁。惟由於舉證責任於形成犯罪結構之際即經定位應由何人為之，故前開「依舉證難易程度」作為舉證對象之看法，恐有疑義。

⁴⁸ 黃朝義，〈舉證責任與證據調查〉，《臺灣本土法學雜誌》，第42期，2003年1月，第160頁。

⁴⁹ 安富潔，演習講義《刑事訴訟法》，法學書院，1994年9月5日初版第三刷，第181頁。

⁵⁰ 「有疑時應將利益歸於被告」（*in dubio pro reo*）之利益原則，係啟蒙時期以降、近代法思維之產物，而「無罪推定原則」乃英美法長久以來之傳統，法國大革命之際，並將之明文宣於人權宣言內，現今在世界人權宣言第十一條及人權規約第十四條第二項均有規定，田宮裕，《刑事訴訟法》，有斐閣，2004年2月29日新版第十五刷，第301頁。

負提出反證之舉證責任⁵¹，如被告無法提出反證，或雖提出反證，但仍然無法推翻「審判者本於追訴者已舉證而形成事實存在之心證」時，即應由被告負擔其未舉出反證之不利利益，即有罪判決之結果⁵²。質言之，「評價轉向」或「阻卻評價」事由之舉證責任，應由被告負擔。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需負擔任何舉證責任，稱此種舉證責任之事由，為「評價轉向」或「阻卻評價」事由⁵³。茲將「評價轉向」或「阻卻評價」事由之類型分述如下：

(一)阻卻違法及阻卻罪責事由之評價轉向類型

阻卻違法事由之評價轉向類型，係以客觀行為事實之存在為其前提，主張各該事實有法規或超法規阻卻違法事由，例如：刑法第二十一條至第二十四條之規定，或「得被害人承諾」、「推定承諾」、「不可罰之違法性」、「教師懲戒權」及「容許風險」等

類型。追訴者與被告對於此種客觀行為已存在之事實所爭執者，乃在於追訴者主張被告之行為違法，惟被告主張其行為正當，因此，兩造所爭執者，乃在於是否有阻卻違法事由之事實存在。當追訴者已盡其犯罪事實之舉證責任，足使審判者形成被告已有構成要件行為之心證時，被告對於「有阻卻違法事由」之事實存在者，即應令其負舉證之責，當被告未為舉證以阻卻不法之評價心證時，即應受舉證不利利益之效果。同樣地，阻卻罪責事由之評價轉向類型，係被告主張有法規或超法規阻卻罪責事由存在，例如：刑法第十九條第一項精神障礙致不能辨別其行為違法之情形，或有欠缺期待可能性之事由發生者，均應由被告對於此種阻卻罪責之事實負舉證責任，此種形態，稱為「阻卻罪責事由之評價轉向」類型。

(二)較輕事實之評價轉向類型

較輕事實之評價轉向類型，係指被告對於同一事實之存在，主張具有較輕之評價關係存在者，舉證責任即應由被告負擔，此種類型大部分係在認定犯罪行為為進行之階段或法益重疊之犯罪類型，就犯罪進行之階段而言，例如：陰謀、預備、未遂及既遂等犯罪

⁵¹ 由於阻卻違法事由及阻卻罪責事由係屬例外，如有爭執時，被告原則上應對於具有阻卻違法事由或阻卻罪責事由之存在提出證據，稱為「證據提出責任」，鈴木茂嗣，《刑事訴訟法》，青林書院，1999年3月10日改訂版第八刷，第199頁。

⁵² 提出證據責任通常由對犯罪事實負「說服責任」之檢察官開始，如檢察官已提出足夠支持其主張之「表面證據」程度，被告為求勝訴，另提出積極事實，用以反駁檢察官之主張，亦負「提出證據責任」，若被告提出積極抗辯時，即負有「提出證據責任」與「說服責任」，吳巡龍，《刑事訴訟與證據法實務》，新學林出版社，2006年11月初版，第64頁。

⁵³ 按對於此種「評價轉向」或「阻卻評價」事由之舉證責任，是否亦應到達「高度蓋然率」之程度？本文採取否定之見解。申言之，被告對於前揭事由之舉證效果，其程度僅須達到「崩解」法官因檢察官舉證後所形成之「高度蓋然率」心證即可，亦即，當檢察官舉證後，如審判者已形成高度蓋然率之心證時，被告提出反證之最終目的，僅需造成該事實心證受到破壞、分解，以致於法官之心證程度落入百分之六十的優越蓋然率之光譜以下，此時，檢察官勢必再補強其舉證責任，否則，事實心證既未到達高度蓋然率，即應認定犯罪事實不成立，而應由檢察官接受舉證不力之結果。

行為進行之流程，前階段均較後階段為輕，後階段均較前階段為重，當檢察官舉證被告已既遂，惟被告主張其仍在未遂階段者，即屬於較輕事由之評價轉向，其餘「陰謀」、「預備」、「未遂」之情形，亦依此類推。至於法益重疊之類型，例如：被告經檢察官舉證而以竊盜罪起訴，但辯稱其係向某一無法查證之人收受贓物而來（即實務上所稱之「幽靈抗辯」），主張其應適用贓物罪，則被告對於其抗辯之部分，應舉證證明之；否則，難認其主張屬實，而檢察官既已舉證證明被告有竊盜之犯罪結構事實，被告既無法舉反證推翻，則其即應受「無法舉反證」之不利判決。其次，輕重關係之評價，有時亦會存在於某一特定之階段，較為典型之例為中止未遂，例如：案件業經起訴後，檢察官已舉證證明被告有進入店家竊盜未遂行為，惟被告主張其之所以未遂，乃因其不願再進行竊盜行為之完成，為己意中止。就普通未遂之行為事實（較重之評價關係）業經檢察官舉證證明其存在，然而，被告對於其有「己意中止」行為事實（較輕之評價關係）加以爭執，自應由其提出有己意中止之證據，以證明其所抗辯之事由屬實，此時被告就此部分即應負舉證責任。

（二）參與角色之評價轉向類型

參與角色之評價轉向類型，係指追訴者以共同正犯作為起訴之犯罪事實，惟被告主張其在該犯罪事實中僅係幫助犯或教唆犯，則被告對於此種由共同正犯組成之事實，主

張其評價應轉向幫助犯或教唆犯者，其對於該評價轉向之事實，應負舉證責任⁵⁴。反而言之，如追訴者先以幫助犯或教唆犯作為起訴之犯罪事實，嗣後在審理中主張被告係共同正犯之參與者，此時係「反向」評價轉向之主張，自仍應回歸由追訴者負舉證責任，以證明被告有共同正犯之事實存在。因此，參與角色之評價轉向具有單向性，僅有「共同正犯→教唆犯」或「共同正犯→幫助犯」之類型。至於「教唆犯→幫助犯」或「幫助犯→教唆犯」之間，就幫助犯或教唆犯之概念，客觀言之，並無孰重孰輕之問題，如追訴者主張有「教唆犯→幫助犯」或「幫助犯→教唆犯」之情事者，自應由其負積極之舉證責任，並無評價轉向類型之適用。

（四）特定刑罰減輕事由之評價轉向類型

特定刑罰減輕事由之評價轉向類型，係指追訴者業經舉證證明被告有犯罪事實之存在，然而，被告主張其具備刑罰減輕之事由，此時並非由追訴者提出被告「未具備刑罰減輕事由」之證據，而應由被告對於其「具備刑罰減輕事由」之事實，提出證據證明之。例如：檢察官就被告販賣第一級毒品予他人之事實，業經提出被告之自白、販賣對象之證詞、合法監聽之譯文及扣案之大量海洛因，惟被告辯稱其於查獲時有向警員供出上手因而查獲毒品大盤商甲之事實，認為案件應有毒品危害防制條例第十七條之適用，則被告對於其提供毒品來源，因而破獲之事實，應負舉證責任。由此可知，特定刑罰減輕事由

⁵⁴ 應予補充者，檢察官提起公訴後，其對於證據之職責，僅負有提出又說服責任，並無續為蒐證之權，因此，有認為檢察官除應參與對造提出防禦性證據之調查外，更應該主動蒐集證據，並聲請調查證據，即有違誤，施慶堂，〈檢察官專責全程到庭實行公訴不等於交互詰問〉，《全國律師雜誌》，民國91年1月號，第21頁。甚且，亦有認為偵查乃蒐集保全證據之活動，實無區分起訴前後之必要，起訴後認應繼續偵查蒐集證據提出於審判庭，亦非法所不許，康順興，〈偵查與正當法律程序原則〉，《刑事法雜誌》，第45卷第3期，民國90年6月，第46頁。此一見解亦屬謬誤之看法，自無待言。

乃是涉及「刑罰」減輕所由生之事實，對於此種事實即有由被告舉證之必要，甚為灼然。

(五)其他犯罪成立條件之評價轉向類型

其他犯罪成立條件之評價轉向類型，係指在前四款類型外，其他應由被告負舉證責任之事項。例如：刑法第三百十條之規定，被告對於成立誹謗罪之舉證規定，係由被告負證明真實而不涉及私德之規範，乃在實體法上制訂犯罪成立條件之評價轉向規定，因此，如被告對於此種法定犯罪成立條件之評價轉向事實未提出證據證明時，即應依檢察官原舉證之事實，認定成立誹謗罪⁵⁵。

至於被告如主張其並不在場，或有刑求抗辯之事實存在者，應由何人舉證？本文認為負舉證責任者仍為檢察官。首先就不在場證明而言，檢察官依刑事訴訟法第一百六十一條第一項之規定應負犯罪事實存在之舉證責任，係以犯罪事實存在為前提，犯罪事實之存在，必然應有行為主體在現場實行犯罪，而案件既指檢察官所指之被告及犯罪事實，則被告既為檢察官所指起訴犯事實之實行

者，自然應由檢察官就被告「在場」之事實先行舉證，而非由被告先舉證其「不在場」。其次，刑求抗辯之提出與檢察官應擔保其所提出之自白係經「合法取證」具有直接關連性，以不正方法取得被告之自白涉及人之自由意志受到扭曲或壓抑之侵犯人權問題，對於此種嚴重侵害憲法基本人權之公權力行為，應嚴格禁止⁵⁶。準此，基於刑事政策之角度，對於此種以不正方法取得自白之事實，如經被告抗辯，程序上即應作不同之處理，以貫徹更為重要之人權保障理念，故對於被告取得自白係經合法程序乙節，既應由檢察官擔保之，仍應由檢察官負舉證責任⁵⁷，較為妥適。

陸、心證公開原則

一、心證公開之內涵

心證之公開，係指於審判程序之進行中，經合議庭就「事實認定」、「法律適用」及「量刑範圍」之心證，加以公開，使當事人知悉審判者對於事實、法律及量刑之意思表示。按憲法係以保障人民訴訟權、財產權、

⁵⁵ 至於司法院大法官會議釋字第五百零九號解釋乃誤解立法者對於誹謗罪之舉證責任分配關係，認為行為人如有相當理由得確信其事實為真實者，對於該事實並非真實之證明，仍應由檢察官負舉證責任。苟依此一見解，則當行為人對於所誹謗之事，有相當理由確信其為真實，惟經檢察官舉證之結果，證明其所指摘之事並非真實，是否構成誹謗罪？或行為人無相當理由確信其事實為真實，而任意指摘、傳述足以毀損他人名譽之事，惟檢察官無法舉證證明該事實之不真實（或法院調查後發現該事實確為真實），是否構成誹謗罪？凡此，均是釋字第509號解釋之問題所在。

⁵⁶ 自白是否具有信用性之判斷標準為：一、被告之屬性（是否為病患或精神障礙者）；二、自白之際的狀況（時間、態樣、相對人等）；三、自白之內容；四、與其他證據或客觀事實之吻合性，綜合加以評價，較為重要者，為三與四之部分，其判斷，應審查是否存在不合理或不自然之內容、該自白有無經過變異、自白之程度及理由、是否出於自行提出之秘密（自白當時為偵查機關所不知之事項，其後經偵查之結果確認無訛）或有無整合客觀存在之證據等節，均應予以注意，田宮裕，《*変革のなかの刑事法*》，有斐閣，2000年2月10日初版第一刷，第202頁。

⁵⁷ 刑事程序不得利用為處罰無辜、政治鎮壓或犧牲之目的，為保障此一理念，法律及政府應保護人民之生命、自由、財產等基本法益，如有剝奪上開法益之重大結果發生，自為刑事責任所處罰之對象，此時應課予訴追者舉證有罪之責任，而由政府擔任訴追責任，亦會增加政治鎮壓之危險，為加重其責任，刑事程序上有罪舉證必須到達充分之程度，即「不容許有合理懷疑」之程度，渥美東洋，《*刑事訴訟法*》，有斐閣，2004年3月30日新版補訂第二刷，第219頁。

平等權、自由權等基本權利，確立人民法主體性之地位，貫徹人性尊嚴為目的。為達成此一目標，法院於審理個案時，應本此原則為之。法院形成心證之過程，亦包括法律適用於事實之過程（涵攝），以使當事人得以預測法院形成心證而調整其攻擊、防禦之方法，故審判者適時公開心證於審理庭，使當事人就法院所認定之事實、適用之法律及量刑範圍，得藉由公開辯論之程序，知悉法院對該案件所形成之心證（包括事實心證、評價心證及量刑心證），以避免造成「突襲性裁判」（*Überraschungsentscheidung*），因此，法院應公開心證，綜合所有之事實證據，俾當事人得集中爭點，提出攻擊或防禦方法，避免審理散漫化、擴張化，對於達成集中審理⁵⁸、保障當事人公正程序請求權之目的應有實益。質言之，適時心證公開，使當事人得預測法院在公開審理程序中形成心證之過程及結果，並明瞭法院就爭點事實之法律見解，而法院就系爭歷史事實群及其相關證據群中，藉由審判者先行將當事人所主張之爭點特定，使當事人得以預先準備其攻擊、防禦之態勢，進而節省當事人在程序上所付出之勞費，亦即，透過公開心證之機制，可將浮動性、機動性、多樣性、不確定性之事實群之程度限縮並確定，使將來進行交互詰問

程序或其他訴訟程序時，合議庭或獨任制法官之訴訟指揮能更有效率，以達到「迅速而適當審判」之目的⁵⁹。

（一）事實認定之心證公開

按事實認定之心證公開，應使當事人有就該案事實之存在與否予以辯論之機會。證據經合法調查後，審判者之主要任務在於判斷有無證明之價值及其證明價值之高低，較為重要者為憑信性、重要性及關連性之判斷⁶⁰。為還原事實，證據評價之功能，乃在於證明「事實」之存在，此處所稱「事實」者，係指犯罪構成要件事實存否、或雖具備犯罪構成要件之事實，但有阻卻違法事由或阻卻罪責事由之事實存在而言，因此，事實認定之過程，應一併將此等「事實」認定之心證公開，至於在法律適用上是否確實符合阻卻違法事由或阻卻罪責事由之「法定要件」，則屬法律辯論之範疇⁶¹。於審判中之調查證據程序所提示之各該證據群（包括供述證據及非供述證據），均係用以證明犯罪不法構成要件「事實」是否存在、有無阻卻違法事由或阻卻罪責事由之「事實」，故在審判中之調查證據程序，既在於使法院形成該事實存否之驗證程序，因此，當踐行調查證據之程序完畢，即代表法院驗證檢察官所起訴之事實究否存在之心證業已形成，應使當事人得

⁵⁸ 集中審理主義乃指無論自迅速裁判之要求或以直接審理原則為基礎之公開審判原則之要求，應儘可能地在審判期日繼續進行中，在公開審判庭內之訴訟活動留有鮮明印象下為裁判，鈴木茂嗣，《刑事訴訟法》，青林書院，1999年3月10日改訂版第八刷，第136頁。

⁵⁹ 對於刑事案件為適當且迅速之裁判，不僅為憲法上之要求，亦為刑事訴訟法之目的，迅速裁判之要求與適當裁判及被告防禦權保障之要求，在本質上並非無法相容，坂本武志，《刑事訴訟法》，酒井書店，1999年3月25日初版第二刷，第8頁。

⁶⁰ 蔡墩銘，《刑事證據法論》，五南出版社，民國88年5月初版第二刷，第432頁。

⁶¹ 誠然，事實與法律得否完全區分，素為學理上爭論不休之問題，惟得以確定者，於調查證據之過程儘可能地先行確認各該事實群之存在（即使在認定事實群之過程中，有時不得不對某事實稍作法律上之評價），使當事人之攻擊防禦行為得以「特定化」，從訴訟經濟及當事人得以預測法院心證形成之過程，藉以充實訴訟權之內涵等情以觀，心證公開仍有使訴訟程序更有效率之優點存在。

在調查證據後，知悉法院對於事實認定之心證，藉以對於事實存在與否，予以辯論。法院於調查證據完畢後，即應公開認定事實之心證，使當事人有辯論之機會，公開事實認定之心證，可避免「事實之辯論散漫、無法聚焦」之缺點，應無疑義。

(二)法律適用之心證公開

適用法律之心證公開，應於案件經調查證據程序認定事實無訛後為之，合議庭就法律適用所形成之心證公開，有助於檢察官、被告及辯護人對於法律適用之妥當與否，充分表達意見，而為法律之辯論。由於法律適用之過程具有複雜性，被告如未選任辯護人時，常難就法律之適用表達適當之意見，在律師強制代理制尚未建構完成前，審判者在不失其中立性之前提下，適時闡明法律適用之過程，包括當庭提供被告得以閱覽法條、法律解釋或判例之說明等情，以協助被告儘可能理解審判者法律適用之心證。由於心證之形成並非一成不變，有時會隨著在公開審理之辯論過程而擴大或縮減法律適用之範圍，此乃刑事訴訟法第三百條規定得就檢察官起訴之犯罪事實變更應適用之法條所由生⁶²，而經公開法律適用之心證後，當事人既對判決是否有罪具備「可預測性」(Vorhersehbarkeit)，出現突襲性裁判之可能即大為降

低。誠然，在實務上運作亦可能發生辯論終結後，合議庭對於前於審理程序所公開認定事實及法律適用之心證有誤等節，例如：漏未調查具關鍵性之證據以致於適用構成要件有誤，或有較新之判例出現而改變法律見解、有新法律於辯論終結後公布施行，即應再開辯論並另改期踐行審理程序，較為妥當。

(三)量刑範圍之心證公開

當事人量刑範圍之意見陳述權，應強化其得就量刑之「具體範圍」達到可公開辯論之程度。刑事訴訟法第二百八十九條第三項規定：「審判長應予當事人就科刑範圍表示意見之機會」，固無「應予辯論」之明文，然仍得作為量刑參考之依據，惟就程序上使被告預測法院「量刑範圍」之心證而言，亦非不得辯論之。法院得先行宣示所應適用實體法上之法定刑度，再預先公開可能量刑之具體範圍之心證，使當事人就該範圍先行辯論。如經合議庭評議被告之行為並不構成任何之犯罪者，即無需進行量刑範圍之辯論⁶³。關於量刑範圍之辯論，應以刑法第五十七條各款事由，即犯罪之動機、目的、手段，犯罪時所受之刺激、犯人之生活狀況、品行、知識程度、與被害人平日之關係、犯罪所生之危險或損害及犯罪後之態度、個案之其他情狀，一併作為辯論之重心⁶⁴。至於量刑範

⁶² 此時如有變更法條之必要，即應當庭諭知，由於踐行心證公開程序，當事人對於判決適用之法律既已為充分之辯論，理論上而言，將來當事人對於判決是否以適用法律違誤而上訴之案件，應會有效減少，而得以達到疏減上訴訟源之目的。

⁶³ 按由於辯護人有權於法律上之辯論時針對被告應受「無罪之宣告」、「較輕之刑」、「受緩刑之宣告」或「准易科罰金」表示意見，是以刑事訴訟法第二百八十九條第三項應包括辯護人在內，較能貫徹被告仰賴辯護人為其辯護之訴訟基本權，林俊益，〈科刑辯論〉，《月旦法學教室》，2005年1月，第27期，第44頁至第45頁。

⁶⁴ 「量刑範圍之心證公開」與「宣告刑之告知」仍有不同，所謂「量刑範圍之公開」，並非指辯論後即應為具體刑度之「宣告」，亦即，公開量刑較為「具體之範圍」，並非指法院應當庭為刑度之「宣示」，而是指使被告對量刑較為具體之範圍，有預測可能性，並得予以公開辯論者而言。因此，量刑範圍之心證公開並非「宣告刑」之告知，宣告刑仍應於辯論終結後，由合議庭評議。

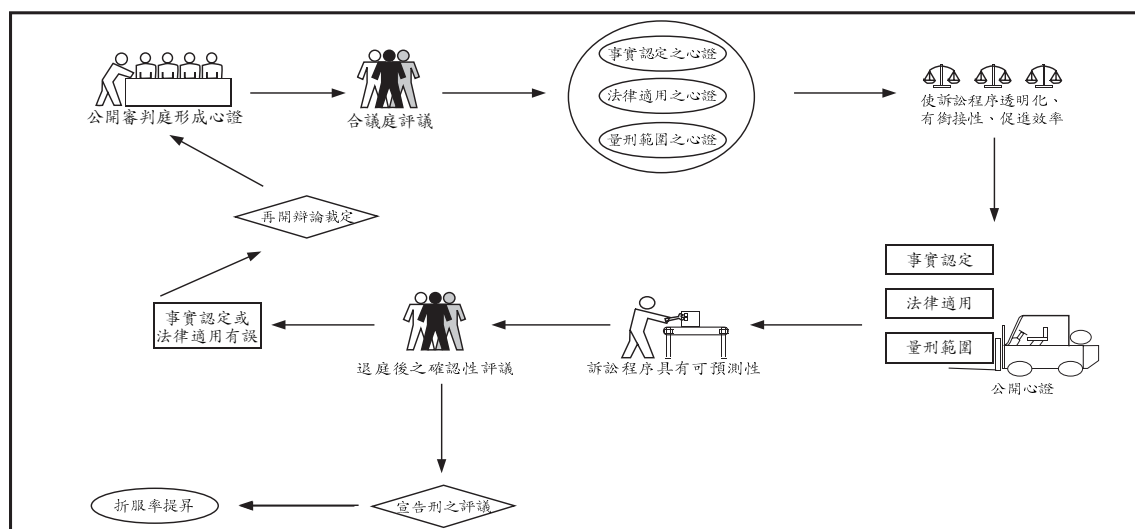
圍之心證公開究竟係應至如何具體之程度，宜委由法院依個案之性質具體判斷。至於退庭後所為之「確認性評議」，如發現事實認定或法律適用有誤，即應為再開辯論之決議。

二、心證公開之實益

按心證公開之主要實益有二，其一，在於使刑事程序之進行透明化而具有階段之銜接性，由於心證公開涉及「事實認定之心證公開」、「法律適用之心證公開」及「量刑範圍之心證公開」，因此，「階段性之銜接」應指於「調查證據完畢」後，法院即應當庭評議認定事實，確認事實存在後，隨即由兩造進行法律適用之辯證，經確認法律之適用後，公開法律適用之心證，並公開量刑「範圍」之心證，最後再由兩造就量刑範圍予以辯論之過程，惟有在此意義下，認定事實、適用法律及量刑範圍，需以「心證之公開」作銜接，先有事實認定，其次適用法律，最後再為量刑範圍之公開，從而，公開心證有「階段性銜接」之目的，應無疑義。其二，心證公開在於使當事人對於判決之折服率提高及促進訴訟之效率，亦即，由於心證公開可使事實認定、法律適用及量刑之範圍作「階

段性銜接」之控管，避免當事人就事實認定及法律適用之辯論散漫，因此有促進訴訟效率之優點，且心證公開使當事人就法院之判決有可預測性，判決既具有可預測性，相對而言，即係減少突襲性裁判之發生，當事人甚至得就量刑範圍為公開之辯論，對於刑度之範圍亦有預知之可能，對於判決上訴之折服率自然會因此提高。由於我國刑事訴訟法第二百八十九條第一項僅規定當事人就事實及法律「分別」辯論之，然究應如何分別辯論之，並未有具體之指示，造成實務行言詞辯論時，常在事實辯論中夾雜法律上之意見，或於法律辯論時併將事實混同陳述，成為「包裹式」之辯論，無法針對「事實」、「法律」及「量刑」之區塊分別進行，造成審理程序之散漫及延滯。因此，踐行認定事實、法律適用及量刑範圍之心證公開，不僅使程序之進行透明化、有銜接性，對於判決之事實認定、法律適用及量刑範圍，均具有可預測性，其結果，亦使訴訟程序之進行更有效率，甚為顯明。

茲將心證公開之流程圖示如下，以供酌參：



柒、證人劃分原則

一、成罪與非成罪事項證人之程序區隔

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。因此，必須先深究交互詰問之證人範圍應作為如何之規劃⁶⁵。按證人在刑事訴訟法上之屬性，依實務及學說向來之見解，並未在內涵上嚴加劃分，凡是經聲請傳喚之證人均有交互詰問程序之適用。然而，此一看法恐有違誤。按程序上之所以透過交互詰問之方式，以去除證人主觀認知之差異或錯誤，主要在於證人所見聞之事實，係與成罪事項之事實（實體事實）相關，為避免因證人單方面未經辯證之指述，極有可能產生對被告不利或偏離事實之後果，因此，有必要對於證人所見聞之事實，先行加以區分。

按證人所見聞之事項係與犯罪事實之成立與否有關，則稱該證人為具有成罪事項屬性之證人；如證人所見聞之事項，係犯罪事實以外之事項，與「成罪」與否無關（即與構成要件事實、違法事實及罪責事實相關者），則該證人即具有非成罪事項之屬性。之所以作如此之區分，係根基於程序上功能取向之訴訟經濟效益。申言之，維護被告訴

訟基本權所蘊育而生之交互詰問的中心思想，乃在於使被告對於與其成罪事項相關之證人，透過其交互詰問之正反辯證程序，儘可能去除掉證人在主觀記憶上之誤想或偏見，被告訴訟基本權之維護，應僅止於此。苟證人之屬性係用以證明「非成罪事項」，亦即，旨在證明刑事實體事實以外之其他事實，既與被告是否成立犯罪無關，當無交互詰問程序適用之餘地。至於「非成罪事項」之證人，僅係用以證明「非成罪事項」，本質上不應將之劃歸於交互詰問之內涵中，故此種證人之性質，由法院逕依職權訊問即可，無庸進入交互詰問之程序。

二、對被告有利與否之證人的判斷標準

對被告有利或不利證人之判斷標準，應依聲請人釋明其與「待證事實」間之關係，是否對被告不利加以認定。原則上追訴者（即檢察官或自訴人）用以證明成罪事項存在之證人，通常被歸納為對被告不利之證人，如係用以排除成罪事項之證人，則應由被告進行主詰問之程序，並非由追訴者擔任主詰問之主體。如同本文前開所述，由於追訴者在制度設計上係先負有實質舉證責任之當事人，關於犯罪事實成立之責任，應由追訴者先提出證據證明，如被告在追訴者已盡舉證責任及說服責任之情形下，始應由被告依據其所抗辯之事由提出反證⁶⁶，惟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

⁶⁵ 證人係就自身體驗之事實陳述其內容，基於特別知識得知已往事實之證詞，稱為鑑定證言，其陳述者稱為鑑定證人，例如：醫師就其自己曾經診斷過之病患陳述關於其病情之內容即屬之，池田修、前田雅英，《刑事訴訟法講義》，東京大學出版會，2006年6月20日第二版第一刷，第281頁。因此，鑑定證人所為之專業意見，係建立在其所親身經驗之事實基礎，本質上仍屬於證人。

⁶⁶ 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」。惟所謂有「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

先得知，因此，僅得以聲請人於聲請時，對所欲證明之待證事實經釋明後，加以認定。因此，聲請人對於聲請傳喚之證人究屬有利與否，應先使審判者達到大致上相信其所主張之證人乃具備有利或不利之屬性，藉由釋明之程度，使審判者知悉該證人之屬性，以作為區分有利或不利證人之判斷標準。

至於證人之證詞如經顯現在警詢或偵查中有部分有利者，亦有部分不利者，應如何處理？本文認為，此時仍應依聲請人釋明其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。惟前開證人釋明程度之高低，仍應限於該證人所見聞者係同一事實為必要。若證人係分別在不同時間、地點，見聞不同事實之發生時，例如：涉嫌多次販賣第一級毒品之被告，其辯護人要求傳喚以證明第一次販賣毒品之行為並不存在之待證事項，惟檢察官則要求傳喚同一證人以證明第二次販賣毒品之行為存在之待證事項，此時仍應就聲請人所聲請傳喚之待證事項分別釋明之。

三、證明成罪事項存否之證人

被聲請傳訊之證人，可分為「證明成罪事項存否之證人」及「證明非成罪事項之證

人」，在「證明成罪事項存否之證人」中，可依該證人所欲證明之待證事實究為「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）之性質，分為「證明犯罪事實成立」之證人，或「證明犯罪事實不成立」之證人。證人依上開標準加以區分之實益，主要在於確定主詰問之主體為何造當事人，亦即，對於證明成罪事項證人所為之主詰問，應由追訴者為之；對於證明排除成罪事項之證人，其主詰問則由被告為之。

在訴訟制度之地位上，檢察官對於犯罪事實之成立，應負舉證責任，此係檢察官在刑事訴訟制度上之應然，故檢察官應指出證明之方法，並盡其說服責任，使法院對於犯罪事實達到「高度蓋然率」之心證⁶⁷，因此，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），應由追訴者進行主詰問程序，始符追訴者應負舉證責任之制度設計。至於證明排除成罪事項之證人，屬於反證事項，用以證明追訴者所主張之事實並不存在，因此，必須由追訴者對於該證明成罪事實存在之證人的詰問程序完畢後，始應由被告對於證明成罪事實不存在之證人另行開啟詰問程序。因此，在詰問次序之安排上，應先由追訴者對於其所主張犯罪事實成立之證人，透過交互詰問之方式取得證詞，藉由該證詞及其他證據之相互印證，使法院相信被告有該當於起訴書所指犯罪構成要件之行為⁶⁸。

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。稱此種舉證責任「轉換」之事由，為「評價轉向」或「阻卻評價」事由。

⁶⁷ 關連性證據，在個案中足以推論出待證事實存在或不存在之傾向，有強弱之分別，而證據與待證事實間之推論傾向關係，亦有密切程度之差異，其強弱或密切程度均攸關嗣後證據評價之高低，陳祐治，〈刑事訴訟與證據法系列之二—證據之關聯性（relevancy）〉，《法令月刊》，第59卷第3期，2008年3月，第67頁。

⁶⁸ 因此，學者乃認為，所謂審判，乃是法院對於原告（即檢察官或自訴人）起訴之被告及犯罪事實，為

至於被告主張對其有利證人之交互詰問，則應由被告踐行主詰問程序，追訴者進行反詰問程序。被告行主詰問程序之目的，主要在於證明其並無犯罪行為，或被告之行為欠缺成立犯罪之要件事實，究其本質，亦屬於舉證之行為，惟該所舉之證據，性質上屬於反證，係用以推翻檢察官在前開對其不利之證人進行主詰問時之證明。質言之，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；而反詰問則屬於「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「追訴者之舉證行為」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⁶⁹。

四、證明非成罪事項存否之證人

所謂「證明非成罪事項之證人」，係指該證人之性質，屬於「程序事項」之證人，該證人得證明之待證事實，與實體事項無關，僅係單純證明程序事實之證人。按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，僅具有證明實體法上犯罪事實存在與否之證人，始有詰問程

序之適用，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依職權訊問即可。其主要之理由，在於證明非成罪事項存否之證人，對於被告是否成立犯罪並不相關，縱使經由交互詰問之程序，仍無法改變其所證明之事項係具有「非成罪事項」之性質，既然非成罪事項之證人與被告是否成立犯罪無關，就被告詰問權之範圍在於確立其是否構成犯罪之角度而言，實無必要將證明非成罪事項存否之證人，納入交互詰問程序中加以運作。因此，從訴訟經濟及詰問權存在之本質觀之，證明非成罪事項之證人如有傳喚之必要時，由法院依職權傳喚即可，自無需進入交互詰問由兩造詰問之。

至於「證明非成罪事項存否之證人」應如何進行調查程序？本文認為，應由法院依職權命證人具結後，在其證明非成罪事項之範圍內訊問之，亦即，法院對於證明非成罪事項之證人，必須謹守其證明「非成罪事項」之界線，不得逾越此一界線而進入證明「成罪事項」之範圍，一旦非成罪事項之證人進入成罪事項訊問之程序時，勢必對當事人造成突襲，亦違反「嚴格調查證據程序」之原則。換言之，證明成罪事項存否之證人，僅得運用交互詰問之法定調查方法辯證、取得「成罪事實是否存在」之證詞，而證明非成罪事項存否之證人，則限於依職權訊問之法定調查方法獲得「非成罪事實是否存在」之證詞，二者所適用之調查證據程序完全不同，因此，將「成罪事項之證人」運用於「非成

確定刑罰權之有無及其範圍所實施之訴訟程序，褚劍鴻，《刑事訴訟法論（下冊）》，臺灣商務印書局，1999年9月修訂版第二刷，第483頁。

⁶⁹ 翁淑珮，〈刑事程序法上自由心證主義之研究〉，《中正大學法律研究所碩士論文》，民國97年6月，第81頁。

罪事項之依職權訊問程序」者，其調查程序即屬違法，自有刑事訴訟法第三百七十九條第十款事由之適用，基此所為之判決當然違背法令；至於將「非成罪事項之證人」運用於「成罪事項之交互詰問程序」者，由於交互詰問程序較職權訊問程序更為繁複，其調查證據之程序固屬合法，但卻產生浪費訴訟資源之結果⁷⁰。

捌、嚴格與一般調查證據程序區分之原則

法院依法定訴訟程序，調查證據資料，以發現判斷事實真相之證據的行為，稱為「調查證據」⁷¹。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⁷²。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及證據資格之辯證⁷³；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

程序上事項或其他事實（非犯罪事實）調查之過程。茲分述如下：

一、嚴格調查證據程序

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

⁷⁰ 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。

⁷¹ 褚劍鴻，《刑事訴訟法論（上冊）》，臺灣商務印書局，1999年8月修訂版第二刷，第250頁。

⁷² 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。至於「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資格爭議之調查—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95年12月，第139期，第252頁至第253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》，2006年3月9日，第1277期第二版。後者依本文所瞭解，應係目前各地方法院程序運作之實況。

⁷³ 除構成要件該當性、違法性、有責性外，應經嚴格調查證據程序者，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。此外，嚴格調查證據程序並應使當事人辯證證據資格始可。

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，上開二種犯罪類型，並不在此不在場證明可資適用之範疇內。

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對法院盡其說服責任；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，在於就追訴者所提出「成罪事項」之證據加以調查，追訴者除應分別就證據係任意性取得證據之「關連性」予以闡述外，就強制性取得證據之「關連性」及「正當性」，並應加以說明；其次，追訴者應就該證據可得證明之程度（即高度蓋然率）加以解釋，使被告知悉其攻擊防禦之方法，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，如積極證據不足證明犯罪事實時，被告之抗辯或反證縱屬虛偽，仍不能以此資為積極證據應予採信之理由⁷⁴。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。

二、一般調查證據程序

按「一般調查證據程序」則係用以調查關於成罪事項以外（即程序事項）之調查程序。所謂成罪事項者，係指用以證明「實體事項本身」及「與實體事項相關之證據資格」之事實。「一般調查證據程序」與學理上所謂「自由之證明」並不相同，亦即，依照通說所指「嚴格之證明」與「自由之證明」的區別，「嚴格之證明」係針對實體上之事項；而「自由之證明」則針對程序上之事項，申言之，通說認為，法院所應調查之待證事項，依其內容，有實體爭點及程序爭點之分；而其證明方法，亦有嚴格證明及自由證明之別。實體之爭點，因常涉及犯罪事實要件之該當性、有責性及違法性等實體法上事項，均與發見犯罪之真實有關，自應採取嚴格之證明，故其證據調查之方式及證據能力，均受法律所規範，適用直接審理原則；至程序爭點，既非認定有無犯罪之實體審判，而僅涉及訴訟要件之程序法上事項，自得採取自由之證明，其證據能力由法院審酌，並無直接審理原則之適用。又交互詰問制度設計之主要目的，在辯明供述證據之真偽，以發見實體之真實，此參刑事訴訟法第一百六十六條之立法理由甚明。故關於犯罪事實之調查，既攸關發現真實及保障人權，其證據因採用嚴格之證明，自應賦予當事人詰問權之行使，以保障其基本訴訟權。至非屬認定犯罪構成要件之事實，自僅以自由證明為已足，其證據調查程序不受嚴格限制⁷⁵。以自白之任意性為例，當被告對於自白之任意性有所爭執時，若許檢察官以自由之證明來證明被告之自白確係出於任意性，甚至，得因被告之同意而使任意性受到破壞之自白成為具有證據資格

⁷⁴ 最高法院九十六年臺上字第六八六五號刑事判決參照。

⁷⁵ 最高法院九十七年度臺抗字第二三四號刑事裁定及同院九十三年臺上字第二二五一號刑事判決參照。

之證據，則刑事訴訟法上對於自白之證據資格所施加之要求，勢必形同具文，其造成之後果，不言而喻⁷⁶。因此，本文認為，「嚴格證明」與「自由證明」之概念應予推翻，而以「一般證明程序」及「嚴格證明程序」取代之，「一般調查證據」之程序僅須就證明程序事項之部分（不包括證據資格）進行調查；至於「嚴格調查證據程序」除就實體事項應予調查外，並應使當事人對於「證據資格」透過法定調查方法予以辯證，此乃「一般調查證據程序」與「嚴格調查證據程序」不同之處，亦與通說所指「自由證明」之內涵迥異，亦即，「嚴格調查證據程序」乃是針對「取證是否違法（證據資格）與否及得否證明犯罪結構事實」之證據調查流程；而「一般調查證據程序」則是就「取證違法與否及得否證明犯罪結構事實以外之事項」進行調查之流程。

準此以觀，在「一般調查證據程序」中，就「供述證據」而言，其調查程序應予當事人對於該供述證據，宣讀或告以要旨；就「非供述證據」而言，其調查程序應提示或進行勘驗程序，均應使當事人對於該評價客體有辯證之機會。誠然，就「一般調查證據程序」而言，是否必須經過合法之調查程序？亦或

無須經過合法之調查程序？在學理上可能有不同之見解產生⁷⁷。本文認為，「一般調查證據程序」在概念上既然仍屬「程序」進行之一種，僅其程序進行之要求與「嚴格調查證據程序」不同，因此，在「一般調查程序」之過程中，仍然必須依照供述證據及非供述證據之特性，踐行合法之證據調查程序，並非意味「一般調查證據程序」之證據調查無須經過辯證、可不經由宣讀、告以要旨（供述證據）、提示或勘驗（非供述證據）之法定調查方法，即可由審判者依各該證據形成心證。申言之，欲證明成罪事項（及取證是否違法）以外事實之證據，應適用「一般調查證據程序」，「一般調查證據程序」仍屬於法定調查證據程序之一種，惟有踐行法定調查證據程序後，該證據始得作為判斷而作為非成罪事項是否存在之基礎。簡言之，「一般調查證據程序」之進行，係作為證明成罪事項以外之事實所建制之前置程序，惟有經過此種法定調查方法調查過之證據，始得作為評價之對象。

玖、結語

德國學者 Arthur Kaufmann 曾云：「法律概念的演繹是一個公開的圓圈中移動的：它

⁷⁶ 黃東熊，《刑事訴訟法研究》，自版，1999年10月第一版，第295頁。德國刑事訴訟法第一百三十六條a即規定：「被告或犯罪嫌疑人之意思決定及意思活動之自由，不得以虐待、疲勞轟炸或對身體加以侵害，亦不得使用藥物、施加痛苦、詐欺或催眠之方式進行侵害。僅限於得以刑事訴訟法所承認之強制方式為之。若依同法所定被認為係不被許可之處分進行脅迫或限制及法律上未被明定之利益者，亦應禁止之（第一項）。不容許侵害被告或犯罪嫌疑人之記憶力或觀察力之處分存在（第二項）。第一項及第二項之禁止情形，縱經被告或犯罪嫌疑人之同意者，亦應適用之。違反前開禁止而取得之供述，雖得被告或犯罪嫌疑人之同意，亦不得使用（第三項）」，渡辺修，《刑事手続の最前線》，三省堂，1966年5月10日初版第一刷，第207頁。

⁷⁷ 日本學者對於所謂「自由之證明」，在學理上分為三說，通說認為不必經合法之調查程序，少數說則分為二派，一派認為如當事人間對於其事實之存在與否有爭執時，即須經過合法之證據調查；另一派認為無論何種情形，均應經合法之證據調查，黃東熊，《刑事訴訟法研究》，自版，1999年10月第一版，第296頁至第297頁。

將繞道於法律價值以發現法律－法律價值對此要求發生效力－，但又只能再次考量到社會，以定義社會價值，法律是社會的結構成分，即使無法獲得一個不受法律影響的共同生活的概念，我們的演繹也不會因為此種循環推論而無價值：它將可以證明，法律現實性被劃分成兩個成分，先天的及後天的－每個這種成分只能經由考慮另一個成分才能加以定義」⁷⁸。本文嘗試以如此之角度，從價值判斷之層面重新詮釋刑事訴訟基本原則之應然，期透過此一分析，能對於我國刑事程序上證據原則之適用，有所助益。

參考文獻（依引用順序）

- 一、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》，民國94年7月號。
- 二、福井厚，〈刑事訴訟法講義〉，法律文化社，2004年3月10日第二版第二刷。
- 三、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。
- 四、王兆鵬，〈美國刑事訴訟法〉，元照出版社，2007年9月第二版第一刷。
- 五、酒卷匡，〈捜査に対する法的規律の構造（1）〉，《法学教室》，第二八三期，2004年4月號。
- 六、渡辺修，〈刑事手続の最前線〉，三省堂，1996年5月10日初版第一刷。
- 七、田口守一，〈刑事訴訟法〉，弘文堂，平成18年9月30日第四版補正版第三刷。
- 八、高田卓爾，〈刑事訴訟法〉，青林書院，1994年4月15日二訂版第三刷。
- 九、張麗卿，〈刑事訴訟法理論與運用〉，五南出版社，2003年9月第八版第二刷。
- 十、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201期。
- 十一、王兆鵬，〈當事人進行主義之刑事訴訟〉，自版，2002年10月初版第一刷。
- 十二、松尾浩也，〈刑事訴訟法Ⅱ〉，有斐閣，平成4年11月30日初版第一刷。
- 十三、高田卓爾、鈴木茂嗣編，新・《判例コンメンタール刑事訴訟法4》，三省堂，1995年9月10日初版第一刷。
- 十四、王兆鵬，〈開創自白法理的新紀元〉，《月旦法學雜誌》，2008年3月，第154期。
- 十五、陳運財，〈違法證據排除法則之回顧與展望〉，《月旦法學雜誌》，第113期，2004年10月。
- 十六、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，2000年10月初版第一刷。
- 十七、白取祐司，〈刑事訴訟法〉，日本評論社，2004年10月30日第三版第一刷。
- 十八、柯耀程，〈刑法「法律競合」問題思辯－法學方法的思考－（上）〉，《東海大學法學研究》，第15期，民國89年11月15日。
- 十九、柯耀程，〈刑事證據法爭議問題評

⁷⁸ 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，2001年5月初版第二刷，第9311頁。

- 釋》，中華民國律師公會全國聯合會演講資料，民國95年7月1日。
- 二十、陳宏毅，《刑事訴訟法理論與實務》，三民書局，民國90年9月再版。
- 二一、黃朝義，〈自由心證主義〉，《臺灣本土法學雜誌》，第59期，2004年6月。
- 二二、三井誠、酒卷匡，《入門刑事手続法》，有斐閣，2002年10月30日第三版第二刷。
- 二三、吳巡龍，〈交互詰問制度下品格證據的提出方式〉，《法學叢刊》，第49卷第1期，民國93年1月。
- 二四、吳巡龍，〈「相當理由」與「合理懷疑」之區別－兼評大法官會議釋字第533號解釋〉，《刑事法雜誌》，第46卷第4期，民國91年8月。
- 二五、陳志龍，〈刑事證據法則之檢討〉，《如何建立一套適合我國國情的刑事訴訟制度》，何賴傑等合著，學林出版社，2000年4月初版。
- 二六、ホセ・ヨンパルト，〈死列存廢論の論争点について－死刑廃止論と存置論の立場から－〉，《現代刑事法》，第3卷第5號，平成13年5月1日。
- 二七、柯耀程，〈刑法法律變更與事實變更概念的基本思考〉，《法學講座》，第11期，2002年11月。
- 二八、神田宏，〈量刑と予防〉，《現代刑事法》，第3卷第1號，平成13年1月1日。
- 二九、葉啟洲，〈證人審判外陳述之證據能力問題〉，《法學叢刊》，第47卷第4期，民國91年10月。
- 三十、陳運財，〈嚴格證明法則〉，《月旦法學教室》，2004年9月，第23期。
- 三一、土本武司，《刑事訴訟法要義》，有斐閣，平成10年5月30日初版第二刷。
- 三二、陳志龍，〈刑事證據法之體系〉，《當代刑事法學之理論與發展》，王兆鵬等合著，學林出版社，2002年9月初版。
- 三三、庭山英雄、岡部泰昌，《刑事訴訟法》，青林書院，2006年7月10日第三版第一刷。
- 三四、王兆鵬，《一事不再理》，元照出版社，2008年4月初版第一刷。
- 三五、蔡秋明，〈舉證責任－兼論刑事被告之地位及其舉證義務〉，《臺灣本土法學雜誌》，第55期，2004年2月。
- 三六、黃朝義，〈舉證責任與證據調查〉，《臺灣本土法學雜誌》，第42期，2003年1月。
- 三七、安富潔，演習講義《刑事訴訟法》，法學書院，1994年9月5日初版第三刷。
- 三八、田宮裕，《刑事訴訟法》，有斐閣，2004年2月29日新版第十五刷。
- 三九、鈴木茂嗣，《刑事訴訟法》，青林書院，1999年3月10日改訂版第八刷。
- 四十、吳巡龍，《刑事訴訟與證據法實務》，新學林出版社，2006年11月初版。
- 四一、施慶堂，〈檢察官專責全程到庭實行公訴不等於交互詰問〉，《全國律師雜誌》，民國91年1月號。
- 四二、康順興，〈偵查與正當法律程序原則〉，《刑事法雜誌》，第45卷第3期，民國90年6月。
- 四三、田宮裕，《変革のなかの刑事法》，有斐閣，2000年2月10日初版第一

- 刷。
- 四四、渥美東洋，《刑事訴訟法》，有斐閣，2004年3月30日新版補訂第二刷。
- 四五、坂本武志，《刑事訴訟法》，酒井書店，1999年3月25日初版第二刷。
- 四六、蔡墩銘，《刑事證據法論》，五南出版社，民國88年5月初版第二刷。
- 四七、林俊益，〈科刑辯論〉，《月旦法學教室》，2005年1月，第27期。
- 四八、池田修、前田雅英，《刑事訴訟法講義》，東京大學出版會，2006年6月20日第二版第一刷。
- 四九、陳祐治，〈刑事訴訟與證據法系列之二－證據之關聯性（relevancy）〉，《法令月刊》，第59卷第3期，2008年3月。
- 五十、褚劍鴻，《刑事訴訟法論（下冊）》，臺灣商務印書局，1999年9月修訂版第二刷。
- 五一、翁淑珮，〈刑事程序法上自由心證主義之研究〉，《中正大學法律研究所碩士論文》，民國97年6月。
- 五二、褚劍鴻，《刑事訴訟法論（上冊）》，臺灣商務印書局，1999年8月修訂版第二刷。
- 五三、林俊益，〈論準備程序有關證據資格爭議之調查－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95年12月，第139期。
- 五四、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》，2006年3月9日，第1277期。
- 五五、黃東熊，《刑事訴訟法研究》，自版，1999年10月第一版。
- 五六、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，2001年5月初版第二刷。