

東海大學法律學研究所

碩士論文

指導教授：陳運財 博士

論刑事證據能力有無之證明活動

The Burden of Proof for the Admissibility  
of Criminal Evidence

研究生：吳政憲

中華民國一〇二年七月

## 摘要

在我國實務上，證據能力有無的一直爭議不斷、屢見不鮮，惟現行法制卻無完善之規範，可資因應，常常造成下級審法官及當事人無所適從的窘態，是以，有必要徹底加以釐清。

本文研究發現，就證明負擔之歸屬而言，實務運作立場似乎仍沿襲過去職權調查之作法，不因修法走向當事人進行的訴訟結構而有所改變。其次，在證明方法之層次，基本上認為以「自由證明」之方式即可。至於，證明之程度，除自白任意性之證明係明確要求證明至「確信」的程度外，其餘皆以「優越性」或「大致相信」（即「釋明」）之程度，即為已足。

本文以為，關於證明負擔之決定，應立基於證明負擔之公平性的觀點出發，由提出並聲請調查該項證據者，負擔證明責任。再者，有關證明方法，原則上以自由證明為已足，惟須特別注意的是，對被告之防禦權益與真實發現有重大影響之證據，則仍應踐行一定正當的調查程序，較為妥適。最後，有關證明之程度，則應視待證事項與犯罪事實之存在與否有無重要關係，以及當事人有無提出證據證明之可能，做個別之判斷。準此，本文擬依前揭標準依序檢驗分析我國實務（特別是最高法院）在處理「自白任意性」、「違法證據排除」及「傳聞例外要件『可信性』」之證明等各別問題時所持見解、運作模式是否合理、妥適，並且嘗試提出建議，俾供現行實務運作及將來立法上之參考。

## 關鍵詞

刑事證據能力、自白任意性法則、違法證據排除法則、傳聞法則、被告形成爭點之必要、證明負擔、證明方法、證明程度

## 謝辭

光陰荏苒、歲月如梭。四年研究所的時光也將在完成謝辭之際，畫下休止符。寫作的路上要感謝的人很多，首要感謝者，是我的指導教授，陳運財老師，總是無微不至、傾囊相授的協助我完成論文，深深覺得能跟老師學習刑訴是很幸運的事。其次，感謝黃朝義教授與何賴傑教授不辭辛勞的來擔任口試委員，除了提供寶貴意見使論文更臻完善外，幽默風趣的作風讓我口試時毫無壓力，衷心感謝兩位老師。另外，感謝我的論文精神導師，許曉芬老師，使我有信心能夠完成論文，還有常常跟我聊天聊很久的伍開遠老師及教我們寫作的林恩璋老師，謝謝您們。

再者，要感謝系辦耀州學長、美蘭學姐從旁予以大力協助，以及幫我訂書的鐘範助教；無私分享論文經驗的易芬學姊；關心我考試的讚鵬、有朋學長；研所幫我很多的耀樑、旻憲學長；一同擔任刑訴助教的大波、旻輔學長；一起做司法智識庫的永瑞學長、曉薔、妍婷、宗安；翻譯文獻的小廖；教我 westlaw 的嘉彥；領我重訓的高中同窗宏哲；一同準備國考的偉成、晨貿、佳佑學長；一起走過研究所生涯的嘉微、鈴育、韋仁、于禎、國仁、懋銓等；曾在紅土場上並肩奮戰的博維、介文、仁宏等系壘夥伴們；以及大學好友侑嶧、智瑋、直屬學弟妹鑽穎、以晨、童童、秉勳；還有我曾教過的助教課同學們。在我求學的路上能認識你們，有你們的幫助與陪伴，真的很幸運。

最後，謝謝我生命中的貴人俞均、美慧阿姨、鴻謀叔叔，還有可愛的大妹小妹，一直對我很好，視如己出。我要特別感謝我的家人，辛勤養育我的爸爸、媽媽、一起聊天吃喝玩樂長大的冠臻與政毅，你們總是給我滿滿的關懷與付出，支持我的決定並給我最大的支援，謝謝你們。

東海大學圖書館

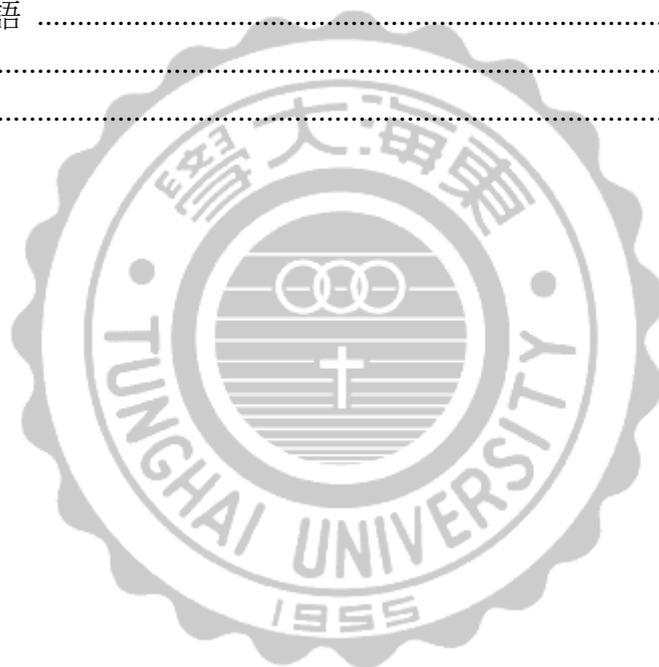
2013年8月13日

# 簡目

第一章 緒論 .....	1
第一節 研究背景與問題 .....	1
第二節 研究動機與目的 .....	2
第三節 研究範圍與方法 .....	3
第四節 各章摘要與架構 .....	5
第一項 各章之摘要 .....	5
第二項 各章節之架構 .....	7
第二章 刑事證明活動之證據法則概述 .....	9
第一節 我國刑事訴訟證據法之體系架構 .....	9
第一項 無罪推定原則與證據裁判主義 .....	9
第二項 證據能力 .....	11
第三項 證明力之評價 .....	12
第四項 第 161 條第 1 項之意涵 .....	13
第二節 犯罪事實之證明 .....	15
第一項 證明負擔之歸屬 .....	15
第二項 檢察官舉證責任與法院職權調查 .....	21
第三項 證明方法 .....	28
第四項 證明程度 .....	29
第三節 證據能力有無之證明 .....	31
第一項 證明負擔之歸屬 .....	31
第二項 證明方法 .....	35
第三項 證明程度 .....	37
第四節 結語 .....	38
第三章 自白任意性之證明 .....	41
第一節 自白法則 .....	41
第一項 自白之意義 .....	41
第二項 自白法則之沿革與理論根據 .....	42
第三項 不正方法之類型 .....	44
第四項 非任意性自白之要件與法律效果 .....	58
第五項 自白任意性之調查程序 .....	61
第二節 證明負擔之歸屬 .....	62
第一項 基本觀察 .....	62
第二項 實務立場 .....	65
第三項 學說見解 .....	70
第四項 本文評析 .....	71

第三節 證明方法 .....	72
第一項 基本觀察 .....	72
第二項 實務立場 .....	76
第三項 學說見解 .....	77
第四項 本文評析 .....	79
第四節 證明程度 .....	80
第一項 基本觀察 .....	80
第二項 實務立場 .....	81
第三項 學說見解 .....	82
第四項 本文評析 .....	84
第五節 結語 .....	85
<b>第四章 違法證據排除之證明 .....</b>	<b>87</b>
第一節 違法證據排除法則 .....	87
第一項 違法證據排除法則之論據 .....	87
第二項 違法證據排除法則在刑事訴訟法上之依據 .....	90
第二節 證明負擔之歸屬 .....	95
第一項 基本觀察 .....	95
第二項 實務立場 .....	97
第三項 學說見解 .....	101
第四項 本文評析 .....	103
第三節 證明方法 .....	106
第一項 基本觀察 .....	106
第二項 實務立場 .....	108
第三項 學說見解 .....	109
第四項 本文評析 .....	110
第四節 證明程度 .....	111
第一項 基本觀察 .....	111
第二項 實務立場 .....	112
第三項 學說見解 .....	114
第四項 本文評析 .....	115
第五節 結語 .....	116
<b>第五章 傳聞例外要件可信性之證明 .....</b>	<b>119</b>
第一節 排除傳聞證據之論據與傳聞法則之例外 .....	119
第一項 排除傳聞證據之論據 .....	119
第二項 傳聞法則之例外規定 .....	120
第二節 證明負擔之歸屬 .....	127
第一項 基本觀察 .....	127
第二項 實務立場 .....	138

第三項 學說見解 .....	147
第四項 本文評析 .....	149
第三節 證明方法 .....	154
第一項 基本觀察 .....	154
第二項 實務立場 .....	155
第三項 學說見解 .....	157
第四項 本文評析 .....	158
第四節 證明程度 .....	160
第一項 基本觀察 .....	160
第二項 實務立場 .....	161
第三項 學說見解 .....	162
第四項 本文評析 .....	163
第五節 結語 .....	164
第六章 結論 .....	166
參考文獻 .....	171



## 表目錄

【表 1：實務上被告非任意性自白之抗辯類型數量】 .....	44
【表 2：非任意性自白之其他不正方法之類型統計】 .....	45
【表 3：自白任意性之證明負擔歸屬的判決數量統計】 .....	64
【表 4：最高法院所認同事實審法院就自白任意性抗辯所為之調查方式】 .....	74
【表 5：違法證據排除之證明負擔歸屬的判決數量統計】 .....	96
【表 6：實務上針對違法證據排除爭議所進行之調查方式】 .....	107
【表 7：在檢察官面前所為之陳述之證明負擔歸屬的判決數量統計】 .....	129
【表 8：審判外不一致陳述之證明負擔歸屬的判決數量統計】 .....	132
【表 9：在司法警察人員面前所為之陳述筆錄之證明負擔歸屬的判決數量統計】 .....	134
.....	
【表 10：特信性文書之證明負擔歸屬的判決數量統計】 .....	136

## 圖目錄

【圖 1：各章節之架構】 .....	8
【圖 2：我國刑事訴訟證據法則之體系圖】 .....	15
【圖 3：嚴格證明示意圖】 .....	29
【圖 4：自白任意性之證明負擔歸屬的百分比】 .....	64
【圖 5：違法證據排除之證明負擔歸屬的百分比】 .....	97
【圖 6：在檢察官面前所為之陳述之證明負擔歸屬的百分比】 .....	131
【圖 7：審判外不一致陳述之證明負擔歸屬的百分比】 .....	133
【圖 8：在司法警察人員面前所為之陳述筆錄之證明負擔歸屬的百分比】 .....	135
【圖 9：公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書之證明負擔歸屬的百分比】 .....	137
.....	
【圖 10：從事業務之人於業務上或通常業務過程所須製作之紀錄文書、證明文書之證明負擔歸屬的百分比】 .....	137
【圖 11：其他於可信之特別情況下所製作之文書之證明負擔歸屬的百分比】 .....	138

# 詳目

第一章 緒論 .....	1
第一節 研究背景與問題 .....	1
第二節 研究動機與目的 .....	2
第三節 研究範圍與方法 .....	3
第四節 各章摘要與架構 .....	5
第一項 各章之摘要 .....	5
第二項 各章節之架構 .....	7
第二章 刑事證明活動之證據法則概述 .....	9
第一節 我國刑事訴訟證據法之體系架構 .....	9
第一項 無罪推定原則與證據裁判主義 .....	9
第一款 無罪推定原則 .....	9
第二款 證據裁判主義 .....	10
第二項 證據能力 .....	11
第一款 自然的關連性 .....	11
第二款 法律的關連性 .....	12
第三項 證明力之評價 .....	12
第四項 第 161 條第 1 項之意涵 .....	13
第二節 犯罪事實之證明 .....	15
第一項 證明負擔之歸屬 .....	15
第一款 檢察官之實質舉證責任 .....	15
第二款 舉證責任之適用範圍 .....	16
第三款 舉證證明之必要 .....	20
第二項 檢察官舉證責任與法院職權調查 .....	21
第一款 法院得依職權調查證據 .....	21
第二款 法院應依職權調查事項 .....	23
第三款 第 161 條第 1 項與第 163 條第 2 項但書之矛盾 .....	26
第四款 第 379 條第 10 款之適用 .....	27
第三項 證明方法 .....	28
第四項 證明程度 .....	29
第三節 證據能力有無之證明 .....	31
第一項 證明負擔之歸屬 .....	31
第一款 應由誰負證明負擔 .....	31
第二款 與檢察官實質舉證責任之關係 .....	32
第三款 被告形成爭點之必要 .....	33
第四款 與法院職權調查之關係 .....	35

第二項 證明方法 .....	35
第三項 證明程度 .....	37
第四節 結語 .....	38
<b>第三章 自白任意性之證明 .....</b>	<b>41</b>
第一節 自白法則 .....	41
第一項 自白之意義 .....	41
第二項 自白法則之沿革與理論根據 .....	42
第三項 不正方法之類型 .....	44
第一款 基本觀察 .....	44
第二款 實務上常見之自白抗辯態樣 .....	46
第三款 本文評析 .....	55
第四項 非任意性自白之要件與法律效果 .....	58
第一款 不正方法與自白之間應具有因果關係 .....	58
第二款 衍生之效力 .....	59
第三款 非任意性自白之法律效果 .....	60
第五項 自白任意性之調查程序 .....	61
第二節 證明負擔之歸屬 .....	62
第一項 基本觀察 .....	62
第二項 實務立場 .....	65
第一款 肯認由檢察官舉證證明自白係出於任意性 .....	65
第二款 屬於法院職權調查之事項 .....	67
第三款 主張應由被告自行證明自白不具任意性 .....	69
第三項 學說見解 .....	70
第四項 本文評析 .....	71
第三節 證明方法 .....	72
第一項 基本觀察 .....	72
第二項 實務立場 .....	76
第三項 學說見解 .....	77
第一款 嚴格證明 .....	77
第二款 自由證明 .....	78
第四項 本文評析 .....	79
第四節 證明程度 .....	80
第一項 基本觀察 .....	80
第二項 實務立場 .....	81
第三項 學說見解 .....	82
第一款 確信 .....	82
第二款 優越性 .....	83
第三款 釋明 .....	84

第四項 本文評析 .....	84
第五節 結語 .....	85
<b>第四章 違法證據排除之證明 .....</b>	<b>87</b>
第一節 違法證據排除法則 .....	87
第一項 違法證據排除法則之論據 .....	87
第一款 刑事訴訟之目的論 .....	87
第二款 憲法正當之法律程序論 .....	88
第二項 違法證據排除法則在刑事訴訟法上之依據 .....	90
第一款 違反法定程序之自白排除 .....	90
第二款 違法搜索扣押證據之排除 .....	91
第三款 權衡理論 .....	93
第二節 證明負擔之歸屬 .....	95
第一項 基本觀察 .....	95
第二項 實務立場 .....	97
第一款 肯認由檢察官舉證證明者 .....	97
第二款 認為屬於法院應依職權調查事項者 .....	99
第三項 學說見解 .....	101
第四項 本文評析 .....	103
第三節 證明方法 .....	106
第一項 基本觀察 .....	106
第二項 實務立場 .....	108
第三項 學說見解 .....	109
第四項 本文評析 .....	110
第四節 證明程度 .....	111
第一項 基本觀察 .....	111
第二項 實務立場 .....	112
第三項 學說見解 .....	114
第一款 確信 .....	114
第二款 優越性 .....	114
第四項 本文評析 .....	115
第五節 結語 .....	116
<b>第五章 傳聞例外要件可信性之證明 .....</b>	<b>119</b>
第一節 排除傳聞證據之論據與傳聞法則之例外 .....	119
第一項 排除傳聞證據之論據 .....	119
第二項 傳聞法則之例外規定 .....	120
第一款 在檢察官面前所為之陳述 .....	121
第二款 審判外不一致陳述 .....	122
第三款 在司法警察人員面前所為之陳述筆錄 .....	124

第四款 特信性文書 .....	125
第二節 證明負擔之歸屬 .....	127
第一項 基本觀察 .....	127
第一款 在檢察官面前所為之陳述 .....	127
第二款 審判外不一致陳述 .....	131
第三款 在司法警察人員面前所為之陳述筆錄 .....	134
第四款 特信性文書 .....	135
第二項 實務立場 .....	138
第一款 在檢察官面前所為之陳述 .....	138
第二款 審判外不一致陳述 .....	141
第三款 在司法警察人員面前所為之陳述筆錄 .....	143
第四款 特信性文書 .....	144
第三項 學說見解 .....	147
第四項 本文評析 .....	149
第一款 在檢察官面前所為之陳述 .....	150
第二款 審判外不一致陳述 .....	151
第三款 在司法警察人員面前所為之陳述筆錄 .....	152
第四款 特信性文書 .....	153
第三節 證明方法 .....	154
第一項 基本觀察 .....	154
第二項 實務立場 .....	155
第三項 學說見解 .....	157
第四項 本文評析 .....	158
第四節 證明程度 .....	160
第一項 基本觀察 .....	160
第二項 實務立場 .....	161
第三項 學說見解 .....	162
第四項 本文評析 .....	163
第五節 結語 .....	164
第六章 結論 .....	166
參考文獻 .....	171

# 第一章 緒論

## 第一節 研究背景與問題

刑事證據能力有無之爭議<sup>1</sup>，在我國司法實務上層出不窮，並且往往左右著判決結果，其重要性，不言可喻。茲舉數例說明之，首先，就自白是否具有任意性之爭議，纏訟將近二十年的「蘇建和案」即為顯例。其次，實務上亦常見被告抗辯證據不符傳聞例外要件「可信之特別情況」（下稱「可信性」），而無證據能力之情形，如在眾所矚目的「扁案」中，前總統陳水扁先生的委任律師主張，李界木、馬永成、辜仲諒等人的證詞都不具有證據能力，不具備認定犯罪事實之資格，尤其是李界木的訊問筆錄是在特偵組檢察官脅迫、利誘下所為<sup>2</sup>。律師甚至要求當庭勘驗李界木的偵訊光碟，以證明偵訊筆錄無可信性<sup>3</sup>。另外，在「馬英九總統特別費案」中，有無證據能力亦是檢辯雙方攻防重點所在，檢察官上訴理由指出，原判決認「行政院 95 年 11 月 29 日第 3017 次會議記錄、行政院主計處及法務部於該日院會之報告內容，屬刑事訴訟法第 159 條之 4 第 1 款之文書，有證據能力」及「法務部 95 年 11 月 29 日『法務部就有關首長特別費之法律諮商意見』，屬同法第 159 條之 4 第 3 款之文書，有證據能力」，係違反傳聞法則，而有判決適用法則不當之違法（台灣高等法院 96 年度矚上重訴字第 84 號判決參照）<sup>4</sup>。由是觀之，證據能力有無之爭議，至今仍屢見不鮮，爭辯不斷，惟我國現行法制仍未臻完善，常常造成實務運作標準不一及當事人莫衷一是之窘境。

民國 91 年 2 月 8 日修正公布刑事訴訟法第 161 條第 1 項及第 163 條等規定之後<sup>5</sup>，就訴訟構造上而言，係由職權調查原則調整至所謂改良式當事人進行原

<sup>1</sup> 本文研究之主要議題為「刑事證據能力有無之證明活動」，是以，除有特別說明外，原則上本文以下所使用之「證據能力」一詞，即代表「刑事程序的證據能力」之意涵。

<sup>2</sup> 中廣新聞，二審扁出庭 律師：李界木證詞無證據能力，<http://www.haixiainfo.com.tw/print80893.html>，最後瀏覽日 2013 年 3 月 9 日。

<sup>3</sup> Now news 今日新聞，扁案開庭／律師要求提示證據給扁看 蔡守訓不悅回絕，<http://www.nownews.com/2009/03/10/138-2420018.htm>，最後瀏覽日 2013 年 3 月 9 日。

<sup>4</sup> 法源法律網，前北市長特別費二審無罪，高檢署決定上訴，<http://www.lawbank.com.tw/news/NewsContent.aspx?NID=55893.00>，最後瀏覽日 2013 年 3 月 9 日。

<sup>5</sup> 本文所引用之條文，若無特別指明法典名稱者，原則上皆為我國現行刑事訴訟法上之條文。職是，在援引條文時，「刑事訴訟法」等字便予以省略。

則，而在法制層面上，可謂產生了重大的質變<sup>6</sup>。例如該次修法明文規範檢察官的舉證責任，另應就被告犯罪事實，指出其證明之方法，以說服法官，藉此督促檢察官善盡實行公訴之職責；另一方面，則限縮法院職權調查證據之範圍，以避免法院與檢察官在法庭活動上角色混淆不清。申言之，修法後，刑事審判明顯的變革為，基於無罪推定及當事人進行原則，檢察官對於起訴之犯罪事實，應負提出證據及說服法院之實質舉證責任。倘檢察官所提出之證據，不足為被告有罪之積極證明，或其指出證明之方法，無從說服法院以形成被告有罪之心證，而犯罪事實仍陷真偽不明時，法院自應諭知被告無罪判決。刑事妥速審判法第 6 條規定<sup>7</sup>，再次重申無罪推定原則之重要性。法院僅在當事人主導證據調查結束後，仍無法發見真實時，始斟酌個案並裁量是否依職權為補充性的調查。

關於刑事證明負擔的適用範圍，大致上可分為實體法上事實與程序法上事實<sup>8</sup>。本文主要研究對象為後者，並且擬聚焦於證據能力有無之證明問題，此乃因目前最高法院對於此項證明活動的相關問題，諸如證明負擔之歸屬？其證明方法為何？又須達何等程度之證明？各庭之間在認知及操作上仍處於分歧狀態，尚無定論，也因此突顯此項課題研究之重要性。

## 第二節 研究動機與目的

引發本文研究動機在於證據能力有無之證明的爭議問題，長久以來，一直受到忽視。相較於強制處分、傳聞證據及救濟程序等重要領域，顯得微不足道。然

<sup>6</sup> 該次修法一共修訂了 15 個條文，依序是：第 61、131、161、163、177、178、218、253、255～260 及 326 條，並且增訂第 253 條之 1～253 條之 3、256 條之 1、258 條之 1～258 條之 4 及 259 條之 1 等 9 個條文。由此可知，民國 91 年的修法，於我國刑事訴訟發展史上，可謂是重要的轉折點，自此我國刑事訴訟結構轉往當事人主義的方向前進。惟到目前為止，我國刑事審判結構還稱不上是完全的當事人進行原則。蓋我國於修法後仍保留卷證併送的起訴程式（§264Ⅲ）、公訴不可分原則（§267）及容許法院職權變更檢察官起訴之規定（§300）等。參照陳運財，「刑事訴訟新制之檢討與再造」與談書面資料，法官協會雜誌，第 9 卷 2 期，2007 年 12 月，頁 146-147。

<sup>7</sup> 刑事妥速審判法第 6 條規定：「檢察官對於起訴之犯罪事實，應負提出證據及說服之實質舉證責任。倘其所提出之證據，不足為被告有罪之積極證明，或其指出證明之方法，無法說服法院以形成被告有罪之心證者，應貫徹無罪推定原則。」

<sup>8</sup> 有關實體法上事實的證明課題，約略包含：檢察官實質舉證責任之內涵及其與法院職權調查義務之間的界線問題、被告不在場抗辯、阻卻違法事由之證明（正當防衛）及阻卻責任事由之證明（精神障礙）等。

而，其攸關著刑事審判證據調查的明確性與安定性，理應受到重視，試想最高法院各庭之間在此議題上，各說各話，無法建立共識，對事實審在運作證據調查程序上，勢必造成無所適從的窘境。更甚者，當事人可能因此項證明活動的判斷標準不明或不當，而須承擔不利益的後果，進而引發當事人對判決理由的信任危機、產生人民對司法的不信任，如此絕非人民之福。

舉例言之，若檢察官主張使用第 159 條之 1 第 2 項之訊問筆錄，惟被告主張其屬於傳聞證據而不具有證據能力時，則究竟應由聲請調查傳聞陳述之檢察官證明該筆錄具有可信之情況保障、或者應由異議之被告證明該筆錄具有顯不可信之情況，抑或根本為法院應依職權調查之事項？就此，最高法院的立場約略可分為 4 種見解：其一，應由檢察官負舉證責任。其二，屬於法院應依職權調查之事項。其三，應由異議者負擔證明責任。其四，應由提出異議者釋明之。由此觀之，最高法院對於該項傳聞例外要件之證明，仍無統一之見解。除此之外，尚有其他證據能力有無之爭議類型，諸如第 158 條之 2、第 158 條之 4、第 159 條之 2、第 159 條之 3 及第 159 條之 4 等，亦有必要加以探討並徹底釐清。

古羅馬法諺有云：「舉證之所在，敗訴之所在。」由此可見，證明負擔對於訴訟結果具有關鍵性的影響。有鑑於此，本文撰寫目的在於，希冀先透過整理分析最高法院的判決，嘗試從中歸納出最高法院關於決定證明負擔之標準、證明方法及證明程度之立場，並且揉合國內外相關學說見解後，嘗試擬出一套較符合公平審判、證明負擔之公平性原則及當事人主導證據調查之修法意旨的證明標準及其操作模式，俾使負擔證明責任者，有明確的規則可資依循，進而達到訴訟程序安穩之作用。

### 第三節 研究範圍與方法

礙於證明活動之問題繁雜且艱難，本文研究範圍限縮於，論證分析證據能力有無之證明活動，例如「自白任意性」、「違法證據排除」及「傳聞例外要件」可

信性』等，而不涉及實體法上事實的證明。關於研究素材方面，本文主要是以最高法院的判決為研究對象，蓋我國最高法院的見解某種程度具有拘束下級審的功能，誠值重視。若下級審之相關見解或是修法前之重要判決，本文亦加以收錄，附此敘明。

至於，研究方法上，本文主要是以實證研究及文獻比較分析的方式為主，茲分述如下：

第一、法律實證研究 (Empirical Legal Studies)：美國聯邦前最高法院大法官 Oliver Wendell Holmes 有云：「法律的生命在於經驗，而非在於邏輯。」緣民國 92 年修法至今，近乎十年，最高法院迄今在刑事證明活動之領域，已累積不少有關證據能力有無之證明的判決，此對於證明負擔之歸屬、證明方法及證明程度等問題之澄清，具有重要參考價值。準此，本文擬以實證研究的方式，透過長期的觀察最高法院相關裁判<sup>9</sup>，再從中分析實務運作的問題特徵，並耙梳整理其論證理由，俾提供寶貴的實證資料，以徹底釐清相關爭議問題。職是，本文擬先以涉及證據能力有無之關鍵詞為全文檢索語詞，大量蒐尋民國 92 年新法施行以後至 102 年 3 月 31 日的最高法院判決後<sup>10</sup>，再進行過濾並分析歸納。並將所收集的相關判決加以類型化、數據化及製成圖表，冀望能藉此釐清最高法院就此項證明活動的基本立場與操作模式。

第二、文獻比較分析：本文研究素材主要取自於國內最高法院的相關判決，惟最高法院在現行法制仍未完善等因素下，其見解不免有未臻完備之處。然而，他山之石，可以攻錯，爰廣泛地參考國內外學者相關文獻，期盼能藉此幫助爭議問題之釐清並有更多元且妥適的見解。

---

<sup>9</sup> 本文所援引的裁判，除另有註明者外，原則上皆源自於司法院法學資料檢索系統，<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>。有必要說明的是，由於最高法院裁判資料係於評決後一個月方提供查詢，職是，可能有少數判決不在本文搜尋範圍之內，敬請見諒。

<sup>10</sup> 第 156 條第 3 項及第 159 條之規定係於民國 92 年 2 月 6 日修正公布並且增訂第 158 條之 2~158 之 4 及第 159 條之 1~159 條之 4，並於同年 9 月 1 日施行。

## 第四節 各章摘要與架構

本文研究架構除本章緒論外，大抵上可分為三大部分：其一，就我國證據法的基本概念先為一概要性及總論性的介紹，例如第二章的刑事證明活動之證據法則概述。其二，針對證據能力有無之各個議題分別進行深討，依序為：第三章「自白任意性之證明」、第四章「違法證據排除之證明」及第五章「傳聞例外要件『可信性』之證明」。其三，於第六章提出本文的研究發現與建議，俾供我國現行刑事審判運作上或未來立法上之參考。

### 第一項 各章之摘要

第一章，緒論是從研究之「背景與問題」、「動機與目的」、「範圍與方法」及「摘要與架構」等面向進行論述。詳言之，證據能力有無之證明活動對於被告刑罰權是否存在，往往扮演著關鍵性地角色，不可不慎。然而，觀諸我國現行法制就此項議題之規定仍未見周全，僅就「自白任意性」設有證明負擔之歸屬及調查順序之規範。至於，「違法證據排除」與「傳聞例外要件『可信性』」之證明，則未有明文規定。惟此項立法缺漏卻常常造成下級審法官與人民無所適從的窘態，有徹底釐清之必要。

第二章，主要在分析我國刑事程序上「犯罪事實之證明」與「證據能力有無之證明」的差異。大抵上，前者於第 161 條及第 163 條修正後，已有明文規範，適用上較無爭議。後者即便於修法後，仍有諸多問題有待澄清。關此，本文基本上認為，於證明負擔之歸屬問題上，應立基於舉證證明公平性之觀點出發，由提出並聲請調查該項證據者，負擔證明活動。理論上，使用該項證據者，對於證據之取得來源過程，相較於提出異議之他造而言，知之甚稔，責由其舉證較無困難之處。其次，關於證明的方法，基本上無涉實體犯罪事實本身之認定，原則上無庸採取嚴格證明之方式，而以自由證明即為已足。雖然不以合法調查程序為必要，惟如對被告之防禦權益有重大影響之證據，其證據能力有無之調查仍應踐行正當

之調查程序，較為妥適。最後，就證明之程度而言，仍應視其與犯罪事實之存在與否有無重要關係，以及當事人有無提出證據證明之可能，做個別之判斷，而非以「嚴格證明須達確信程度始足當之」、「自由證明以釋明程度即為已足」的二分模式，一概而論。

第三章，有關自白任意性之證明活動。第 156 條第 3 項於修法後已明文規定「該自白如係經檢察官提出者，法院應命檢察官就自白係出於自由意志，指出證明之方法。」惟本文研究發現修法後，並非所有最高法院判決皆依此標準來決定證明負擔，實際上仍有 14.28% 的判決認為屬於法院應依職權調查之事項；5.71% 判決認為應由被告自行負擔證明。至於，證明方法上，僅有 1 筆最高法院 94 年度台上字第 275 號判決指出，以「自由證明」之方式即可。另有 3 筆判決指摘須證明至使法院達到「確信」之程度，始為適法。關此，本文以為，仍應踐行一定正當之調查程序，較為合理。職是，除要求檢察官提出相關筆錄、錄音、錄影等資料外，並應搭配聲請傳喚調查當時在場之辯護人或第三人等到庭作證，始可謂已盡其指出證明方法之義務。最後，就證明程度而言，應要求檢察官證明至使法院達到「確信」被告自白係出於任意所為之程度，始為妥適。

第四章，主要在探討違法證據排除之證明活動。首先，在決定證明負擔之問題上，最高法院有近八成（77.77%）的判決認為，應由法院依職權調查。其次，本文研究發現僅有少數的下級審法院認為透過「自由證明」之方法，並且僅須證明至使法院產生「大致相信」之程度即為已足。關此，最高法院並未有相關判決表示見解，特予指明。惟本文認為，我國實務此等運作方式與證明負擔之公平性原則及嚇阻偵查機關將來違法偵查之立法政策有違，並且由法院逕依職權調查，難免令人產生法院會因綜合其他證據取捨之心證立場，或者因其他證據證明力的判斷問題，導致影響作為判斷證據能力有無之前提事實認定的疑慮。職是，本文建議應導正由使用該項證據者（檢察官或自訴人）負擔證明責任，並踐行正當之調查程序後，說服法院至「優越性」之程度的作法，方為正辦。

第五章，關於傳聞例外要件「可信性」之證明活動，最高法院針對第 159 條之 2、第 159 條之 3、第 159 條之 4 第 1 款、第 2 款及第 3 款的例外要件「可信性」之證明時，大多肯認由法院依職權的調查方式為之。就此，本文以為應導正由使用該項證據者負擔證明，較為妥適，例如最高法院有 52.17% 的判決主張應由檢察官就第 159 條之 1 第 2 項「可信性」之要件負舉證責任。其次，證明方法上，最高法院大多數的判決認為以「自由證明」之方法即為已足。然而，如對被告防禦權益與真實發現有重大影響之證據，則仍應合乎一定正當的調查程序，較為妥適。最後，證明程度上，由於傳聞例外要件之證明，本身與犯罪事實之存在與否並無直接重要關係，是以無庸要求證明到確信之程度不可，而以證明至優越性之程度即可。

第六章，本章主要是將第 2 章到第 5 章的研究發現做統整歸納，並嘗試就我國現行法制未完備之處提出本文建議，俾供現行實務運作上之參考，或是將來修法之需參照之用。

## 第二項 各章節之架構

【圖 1：各章節之架構】



資料來源：本文自行製作

## 第二章 刑事證明活動之證據法則概述

鑒於我國刑事訴訟證據法則之體系架構，實務與學理之間仍未有一致之見解，是以在正式進入證據能力各論探討之前，有必要於第一節就證據法則之體系架構先予釐清。雖然證據能力有無之證明活動性質上與被告犯罪事實之證明有別，惟在體系上仍應有一體性的作法，較為合理。職是，在本章中，擬於第二節論述犯罪事實之證明。其次，於第三節就證據能力之證明活動的「證明負擔之歸屬」、「證明方法」及「證明程度」等相關問題提出一般性的判斷標準，以檢視第三章以下各論之相關問題。

### 第一節 我國刑事訴訟證據法之體系架構

#### 第一項 無罪推定原則與證據裁判主義

我國刑事訴訟法總則篇第 12 章第 1 節證據通則中，首先揭示無罪推定原則、證據裁判主義及自由心證主義。此等原則支配、影響了整部刑事證據法，具有舉足輕重的地位，爰扼要說明如下：

#### 第一款 無罪推定原則

無罪推定原則，係指被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪，第 154 條第 1 項載有明文。此項原則已為國際公認的人權保障原則，謂之放諸四海皆準的普世價值，亦不為過<sup>11</sup>。我國幾號大法官解釋中，同樣肯認此原則為我國憲法

<sup>11</sup> 聯合國大會於西元（下同）1948 年 12 月 10 日通過世界人權宣言於第 11 條第 1 項明白宣示：「凡受刑事控告者，在未經獲得辯護上所需的一切保證的公開審判而依法證實有罪以前，有權被視為無罪。」原文：「Everyone charged with a penal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has had all the guarantees necessary for his defence.」，復於 1966 年 12 月 16 日通過之公民與政治權利國際公約第 14 條第 2 款指出：「受刑事控告之人，未經依法確定有罪以前，應假定其無罪。」原文：「Everyone charged with a criminal offence shall have the right to be presumed innocent until proved guilty according to law.」再次重申無罪推定之意旨。我國為彰顯此原則，於民國 98 年 4 月 22 日制定公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法，並自同年 12 月 10 日實施，將兩公約所揭示人權保障之規定，明定具有國內法律之效力，此舉形同強化無罪推定原則在我國刑事訴訟法上的地位。

所保障的基本人權並闡明其屬於憲法原則，位階已超越法律之上（100 台上 6259）<sup>12</sup>，而具有拘束全國各機關與人民之效力<sup>13</sup>，係為實施刑事訴訟程序之公務員的指導原則。

此項原則係憲法第 8 條正當法律程序在刑事訴訟中具體化之首要原則，不僅是在審判結果上，因被告犯罪無法被證明，而應為無罪判決的意義而已，此項原則更應具體的反應到刑事程序的各個層面<sup>14</sup>，進而指導刑事偵查、起訴乃至審判等階段。於舉證責任的體現，即被告受無罪推定之保護下，不負證明自己無罪之義務，證明被告有罪之責任，應由控訴者承擔。依公訴案件而言，檢察官須善盡舉證責任，證明被告有罪，以推翻無罪推定，否則，法院自應諭知無罪之判決。被告本身並不會因為自己舉證拙劣，而受有不利利益的推斷，觀諸第 161 條第 1 項及第 301 條第 1 項規定甚明。

## 第二款 證據裁判主義

證據裁判主義，乃指犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實，第 154 條第 2 項定有明文。是以，審理事實之法院，自應就卷宗內存在之各項證據資料，詳加審酌判斷，憑以認定犯罪事實，避免裁判權之濫用，以求勿枉勿縱。

證據裁判主義乃源自於憲法上實質正當法律程序之要求。蓋憲法第 8 條第 1 項規定所稱「依法定程序」，按司法院釋字第 384 號解釋說道，係凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，國家機關所依據之程序，須以法律規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第 23 條所定相關之條件。其解釋理由書更進一步指出，實質正當法律程序兼指實體法及程序法規定之內容，就實體法而言，如須遵守罪刑法定主義；就程序法而言，如審檢分立、證據裁判主義、

<sup>12</sup> 本文（）內之裁判，若無特別敘明，原則上係為我國最高法院的判決。

<sup>13</sup> 司法院釋字第 185 號解釋有謂：「法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權，為憲法第七十八條所明定，其所為之解釋，自有拘束全國各機關及人民之效力，各機關處理有關事項，應依解釋意旨為之，違背解釋之判例，當然失其效力。」

<sup>14</sup> 陳運財，刑事訴訟制度之改革及其課題，月旦法學雜誌，第 100 期，2003 年 9 月，頁 76。

自白法則、與證人之對質及反對詰問權、一事不再理（雙重危險禁止）及審級救濟制度等為其重要者。

## 第二項 證據能力

證據能力，係指某項證據得提出於法庭調查，以供作認定犯罪事實之用，所應具備之資格，且此項資格必須該證據與待證事實之間具有自然關聯性，符合法定程式，並未受法律之禁止或排除，始能具備<sup>15</sup>。我國刑事訴訟法基於保障被告人權、防止誤判的觀點，採消極限制主義，負面列舉不得行調查或無證據能力的情形<sup>16</sup>，包括欠缺自然的關連性與法律的關連性兩種類型，茲扼要敘述如后：

### 第一款 自然的關連性

所謂自然的關聯性（又稱論理的關連性），係指對待證事實最小之證明力，亦即以該證據得否推測、認定待證事實之蓋然性，應基於一般社會生活所形成之論理法則與經驗法則判斷之<sup>17</sup>。詳言之，得提出於法庭調查之證據，必須具備推論待證事實存在與否之必要最低限度的證明力而言，若不具備此等必要最低限度之證據價值者，則不認具有自然的關聯性，而否定其證據能力，不得提出於法庭調查<sup>18</sup>。旨在於避免與待證事實無關連的證據，漫無限制的進入法庭，造成訴訟程序延滯而模糊爭點。

茲以第 163 條之 2 第 2 項第 2 款規定舉例說明之，系爭規定說道，與待證事實無重要關係者，應認無調查之必要。所謂與待證事實無重要關係者，按最高法院 77 年度第 11 次刑事庭會議決議說道，證據與待證事實是否有重要關係，應以

<sup>15</sup> 司法院釋字第 582 號解釋理由書。

<sup>16</sup> 陳運財，論刑事訴訟證據法則之修正—評司法院刑事訴訟法部分條文修正草案，律師雜誌，第 255 期，2000 年 12 月，頁 25。

<sup>17</sup> 台灣高等法院 100 年度上更（一）字第 365 號判決。所謂證據的關連性，另有學者認為係指某一證據要認為有證據能力，必須該證據與待證事實之間具有關連性而言。參照三井誠，科學的證據，法學教室，第 211 期，1998 年 4 月，頁 130。

<sup>18</sup> 陳運財，刑事程序鑑定之證據法則，萬國法律，第 137 期，2004 年 10 月，頁 39。

該證據所證明者，能否推翻原審判決所確認之事實，而得據以為不同之認定為斷。若其係枝節性之問題，或屬被害經過細節，既非待證事實所關重要之點，即欠缺調查之必要性。

## 第二款 法律的關連性

縱使該項證據與本案待證事實之認定具有自然關聯性，惟為排除不當的偏見及避免對他造當事人形成不公正的結果，對於類型上可能使法院心證的形成產生錯誤影響之證據，另外，基於證明政策上之考慮，證據亦被要求應同時具有信用性始可，一般稱此為不具法律關聯性，而否定其證據能力<sup>19</sup>。目的在避免證明力之評價產生錯誤之情事，是證據若有證明上之危險者，因不具法律關聯性，自應否定其證據能力。例如非任意性自白、違法搜索取得之證據、傳聞證據及意見性證據等，直接以法律加以限制或排除。

茲以意見性證據為例，意見證據乃指就某種事項陳述其個人主觀上所為之判斷意見，因非以個人經歷體驗之事實為基礎，為避免流於個人主觀偏見與錯誤臆測之危險，自無證據能力。勘查第 160 條規定：「證人之個人意見或推測之詞，除以實際經驗為基礎者外，不得作為證據。」甚明。附言者係，供述證據依內容區分尚有另一類型，即體驗供述，係指證人係依據其實際經歷體驗之事實為基礎所陳述之意見或推測之事實，而非單純之個人意見，亦非單純之臆測，性質上屬於人證，又因證人就其親身體驗事實所為之陳述具有不可替代性，依法例外賦予證據能力<sup>20</sup>。

## 第三項 證明力之評價

<sup>19</sup> 陳運財，嚴格證明法則，月旦法學教室，第 23 期，2004 年 9 月，頁 134。

<sup>20</sup> 最高法院 97 年度台上字第 6288 號、97 年度台上字第 2473 號及 97 年度台上字第 4737 號判決。

證據之證明力，乃指證據實質的證據價值，亦即得使其作為認定事實之證據價值<sup>21</sup>。又證據之證明力的評價，依第 155 條第 1 項規定，係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。由是觀之，我國立法者就證據價值的判斷係捨棄證據法定主義，而採取自由心證主義，委由法官評價。詳言之，凡有證據能力並經合法調查之證據，由事實審法官依本於客觀既有之知識、生活經驗以及合乎邏輯推理作用<sup>22</sup>，依職權自由判斷以形成心證。

接續上述，證據證明力之評價，雖然係委由事實審法院自由判斷。實則，此種自由僅係意謂著擺脫形式的法律拘束，並非容許法官恣意地自由判斷，亦非容許法官為純粹的自由裁量<sup>23</sup>。申言之，法院於證明力之評價時，不得僅憑個人主觀意識而恣意認定與推測，應該基於一般人的日常生活經驗所得之定則（31 上 1312 判例），以及符合邏輯推理作用後合理地形成心證。否則，即屬逾越自由心證職權行使的範圍，構成訴訟程序違背法令（53 台上 2067 判例）。

於證明力之自由評價程序上，基於公平法院必須透過程序正義之嚴格遵守，而使實質正義得以具體實現之要求，理應先以踐行必要且相當之調查程序為前提<sup>24</sup>。此外，法院於心證形成過程中，應予當事人、代理人、辯護人或輔佐人等，以辯論證據證明力之適當機會，以加強其真實性，使法院為正確之取捨，第 288 條之 2 定有明文。

#### 第四項 第 161 條第 1 項之意涵

<sup>21</sup> 黃朝義，證據能力與證明力之區辨——兼評最高法院九三年台上字六六四號裁判例等，台灣法學雜誌，第 141 期，2009 年 12 月 1 日，頁 255。

<sup>22</sup> 另有論者以為法院仍應受經驗法則與論理法則的支配，亦即須合乎證明之科學化，而科學之證明標準要求對於犯罪之證明不能違反科學之經驗法則，故要求以證物為犯罪之證明時，應先將各個證物交付科學之化驗、檢驗或鑑定，以確定其證明力，始能以此為事實之認定。參照蔡墩銘，刑事證據法論，五南，1997 年 12 月，頁 362。

<sup>23</sup> 黃朝義，警訊筆錄的證據法上問題，法學叢刊，第 43 卷 3 期，1998 年 7 月，頁 40-41。

<sup>24</sup> 最高法院 54 年台上字第 1944 號判例要旨：「證據之證明力，雖由法院自由判斷之，要必先有相當之調查，始有自由判斷之可言，故審理事實之法院，對於案內一切證據，如未踐行調查程序，即不得遽為被告有利或不利之認定。」

按第 161 條第 1 項規定，檢察官就被告之犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法。其中檢察官須指出證明的方法，應係包括指出調查之途徑，與待證事實之關聯及證據之證明力等事項<sup>25</sup>。又檢察官主張使用之證據須先有證據能力，並經合法調查二個階段，始能進入證明力之判斷。準此以言，檢察官所提出於法庭上欲證明被告犯罪事實的證據必須具有證據能力，如肯認有證據能力後，再進入法庭中調查證據並須符合法定的證據調查程序規定，始可謂已符合本條規定之要求。至於，證明力的判斷，則委由法院依職權判斷、評價，惟不得違背論理法則與經驗法則，自不待言<sup>26</sup>。

由上可知，證據能力與證據證明力，係截然不同的概念，且於證據法體系上，亦分屬不同層次。參【圖 2】。質言之，證據能力係證據資料容許為訴訟上證明之資格，屬證據形式上之資格要件；而證據證明力（又稱證據價值），係指該證據得證明待證事實之真偽的程度。就性質上而論，證據能力乃證據資格之有無的問題，而證據證明力則為效力強弱之問題。除證明力與證據能力不同外，證據調查程序亦與證據能力有別<sup>27</sup>。蓋具備證據能力是行合法調查程序的前提，兩者之間並非擇一關係，亦非包括關係<sup>28</sup>。總而言之，證據資料必須具有證據能力，容許為訴訟上之證明後，方得在審判期日合法調查，經合法調查後，始有證明力可言。應特別注意的是，證據能力之有無並不會受證據價值高低的影響，附此敘明。

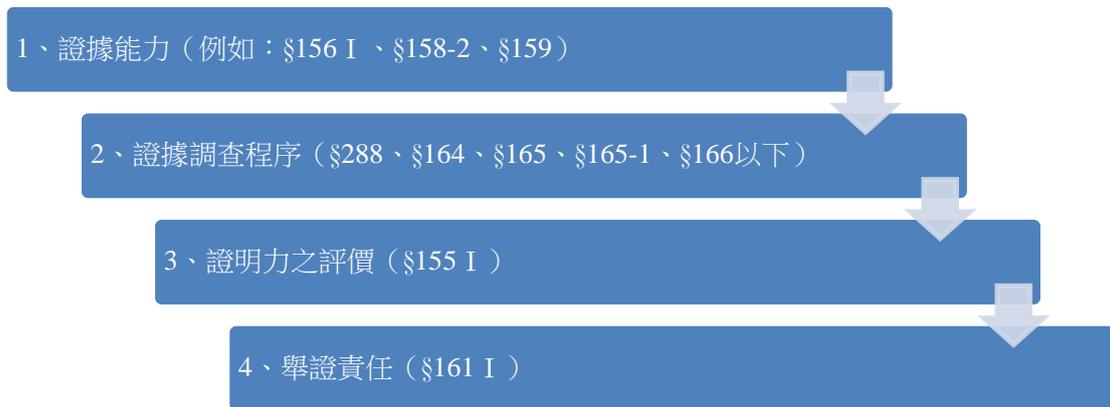
<sup>25</sup> 最高法院 91 年度第 4 次刑事庭會議決議第 1 點。

<sup>26</sup> 值得一提的是，我國刑事訴訟法以精簡的二個條文四項規定，架構了刑事審判證據法則的體系。惟在條文體例上，尚有兩個地方，得以進一步斟酌：第一，在第 155 條第 2 項嚴格證明法則的要求下，具有證據能力，且經合法調查者，始有由法院依自由心證判斷其證明力的餘地。準此，有無證據能力之認定，自應優先於證據證明力之判斷。是以，在條文次序上，宜將同條第 1 項與第 2 項順序對調，亦即先於第 1 項規定嚴格證明法則，再於第 2 項規定自由心證主義，如此較合乎證據法則體系的要求；第二，為了呼應第 154 條第 2 項「證據裁判主義」的規定，本文建議第 155 條第 2 項「不得作為判斷之依據」之用語，宜修正為「不得作為認定犯罪事實之依據」。參照陳運財，前揭註 16 文，頁 32。

<sup>27</sup> 關於證據調查之程序及方式，請參閱第 164 條以下之規定。

<sup>28</sup> 陳運財，前揭註 19 文，頁 133。

【圖 2：我國刑事訴訟證據法則之體系圖】



資料來源：本文自行製作

## 第二節 犯罪事實之證明

### 第一項 證明負擔之歸屬

#### 第一款 檢察官之實質舉證責任

被告之犯罪事實，應由誰負舉證責任？立法者基於我國刑事訴訟法制之設計係根據無罪推定原則，將檢察官立於當事人之地位，對於被告進行追訴，是以檢察官對於被告之犯罪事實，自應負提出證據及說服之實質舉證責任<sup>29</sup>，第 161 條第 1 項有明文規定。

詳言之，在證據調查程序中，檢察官應先聲請調查證據，並指出證明之方法，用以說服法院，使法官確信被告犯罪構成要件事實存在。所謂指出證明之方法，應包括指出調查之途徑、與待證事實之關聯及證據之證明力等事項。並在證據調查結束後，倘若檢察官所提出之證據，不足為被告有罪之積極證明，或其指出證明之方法，無從說服法院以形成被告有罪確信之心證，則須承受敗訴之不利益負

<sup>29</sup> 日本學說多數意見也認為，應由檢察官就被告之犯罪事實，負舉證責任。質言之，基於無罪推定原則與罪疑有利被告原則，被告無自證己罪之義務，應由檢察官就被告之犯罪事實，負實質舉證責任，並且證明至無合理懷疑之程度，始足為之。倘若檢察官舉證後，事實存在與否仍無法被證明時，檢察官須承受不利益之判斷。參照三井誠，刑事手續法Ⅲ，有斐閣，2004 年 4 月，頁 61-62；田宮裕，刑事訴訟法（新版），有斐閣，1996 年 3 月，頁 300-301；小林秀之，新證據法，弘文堂，1998 年 6 月，頁 208；石井一正，刑事實務證據法，判例タイムズ社，1991 年 1 月，頁 345-346；土本武司著，董璠興、宋英輝譯，日本刑事訴訟法要義，五南，1997 年 7 月，頁 305；石井一正著，陳浩然譯，日本實用刑事證據法，五南，2000 年 5 月，頁 326。

擔，法院自應諭知被告無罪。由是觀之，基於無罪推定原則，被告毋庸自證無罪，檢察官依法須就被告之犯罪事實負舉證責任。職事，刑事訴訟原則上並不發生類如民事訴訟舉證責任分配於被告之問題<sup>30</sup>。

附帶一提者係，在公訴程序中，為貫徹無罪推定原則，檢察官就被告之犯罪事實應負舉證責任，已如前述。就自訴程序而言，固賦予自訴人得取代檢察官之地位，就被告之犯罪事實自行訴追之權利。然而，立於無罪推定原則與防止濫行自訴之觀點，自訴人亦應負實質的舉證責任，其所指明之證明方法，須足以認定被告有成立犯罪之可能，達有罪判決之高度可能性的程度，始謂善盡其舉證責任。綜上所言，民國 91 年修法後，刑事訴訟由過去職權主義改採改良式當事人進行主義，無論是檢察官或自訴人，對於公訴或自訴之案件，就被告之犯罪事實，皆應負實質之舉證責任。

## 第二款 舉證責任之適用範圍

按第 161 條第 1 項所稱之犯罪事實，包括構成刑罰權存在及其範圍之事實、客觀處罰條件及刑罰加重事由等足以影響被告刑罰權之範圍的事實<sup>31</sup>。有疑義的是，除構成要件該當的事實外，阻卻違法及阻卻責任事由之不存在，是否須由檢察官負責舉證？詳言之，基於無罪推定原則，檢察官對被告犯罪構成要件事實，固然有舉證之責。然而，遇被告主張阻卻違法或阻卻責任之抗辯時，是否仍由檢察官舉證證明被告之抗辯不存在？或是應由被告自行舉證證明抗辯事由存在？不無疑義。就此，我國實務立場與學說見解歧異，茲分述探討如后：

首先，法務部的立場似乎認為，應由被告就有利於己之事實，負舉證責任<sup>32</sup>。其次，最高法院有判決指出，被告如有抗辯事項，就其抗辯應負提證責任<sup>33</sup>。再

<sup>30</sup> 陳運財，醫療刑事訴訟之證明活動，月旦法學雜誌，第 183 期，2010 年 8 月，頁 9。

<sup>31</sup> 黃東熊、吳景芳合著，刑事訴訟法論，三民，2001 年，頁 369-370。日本法上亦有相關論述，得參閱三井誠，舉證責任と推定（2），法學教室，第 217 期，1998 年 10 月，頁 105。

<sup>32</sup> 「92 年公訴檢察官實務研討會」法律問題提案第 2 號：

法律問題：就被告於刑事訴訟進行中，提出積極抗辯與有利之事實主張時，其舉證責任應如何分配？

者，於民國 91 年修法後，最高法院之態度似乎仍維持由法院職權調查的立場<sup>34</sup>，與過去職權調查的運作方式，無實質差異，並且有無阻卻違法或阻卻責任事由，基本上係綜合其他證據以形成心證。但是，此種逕依職權調查的運作模式與由當事人主導證據調查之修法精神，難謂相符<sup>35</sup>。

其次，學說上大致可分為二種思維：一、由檢察官舉證證明被告抗辯不存在；二、由被告舉證抗辯事實存在，茲分別介紹如下：

第一，認為應由檢察官舉證者：有學者指出，阻卻違法之事實及阻卻罪責之事實皆屬直接影響被告罪責存在與否，並與實體法上之事實有關，故應由檢察官舉證該等事由不存在<sup>36</sup>。另有論者主張，未必絕對由被告舉證，而是當被告提出足以證明其抗辯成立之充分證據後，則由檢察官負擔證明該抗辯不存在之舉證責任。詳言之，說服責任通常由控方負擔，除法律別有規定外，原則上無舉證責任轉換的問題；反之，提出責任則有舉證責任轉換的問題，負有提出責任之一方，

---

討論意見：刑事訴訟法僅規定檢察官就被告之犯罪事實（及新法所定之自白任意性）負舉證責任，則就被告所自行主張之有利事實，自應由被告負舉證之責，然實務上部分法官仍要求檢察官就被告抗辯事實須負該等事實不存在之舉證義務（例如被告主張不在場證據，竟要求檢察官就此提出被告不在場證據不可信之證明），實與舉證責任分配之大原則有所違背。按被告雖有提出有利抗辯（積極抗辯）或主張之權利，惟此等抗辯或主張之種類、方式、內容、包羅萬象，殊無事先預測之可能，故法律並未課予任何限制，若被告可以不負責任何舉證責任而提出不限種類、形式及內容之抗辯或主張，則被告在訴訟中大可無限舉出各種主張與抗辯，藉以拖延訴訟，並以此為難檢方與法院，此種情形不但將造成訴訟資源的重大浪費，舉證責任分配之原則亦將遭受重大破壞，控方舉證責任不當加重之結束，追求正義的司法功能將因此崩壞殆盡。

提案機關：臺灣臺北地方法院檢察署。

<sup>33</sup> 最高法院 91 年度台上字第 7498 號判決指摘：「法院審理刑事案件，檢察官之地位與民事原告地位相當，對於控訴被告犯罪事實的證明責任，自包括提出證據的責任與使審理事實之法院相信被告有犯罪事實的心證責任，必須使法院無合理之懷疑，始得認定被告有罪，被告如有抗辯事項，僅就其抗辯負提證責任，例如被告就被訴殺人案件，主張正當防衛，則應就有關正當防衛之證據負舉證責任，惟被告若否認被訴之犯罪事實，則毋庸令其負自證無罪之責任。」

<sup>34</sup> 最高法院 99 年度台上字第 4054 號判決指出：「至若被告就檢察官起訴所舉證之犯罪事實，抗辯爭執其不真實或主張有法律上阻卻犯罪成立之原因事實，主動向法院指出足以阻斷其不利益心證形成之證明方法，以維護其訴訟權益者，法院自應盡能事踐行調查程序，為必要之論斷及說明，否則即難謂無應於審判期日調查之證據未予調查及判決不備理由之違背法令。」由此可知，最高法院就被告是否存有阻卻犯罪之事實，亦有採職權調查的立場。

<sup>35</sup> 刑事訴訟舉證責任於實務運作上之實踐，行政院國家科學委員會補助專題研究計畫成果報告，計畫編號：NSC 95-2414-H-029-002-SSS，執行期間：民國 95 年 8 月 1 日至 98 年 7 月 31 日，計畫主持人：陳運財教授，頁 23。

<sup>36</sup> 黃朝義，刑事訴訟法，新學林，2013 年 4 月，頁 488-489、498。

舉證至相當程度之後，即由對方負相反事項之舉證<sup>37</sup>。亦有學者認為，被告就阻卻違法或阻卻責任事由負有提出證據使法院合理相信其存在的責任，但未必即當然有說服責任，反倒是應由檢察官對於阻卻違法或阻卻責任事由之不存在，負說服責任<sup>38</sup>。

第二，主張須由被告舉證者：有學者認為構成要件該當事實存在時，以有違法性、有責性為常態，可推定違法性、有責性存在，檢察官毋須再行舉證，若被告主張具有阻卻違法、阻卻責任事由或為其他積極抗辯，例如刑法第245條第2項及第275條第3項等規定，因該事由有利於被告，且何處可發現阻卻違法或阻卻責任事由之證據，被告理應比較清楚，若由檢察官負沒有阻卻違法或阻卻責任事由的舉證責任，被告可能會隱匿相關證據，使真實無法發現，故被告應負有舉證責任<sup>39</sup>。另有論者以我國刑事訴訟法僅就檢察官對被告犯罪事實負舉證責任設有規定，是以阻卻違法性事由及阻卻責任事由之存在，係屬抗辯事項為由，認為應由被告負主張及提出證據責任<sup>40</sup>。

於比較法之觀點，美國法原則上認為被告不負有「提出證據的責任<sup>41</sup>」，惟若檢察官已提出證據並已證明達表面證據的程度，被告為反駁檢察官的指控，例如抗辯具有違法或阻卻罪責之事由等，則美國各州一般規定為被告就此主張必須

<sup>37</sup> 蔡秋明，舉證責任—兼論刑事被告之地位及其舉證義務，台灣本土法學雜誌，第55期，2004年2月，頁134-135。

<sup>38</sup> 王兆鵬，刑事訴訟講義，自版，2010年9月，頁679-680。

<sup>39</sup> 吳巡龍，刑事舉證責任與幽靈抗辯，收錄於刑事訴訟與證據法全集，新學林，2008年11月，頁320。

<sup>40</sup> 陳樸生，刑事證據法，自版，1997年5月，頁159。

<sup>41</sup> 提出證據責任 (Burden of Producing Evidence)，係指檢察官必須先提出證據以說服法官，倘若檢察官未盡此項舉證責任，法官得依職權無待審核證據的真實性及證明力，即無須經實體審理，便得作出對其不利的判決，抑或依被告或辯護人聲請，諭知被告無罪之判決 (Judgment of Acquittal)。提出證據責任之證明程度，毋庸達到確信的程度。析言之，檢察官主張被告犯罪，審判開始後，檢察官有先提出證據證明被告犯罪事實的責任，待檢察官舉證完畢時，最少須證明至表面證據的程度 (prima facie case)，是為形式有罪或表見有罪。亦即若採信該證據，在無相反證據情形下，可據以認定其所證明之事實真實的程度。倘若檢察官未能證明至表面證據的程度，被告可請求法院逕為無罪判決之諭知 (directed verdict of acquittal)。有關提出證據責任的相關論述，可參閱王兆鵬，前揭註38書，頁669；吳巡龍，舉證責任與法院依職權調查證據，檢察新論，第12期，2012年7月，頁178-179；吳巡龍，刑事證據法入門：第一講—刑事舉證責任的分配，月旦法學教室，第54期，2007年3月，頁77。

負提出證據的責任<sup>42</sup>。然而，被告所被要求提出證據責任的程度無庸至表面證據之程度，而係以一般理性裁判者有合理懷疑（a reasonable doubt）的程度即為已足。若被告未提出證據或舉證未達此程度，法院將指示陪審團拒絕考慮被告所提出之抗辯事由是否存在。附帶一提者係，若被告主張「不在場抗辯」，亦應由被告負提出證據的責任<sup>43</sup>。

本文以為，於當事人進行的訴訟構造下，檢察官雖然無庸自始即須證明被告構成要件該當之行為不存在著阻卻違法及阻卻責任之事實，遇被告或辯護人提出阻卻違法或阻卻責任事由之抗辯時，檢察官始須負擔證明被告阻卻犯罪事由不存在之責任。蓋從立法政策的觀點而言，在過去職權進行的訴訟構造下，被告有無阻卻犯罪事由存在，實務上多認為屬於法院職權調查之事項，而修法旨趣又在於加強保障被告之防禦權益，準此，修法後更不應由被告負擔證明責任。再者，第156條第3項明文規定檢察官應就被告之自白任意性負證明責任，並指出證明之方法，相較於影響被告犯罪成立與否之阻卻違法及阻卻責任事實，依舉輕以明重之法理，自應由檢察官證明被告無阻卻違法、罪責事由存在<sup>44</sup>。最後，就蒐集證據的技術層面而言，由被告負擔證明活動，也難謂公允妥適<sup>45</sup>。綜上所述，本文

<sup>42</sup> 王兆鵬，美國刑事訴訟法，自版，2007年9月，頁704。

<sup>43</sup> Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 12.1 (2013) Notice of an Alibi Defense

(a) Government's Request for Notice and Defendant's Response.

(1) Government's Request. An attorney for the government may request in writing that the defendant notify an attorney for the government of any intended alibi defense. The request must state the time, date, and place of the alleged offense.

(2) Defendant's Response. Within 14 days after the request, or at some other time the court sets, the defendant must serve written notice on an attorney for the government of any intended alibi defense. The defendant's notice must state:

(A) each specific place where the defendant claims to have been at the time of the alleged offense; and

(B) the name, address, and telephone number of each alibi witness on whom the defendant intends to rely.

<sup>44</sup> 陳運財，刑事訴訟之舉證責任與推定，收錄於刑事證據法則之新發展：黃東熊教授七秩祝壽論文集，學林文化，2003年6月，頁457。

<sup>45</sup> 就舉證公平性之角度以觀，被告究竟有無正當防衛或心神喪失等事由存在，依常理固然屬於被告特別認知之事項，惟此並非代表被告能較容易蒐集相關證據。蓋我國目前之偵查構造仍將檢察官定位於所謂的「偵查主體」，犯罪嫌疑人或被告仍為偵查之客體，若遇有保全證據之必要時，犯罪嫌疑人、被告或辯護人亦僅得依第219條之1的規定先向檢察官提出聲請。倘非如是，若要求被告或辯護人向民間或相關機構請求鑑定，於我國現行實務運作下，即便是檢察官或法院囑託鑑定，仍屬困難，遑論處於武器弱勢的被告一方。此等武器不平等之現象，與美國法所揭櫫的當事人進行原則相較，仍相差甚遠。職是之故，倘若將阻卻違法事由或阻卻罪責事由之舉證責任分配於被告，實難謂公平。

認為在被告陳述加以形成爭點後，檢察官應就阻卻被告犯罪事實不存在，負舉證責任，較為合理。

### 第三款 舉證證明之必要

基於無罪推定原則，被告不負有自證無罪的義務，犯罪事實存在與否，自應歸由控訴之一方負責舉證。惟並非所有待證事實皆必須舉證證明，換言之，刑事審判上仍存有部分事實無庸經證明，即可推論其存在，例如第 157 條規定：「公眾週知之事實，無庸舉證。」所謂公眾週知之事實，係指具有通常知識經驗之一般人所通曉且無可置疑而顯著之事實而言，諸如自然之物理、生活之常態、普通經驗知識，無可爭執之事項<sup>46</sup>。如該事實非一般人所知悉或並非顯著或尚有爭執，即與公眾週知事實之性質，尚不相當，或倘若為某一團體或某一職業所週知者，亦非屬之<sup>47</sup>，自仍應舉證證明，始可認定，否則即有違認定事實應憑證據之法則（86 台上 6213 判例）。復如第 158 條規定：「事實於法院已顯著，或為其職務上所已知者，無庸舉證。」所稱事實於法院已顯著者，乃指某事實在社會上為一般所已知而法官現時亦知之者而言<sup>48</sup>。而事實為法院職務上所已知者，則係該事實即屬構成法院之法官於職務上所為之行為，或係其職務上所觀察之事實，現尚在該法官記憶中，無待閱卷者而言（94 台上 4035）。惟基於保護當事人調查證據的權限，仍應賦予當事人對於公眾週知之事實、於法院已顯著之事實與其職務上已知事實有辯明之機會<sup>49</sup>，自不待言。

除此之外，無庸舉證之事實，法理上尚有事實上推定之事實及法律上推定之事實。稱謂事實上推定，係指一未成文法化之推定，乃基於經驗法則而推論事實存在之蓋然性，屬合理之自由心證形成的過程，只要法院能本於良知，依經驗法

<sup>46</sup> 法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 82 項。

<sup>47</sup> 最高法院 87 年度台上字第 2813 號判決有稱：「刑事訴訟法第一百五十七條規定公眾週知之事實無庸舉證，必該顯著之事實為社會一般人所同知，不容有所爭執者而言，若係某一團體或某一職業所週知者，仍非本條之所指。」

<sup>48</sup> 法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 83 項。

<sup>49</sup> 第 158 條 1 規定：「前二條無庸舉證之事實，法院應予當事人就其事實有陳述意見之機會。」

則及論理法則判斷證據的證明力<sup>50</sup>，應為法之所許。舉例言之，假若甲事實已被證明，在無反證之前提下，乙事實之存在被推論，此時，乙事實之存在便無證明之必要<sup>51</sup>。實務上亦有運用「事實上推定」以推認犯罪事實存在之情形，亦即認定犯罪事實，除依證據認定外，亦得基於一定的事實且經由邏輯合理推論之，例如最高法院 100 年度台上字第 4861 號判決有云：「刑事訴訟雖不承認有事實上推定事實之存在，但基於某事實之存在，依通常之經驗與自然之理性，本邏輯上演繹作用，而推論他事實，雖非依證據而為事實之證明，然因屬推理作用之形成，並無關乎事實之推定，自仍與證據裁判主義之精神無違，而非法之所禁。」至於，法律上的推定因與無罪推定原則有違，除有正當之理由外，原則上應予禁止，目前我國現行法上仍無相關之規定。

## 第二項 檢察官舉證責任與法院職權調查

檢察官之實質舉證責任與法院職權調查的範圍如何劃定之問題，繫於第 161 條第 1 項與第 163 條第 2 項之定位。詳言之，檢察官依法須就被告之犯罪事實負舉證責任，較無疑問。茲有疑義者係，第 163 條第 2 項但書規定「於公平正義之維護或對被告利益有重大關係事項」之意涵並不明確，揆諸修法理由亦僅以「委諸司法實務運作及判例累積形成」一語帶過。職是，法院職權調查之具體內容及其範圍，厥為首要釐清的問題<sup>52</sup>。

### 第一款 法院得依職權調查證據

按第 163 條第 2 項本文規定：「法院為發見真實，得依職權調查證據。」所謂法院得依職權調查證據，係指法院於當事人主導之證據調查完畢後，認為事實未臻明白仍有待澄清時，得斟酌具體個案之情形，無待聲請，主動依職權調查之

<sup>50</sup> 陳運財，前揭註 44 書，頁 39。

<sup>51</sup> 黃朝義，前揭註 36 書，頁 493。

<sup>52</sup> 另有學者認為，法院調查證據之範圍，不應受限於當事人所提出者，縱當事人未提出之證據，若該證據確與待證事實相關，而為法院認事用法之基礎者，法院即有調查之義務。參照何賴傑，事實審法院蒐集證據之義務 — 評最高法院 87 年度臺非字第 1 號判決，政大法學評論，第 61 期，1999 年 6 月，頁 448。

調。從而法院於當事人聲請調查之證據調查完畢後，除依同條規定應調查之證據外，其他凡經認為有助於發見真實而足以影響判決結果之證據存在，且有調查之可能者，皆屬於得依職權調查之證據<sup>53</sup>。斯項觀點不啻違背法院僅係立於補充性地調查證據之修法意旨，擴張法院得依職權調查範圍之結果，反而容易模糊與檢察官舉證責任之分際<sup>54</sup>，並不妥適。

有鑑於此，最高法院限縮法院得依職權調查證據之適用，主張檢察官未盡舉證責任，除本法第 163 條第 2 項但書規定外，法院無庸依同條項前段規定，主動裁量依職權調查證據。經查最高法院 100 年度第 4 次刑事庭會議決議第 7 點指出，法院於當事人主導之證據調查完畢後，認為事實未臻明白仍有待澄清，尤其在被告未獲實質辯護時（如無辯護人或辯護人未盡職責），得斟酌具體個案之情形，無待聲請，主動依職權調查。該項決議強調檢察官應負實質舉證責任的立場，值得讚許，惟其並未更進一步說明檢察官之舉證責任與法院職權調查的區分標準，相當可惜！

學理上，有關第 163 條第 2 項本文之解釋，有論者以為法院基於發現真實之目的，亦得發動職權踰越當事人聲請調查證據之範圍。例如法院依當事人調查證據的過程或依其審判經驗，認為尚有其他與本案有關之證據存在，而當事人未聲請調查且有調查可能者之情形<sup>55</sup>，本文從之。

值得附言者係，為避免法院過於積極發真實而恢復糾問之心態，而失去公平審判的理念，並且在強化當事人進行色彩後之刑事訴訟架構中，理應由當事人主

<sup>53</sup> 最高法院 91 年度第 4 次刑事庭會議決議第 7 點。有論者從最高法院 91 年度第 4 次刑事庭會議決議中所提及的「客觀上認為有必要」、「法定應依職權調查之證據」及「裁量後，在客觀上又為法院認定事實，適用法律之基礎」等三方面來看，認為法院職權調查範圍並不因此決議的產生而有多大的差異。參照楊雲驊，新法下檢察官的舉證責任及法院的調查義務—評最高法院九十一年度第四次刑事庭會議，月旦法學雜誌，第 89 期，2002 年 10 月，頁 248。

<sup>54</sup> 陳運財，論檢察官舉證責任與法院職權調查之界限—以最高法院 92 台上 128 號刑事判例為中心，收錄於刑事證據法—祝賀呂庭長潮澤榮退、紀庭長俊乾優遇，最高法院學術研究會叢書（十六），最高法院學術研究會，2008 年 12 月，頁 305。

<sup>55</sup> 陳運財，論「改良式」當事人進行原則，收錄於刑事訴訟法之最新增修與實踐，學林文化，2002 年 9 月，頁 66。

導證據的調查，法院原則上應受當事人聲請調查範圍的拘束，不應藉發現真實之理由而行糾問調查之能事。此項觀點，勘查最高法院 100 年度台上字第 4646 號判決意旨說道：「法院之調查證據，依第 163 條第 1 項、第 2 項規定，亦以依當事人之聲請為原則，僅於當事人各依其應盡之實質或形式舉證責任，主導證據調查完畢後，影響判決結果之事實仍未臻明白，而法院或於職務上，或藉由當事人調查證據之過程，或依案內存在之訴訟資料，復已發現有其他足以影響判決結果之證據存在，並有調查之可能時……始例外輔助性依職權介入調查，並無為發現真實而依職權窮盡一切可能方法蒐集證據之必要<sup>56</sup>。」亦得佐證。職是之故，法院依職權調查證據時，宜有的運作方針為，法官之職權調查義務應在檢察官之舉證責任之後<sup>57</sup>，僅立於補充、備位之角色依職權發動調查。循此脈絡，法院若基於發現真實之目的而欲發動職權調查，自應以先行曉諭當事人聲請調查之方式為宜，而非逕依職權介入為之，較為合適。

## 第二款 法院應依職權調查事項

基於當事人主導證據調查之修法意旨、法院僅補充性的依職權調查證據及當事人武器實質對等之理念，本文認為第 163 條第 2 項但書之解釋上，自應以有利於被告之證據為主，不利證據之調查為輔<sup>58</sup>。亦即，法院依職權調查證據時，應以對於被告利益有重大關係事項為主要調查事項，公平正義之維護為次要事項，茲分述如后：

### 壹、對被告利益有重大關係事項

被告利益有重大關係之事項，係指該等事實或訴訟資料之存在對被告有直接且重大之利益。例如案件是否具備阻卻違法、阻卻責任、得或應減輕或免除刑罰

<sup>56</sup> 同此見解者，如最高法院 100 年度台上字第 626 號判決。

<sup>57</sup> 何賴傑，刑事法院依職權調查證據之範圍與限制，台灣本土法學雜誌，第 2 期，1999 年 6 月，頁 39。

<sup>58</sup> 陳運財，前揭註 30 文，頁 11。

等有利於被告之情形，法院均應特別加注意，依職權主動調查，法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項 第 96 條定有明文<sup>59</sup>。

學說上，有論者認為，對被告的利益有重大關係事項之解釋，應顧及檢察官與被告之間蒐集保全證據及實施訴訟活動上的武器落差，以及法院照顧被告之義務，特別是在被告無選任或指定辯護人在庭協助防禦之情形，抑或有利於被告之證人的證言或是跡證漏未調查等，而有調查可能者，法院應負調查證據之義務，以維護被告訴訟權益<sup>60</sup>。斯項見解，洵屬的論，本文從之。此外，對被告有妨訴利益之情形，諸如欠缺訴訟條件等，即便被告從未爭執，倘若法院於調查證據過程中察覺有疑義者，應曉諭檢察官證明之。

## 貳、於公平正義之維護有重大關係事項

所稱「公平正義之維護之重大事項」，例如案件攸關國家、社會或個人重大法益之保護，或牽涉整體法律目的之實現及國民法律感情之維繫者均屬之。而法院就「公平正義」之規範性概念予以價值補充時，必須參酌法律精神、立法目的、依據社會之情形及實際需要，予以具體化，以求實質之妥當，是以法院於訴訟程序之進行，除須遵循正當程序原則外，於作成判決時，亦須將相關理由記載明確，不宜過於簡略含糊，法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項 第 96 條載有明文。由是觀之，此注意事項就「公平正義之維護之重大事項」之解釋，明顯採取較為寬鬆之立場。從而，運作上極有可能違反法院補充、備位職權調查的修法旨趣。

職是之故，後來最高法院 101 年度第 2 次刑事庭會議決議針對「公平正義之維護有重大關係事項」之規定進行目的性限縮解釋，質言之，該決議基於無罪推定原則、檢察官之實質舉證責任及公平法院之理念，認為「公平正義之維護」事

<sup>59</sup> 雖然「法院辦理刑事訴訟應行注意事項」對獨立審判之法官並無法律上拘束力，然因其實質上無異於法律，應為審判機關適用的對象。參照林永謀，刑事訴訟法釋論（上冊），自版，2010 年 12 月，頁 66-67。

<sup>60</sup> 陳運財，前揭註 54 書，頁 317。

項，應以利益被告之事項為限，否則即與檢察官應負實質舉證責任之規定及無罪推定原則相牴觸，無異回復糾問制度，而悖離整體法律秩序理念<sup>61</sup>。

本文認為，法院為維護公平正義，依職權調查被告不利之事項，難免與由當事人主導證據調查之修法意旨及公平法院的理念有所扞格。準此，針對本項規定理應從嚴解釋與適用，可能的情形如<sup>62</sup>：其一，關於審判範圍變動之問題。蓋現行第 267 條規定仍維持公訴不可分原則<sup>63</sup>，且第 300 條容許法院職權變更檢察官起訴時所引用之法條，故當事人調查證據結束，法院發覺有其他裁判上一罪關係之案件、或在同一案件之範圍內，檢察官所主張之事項與法院心證形成之事實不一致者，就擴張之部分或變更之罪名，應認於公平正義之維護有重大關係事項。其二，足以影響被告犯罪是否成立之重要證據，檢察官未聲請調查，而屬法院於先前審理他案或執行職務所知悉者。其三、被告犯罪存有法定加重刑罰事由，而檢察官未主張者，例如刑法第 47 條之累犯，以及第 134 條之不純正瀆職罪等。

<sup>61</sup> 最高法院 101 年度第 2 次刑事庭會議決議指出：「無罪推定係世界人權宣言及公民與政治權利國際公約宣示具有普世價值，並經司法院解釋為憲法所保障之基本人權。民國九十一年修正公布之刑事訴訟法第一百六十三條第二項但書，法院於「公平正義之維護」應依職權調查證據之規定，當與第一百六十一條關於檢察官負實質舉證責任之規定，及嗣後修正之第一百五十四條第一項，暨新制定之公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法、刑事妥速審判法第六、八、九條所揭示無罪推定之整體法律秩序理念相配合。盱衡實務運作及上開公約施行法第八條明示各級政府機關應於二年內依公約內容檢討、改進相關法令，再參酌刑事訴訟法第一百六十三條之立法理由已載明：如何衡量公平正義之維護及其具體範圍則委諸司法實務運作和判例累積形成，暨刑事妥速審判法為刑事訴訟法之特別法，證明被告有罪既屬檢察官應負之責任，基於公平法院原則，法院自無接續檢察官應盡之責任而依職權調查證據之義務。則刑事訴訟法第一百六十三條第二項但書所指法院應依職權調查之「公平正義之維護」事項，依目的性限縮之解釋，應以利益被告之事項為限，否則即與檢察官應負實質舉證責任之規定及無罪推定原則相牴觸，無異回復糾問制度，而悖離整體法律秩序理念。（採乙說）。」針對本決議的評析，可參閱何賴傑、許澤天、楊雲驊、林麗瑩、尤伯祥，法官調查義務的範圍——以最高法院 101 年度第 2 次刑事庭會議決議為中心座談會，台灣法學雜誌，第 197 期，2012 年 4 月 1 日，頁 82-114；黃朝義，檢察官舉證責任與法院職權調查義務，警政論叢，第 12 期，2012 年 12 月，頁 45；陳瑞仁，再評最高法院 101 年刑庭第二次會議決議——法官犯錯，檢察官負責？檢協會訊，第 84 期，2012 年 12 月，頁 14；林輝煌，刑事法院職權調查證據之界限——評最高法院 101 年第 2 次刑事庭會議針對刑事訴訟法第 163 條第 2 項但書之決議，法令月刊，第 63 卷 11 期，2012 年 11 月，頁 1-22；蔡碧玉，法官的職權調查義務 vs. 公平法院——評最高法院 101 年度第 2 次刑事庭會議決議，檢察新論，第 12 期，2012 年 7 月，頁 164-176。

<sup>62</sup> 陳運財，前揭註 55 書，頁 71。

<sup>63</sup> 第 267 條規定：「檢察官就犯罪事實一部起訴者，其效力及於全部。」此規定係為公訴不可分原則，其內涵可參詳最高法院 37 年特覆字第 3722 號判例要旨：「刑事訴訟法第二百四十六條規定（編按：現行為第 267 條），檢察官就犯罪事實一部起訴者，其效力及於全部，係指已起訴之部分及未起訴之部分，均應構成犯罪，並具有牽連關係者而言，若起訴之事實不構成犯罪，縱未起訴之部分應構成犯罪，根本上既不生牽連關係，即無一部效力及於全部之餘地。」

### 第三款 第 161 條第 1 項與第 163 條第 2 項但書之矛盾

法院之主要工作在於依法從事審判，不應要求法院主動調查證據以發現真實<sup>64</sup>。循此而論，現行第 161 條第 1 項與第 163 條第 2 項但書即存在著矛盾、緊張的關係。詳言之，基於無罪推定原則及當事人進行的訴訟構造下，當訴訟程序證據調查結束，檢察官未能證明被告犯罪至無合理懷疑之程度者，法院即應諭知被告無罪之判決，由檢察官負擔最終不利益之結果。關此，最高法院 92 年台上字第 128 號判例稱謂：「檢察官對於起訴之犯罪事實，應負提出證據及說服之實質舉證責任。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，無從說服法官以形成被告有罪之心證，基於無罪推定之原則，自應為被告無罪判決之諭知。」斯項見解明確指出，檢察官無法積極證明被告有罪，使法院獲得確信之心證，法院即應諭知無罪判決，值得肯定<sup>65</sup>。

承上所言，立法論上，我國刑事程序倘若要貫徹無罪推定原則、檢察官之實質舉證責任及維繫當事人主導證據調查之修法旨趣，應刪除第 163 條第 2 項但書之規定，僅保留同項前段賦予法院為釐清真實之證據調查裁量權即可。亦即，縱然證據調查結束後，事實真偽仍陷於不明的狀態時，法院仍不生有職權調查的義務。倘非如是，若由法院接替檢察官調查證據，難免會架空檢察官之實質舉證責任，並破壞由當事人進行證據調查之修法精神。

雖然最高法院第 101 年度第 2 次刑事庭會議決議已將「公平正義之維護」事項限縮於以利益被告之事項為限，惟實務上是否依循決議的意旨運作，仍有待將來更進一步之研究。職是，在現行法仍保留該項但書，使法院仍負有調查證據之義務下，如何依職權發動調查，遂成為重要的問題。本文以為，於適用第 163 條第 2 項但書「公平正義之維護有重大關係事項」之程序上，理應從嚴為之。申

<sup>64</sup> 黃朝義，舉證責任與證據調查，台灣本土法學雜誌，第 42 期，2003 年 1 月，頁 157。

<sup>65</sup> 不少判決將此判例意旨引為推理論證的大前提，諸如最高法院 95 年度台上字第 2332 號、95 年度台上字第 1443 號、94 年度台上字第 794 號、94 年度台上字第 685 號、93 年度台上字第 3574 號及 93 年度台上字第 987 號判決。由此可見，系爭判例於實務上具有其重要性。

言之，法院於透過當事人調查證據之途徑與職務上已知事項，發現足以影響判決之證據存在，而屬檢察官未聲請調查且有調查之可能性者，法院始有義務指出證明之方法，並於調查程序上，應以曉諭檢察官提出該證據調查之聲請的方式為之，較合乎公平審判之理念及當事人進行的訴訟結構。

最後，值得注意的是，第 163 條第 2 項但書之規定僅就維護公平正義或被告利益有重大關係事項之範圍為限，剝奪法院調查證據之裁量權，使其在當事人進行原則的訴訟架構下，課以其負有必要最低限度的調查義務。然而，此項義務乃源於法院為發現真實之澄清義務，絕非檢察官的實質舉證責任轉嫁於法院。此之觀點，由最高法院 100 年度第 4 次刑事庭會議決議第 7 點所指摘：「檢察官倘若未盡舉證責任，法院原則上無庸裁量主動依職權調查證據。」亦得佐證。

#### 第四款 第 379 條第 10 款之適用

第 379 條第 10 款所規定之「法院應於審判期日調查之證據」意涵為何？揆諸最高法院 91 年度第 4 次刑事庭會議決議第 9 點說道，綜合實務見解，原則上指該證據具有與待證事實之關聯性、調查之可能性，客觀上並確實為法院認事用法之基礎，亦即具有通稱之有調查必要性者屬之，除依法無庸舉證外，並包括間接證據、有關證據憑信性之證據在內，但應擯除無證據能力之證據，且以踐行調查程序，經完足之調查為必要，否則仍不失其為本款調查未盡之違法，復不因其調查證據之發動，究竟出自當事人之聲請，抑或法院基於補充性之介入而有差異。本法第 163 條第 2 項前段所定法院為發見真實，「得」依職權調查之證據，原則上固不在「應」調查證據之範圍，惟如為發見真實之必要，經裁量認為應予調查之證據，仍屬之。惟斯項見解不免過於寬鬆，進而導致擴大法院應積極依職權主動介入調查的範圍，法院若依此標準運作，難免回復過去糾問的調查方式。

關此，最高法院之基本立場是以證據與待證事實是否有重要關係為基調<sup>66</sup>，

<sup>66</sup> 最高法院 95 年度台上字第 5826 號、95 年度台上字第 5717 號、95 年度台上字第 5332 號、95 年度台上字第 5055 號及 95 年度台上字第 4636 號判決，足供參佐。

認為應以該證據所證明者能否推翻原審判決所確認之事實，而得據以為不同之認定為斷，若非上述情形之證據，即非與待證事實有重要關係，即欠缺調查之必要性，或是於判決本旨不生影響，客觀上自無調查之必要性，本不屬於上開應調查證據之範圍，其未予調查，即與第379條第10款所規定之情形不同。

基於當事人進行與公平審判之理念，關於第 379 條第 10 款「法院應於審判期日調查之證據」之解釋與適用，本文有兩點建議如下<sup>67</sup>：第一，就當事人聲請調查證據之部分，如該證據有調查之必要，法院不應駁回卻予以駁回或竟置之不理者，上級審法院，尤其是法律審應即透過第 379 條第 10 款之規定，建構當事人進行的防火牆條款，以糾正事實審法院不尊重當事人調查證據主導權之糾問作法。第二，第 163 條第 2 項但書應依職權調查證據之部分，除於被告利益有重大關係事項外，為了避免事實審法院仍抱持過去之糾問心態，透過第 163 條第 2 項所謂公平正義的維護為由而積極介入調查證據，第 379 條第 10 款應採取較嚴格之解釋，亦即該項事證須具備高度證據必要性及調查可能，法院始依職權介入調查，以維繫事實審法院應行澄清真實的底限即可。

### 第三項 證明方法

如何依據證據來認定待證事實，涉及證明活動之實施。大抵上可分為嚴格證明與自由證明。所謂嚴格證明，乃須以法律上具有證據能力且經法律嚴格規定之方式予以調查之證據以為證明者而言。而所謂自由證明，係指認定事實所需要的證據，不以具備證據能力或經合法調查為必要<sup>68</sup>，惟其仍必須為適法證據始可，且亦不須經嚴格法定調查證據之方式為之而已，非謂可以非法取得之證據為證明也<sup>69</sup>。一般而言，關於實體法上事實之認定，應經過嚴格證明<sup>70</sup>。例如與決定刑罰權是否存在及其範圍有關之要件事實，包括構成要件該當事實、違法性基礎事

<sup>67</sup> 陳運財，前揭註 44 書，頁 473；陳運財，前揭註 54 書，頁 327-328。

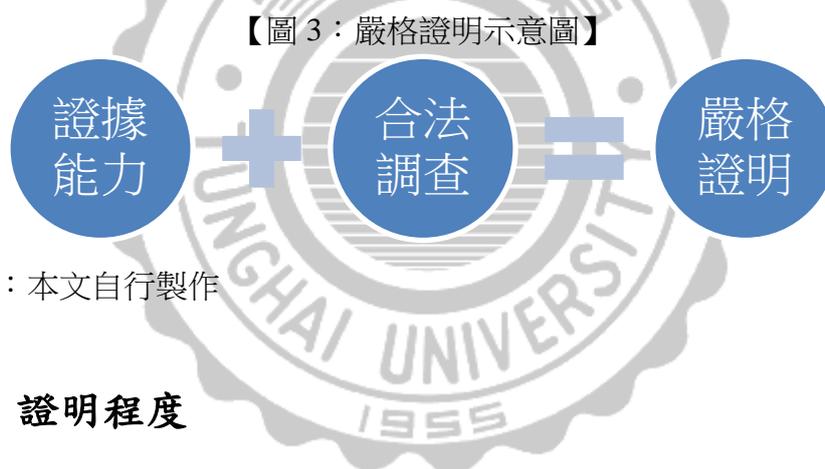
<sup>68</sup> 林俊益，刑事訴訟法概論（上冊），新學林，2012 年 9 月，頁 377。

<sup>69</sup> 林永謀，刑事訴訟法釋論（中冊），自版，2010 年 12 月，頁 16。

<sup>70</sup> 林俊益，前揭註 68 書，頁 374-375；黃朝義，前揭註 36 書，頁 488-490；黃東熊、吳景芳合著，前揭註 31 書，頁 365-366。

實、有責性基礎事實、法律上刑之加重事由及客觀處罰條件等，其證明方式皆應適用嚴格證明。簡言之，凡涉及與國家刑罰權存在與否及其範圍之相關事項，皆須經過嚴格證明。

被告犯罪事實之認定，必須經過嚴格證明，始足當之，第 155 條第 2 項定有明文。司法院釋字第 582 號解釋對此有更進一步的闡述，刑事審判基於憲法正當法律程序原則，對於犯罪事實之認定，採證據裁判及自白任意性等原則。刑事訴訟法據以規定嚴格證明法則，必須具證據能力之證據，經合法調查，使法院形成該等證據已足證明被告犯罪之確信心證，始能判決被告有罪<sup>71</sup>。採行嚴格證明之目的在於，透過證據能力與調查程序兩道限制，用以規範法院形成心證的過程，俾貫徹無罪推定原則與保障被告防禦權利，進而發現實體真實<sup>72</sup>。參【圖 3】。



資料來源：本文自行製作

#### 第四項 證明程度

證明程度基本上會隨著待證事實的不同而有不同之要求，約略可分為三個層次，茲依程度高低降冪敘述於后：

<sup>71</sup> 惟另有論者認為，在調查證據程序上，有嚴格證明程序與自由證明程序之區別，嚴格證明係指，證據方法及調查程序受到雙重的限制，即犯罪事實之經過及行為人有無罪責等實體事項之證明，必須經過合法調查之嚴格證明程序，而嚴格證明之嚴格性，表現在兩方面：一是、法定證據方法之限制；二是、法定調查程序之限制。簡之，審判程序中關於犯罪事實的調查與證明，須在法律規定所准許的證據方法之範圍內，並且依法律規定的調查證據程序踐行之，兩者同時具備時才是經過合法調查的證據，才取得證據能力。參照林鈺雄，刑事訴訟法（上冊），自版，2010年9月，頁472-473。然而，本文認為此項觀點與釋字第582號解釋意旨與第155條第2項規定明顯扞格，容有斟酌餘地。

<sup>72</sup> 陳運財，前揭註44書，頁464。

第一，確信程度：係指須達不容有合理懷疑存在之程度<sup>73</sup>，亦即通常一般人均不致有所懷疑，而得確信其為真實之程度，若無法達到此程度，法院應判定該事實不存在。舉例言之，美國法有認為，如檢察官通過提出證據之責任後，是否為有罪之評議，仍應交由陪審團審議，當調查證據結束，檢察官必須說服陪審團確信被告有罪程度至無合理懷疑（Beyond a Reasonable Doubt）之程度<sup>74</sup>，是為「說服責任」（Burden of Persuasion）。倘若檢察官無法說服至確信之程度，裁判者仍存有合理的懷疑時，陪審團即應為被告無罪之評議（verdict of not guilty）。

第二，證據優越性：以大概可信之程度為已足。如我國民事法上之證明，以能提出證據之優越性即可。又如刑法第 310 條第 3 項規定被告對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰。其證明程度，亦僅具證據之優越性為已足。此外，在被告抗辯其具有阻卻違法或阻卻罪責事由時，美國加州法認為因為該等事由不僅有利於被告，且被告對於該事項應該擁有特別的認識，故應由被告就該事由之存在，負說服責任<sup>75</sup>，但證明程度以過半證據<sup>76</sup>（Preponderance of Evidence）即為已足。倘若被告未能說服陪審團至過半證據的程度時，則陪審團不應相信被告之主張。

第三，釋明程度：乃就訴訟程序上之事實提出說明，使法院瞭解主張之所在之程度即可，其目的在於使事情能快速處理，而對某種訴訟法上之特殊事實，所為之特別規定。例如聲請推事迴避之原因、非因過失遲誤上訴、抗告或聲請再審期間之原因、拒絕證言之原因及拒卻鑑定人之原因等規定。

---

<sup>73</sup> 所謂無合理的懷疑，一種典型的說法（in Mr. Starkie's classical phrase），是由於一種良知的確信，排除一切合理的懷疑（“a moral certainty, to the exclusion of all reasonable doubt”）。參照李學燈，證據法比較研究，五南，1993 年 4 月，頁 856-857。

<sup>74</sup> "Lest there remain any doubt about the constitutional stature of the reasonable-doubt standard, we explicitly hold that the Due Process Clause protects the accused against conviction except upon proof beyond a reasonable doubt of every fact necessary to constitute the crime with which he is charged." In re Winship, 397 U.S. 358, 90 S.Ct. 1068, 1073 (1970).

<sup>75</sup> California Evidence Code, §500, (2013) (Except as otherwise provided by law, a party has the burden of proof as to each fact the existence or nonexistence of which is essential to the claim for relief or defense that he is asserting.)

<sup>76</sup> California Evidence Code, §115, (2013)(Except as otherwise provided by law, the burden of proof requires proof by a preponderance of the evidence.)

綜上所述，關於實體法上犯罪事實之認定，其證明方法的要求，依第 155 條第 2 項規定，應以嚴格證明之方式為之。亦即，基於無罪推定原則及證據裁判主義，自應以有證據能力之證據，且提出於公判庭上進行合法之調查程序，始得作為判斷之依據。再者，本於無罪推定原則及檢察官負舉證責任之要求，自應要求證明至超越合理懷疑的確信程度，始能判決被告有罪。最高法院 76 年台上字第 4986 號判例，足資參照。

### 第三節 證據能力有無之證明

#### 第一項 證明負擔之歸屬

##### 第一款 應由誰負證明負擔

關於證據能力有無之證明究竟應由誰負擔證明？不無疑問。刑事訴訟法並無民事訴訟法第 277 條就舉證分配設有一般性的規定<sup>77</sup>。關此，有學者指出，應由主張使用並聲請調查該證據之當事人負擔證明，亦即應由提出證據聲請調查之當事人就其所提證據具備於法庭上調查之資格，負證明負擔，較為合理<sup>78</sup>。蓋提出證據聲請調查者，對於證據取得的過程及內容如何，一般而言，知之甚詳。是使其證明該證據有無瑕疵，理論上較無困難<sup>79</sup>，本文從之。此觀第 156 條第 3 項後段規定之修法理由說道，事實上，被告欲證明其自白非出於任意，十分困難。因此，有關自白非任意性之爭執，每每成為民怨之所在，……是站在人權保障及

<sup>77</sup> 查民事訴訟法第 277 條規定：「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。」此項規定僅就民事訴訟舉證責任之分配為一般性之規定，並未能妥適解決一切任何舉證分配的問題。有鑑於此，學理上為了解決民事訴訟舉證責任分配之問題，提出許多分配標準，計有：「法規分類說」、「要證事實分類說」、「法律要件分類說」以及「危險領域說」等。而民事審判實務上多數意見則係佐坦特別要件說（規範說），此說主張法律關係存在之當事人，僅須就該法律關係發生所須具備之特別要件，負舉證之責任，至於他造主張有利於己之事實，應由他造舉證證明，此有最高法院 48 年台上字第 887 號判例，足資參照。有關民事訴訟舉證責任分配之理論，可參閱王甲乙、楊建華、鄭健才合著，民事訴訟法新論，三民，2010 年 6 月，頁 403-410；姜世明，民事訴訟法基礎論，元照，2011 年 1 月，頁 150-156；姜世明，舉證責任分配法則之體系建構，收錄於舉證責任與真實義務，新學林，2006 年 3 月，頁 16-17；楊淑文，從特定類型之實務見解觀察舉證責任分配之判斷標準（上），台灣本土法學雜誌，第 60 期，2004 年 7 月，頁 49-63。

<sup>77</sup> 陳運財，前揭註 30 文，頁 9。

<sup>78</sup> 陳運財，前揭註 44 書，頁 463；陳運財，前揭註 55 書，頁 61；黃朝義，前揭註 36 書，頁 498。

<sup>79</sup> 陳運財，證據能力有無之舉證問題研究，收錄於刑與思—林山田教授紀念論文集，元照，2008 年 11 月，頁 484。

以當事人進行主義為原則之立場，爰於修正條文條第三項後段增訂「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」，亦得印證。此外，檢察官聲請調查搜索扣押之證據，遇被告異議該證據係違法搜索扣押所取得時，依相同標準，亦應由使用該項證據之檢察官證明該證據係依法定程序取得，而具有證據能力。

倘若檢察官聲請調查證人的警詢筆錄，惟被告主張屬於傳聞證據而無證據能力之情形時，最高法院有判決指出，應由檢察官就證據適格之要件負擔證明責任。勘查最高法院96年度台上字第5684號判決指出：「刑事訴訟法第一百五十九條之二所定得為證據之傳聞例外，必符合被告以外之人於檢察事務官、司法警察官、司法警察調查中所為之陳述，與審判中不符，其先前之陳述，具備『可信性之情況保證』及『必要性』之證據適格要件，始例外承認其先前所為之陳述，為有證據能力。……倘該被告以外之人於審判外之先前陳述，係檢察官所提出者，自亦不能豁免其就證據適格之要件應盡舉證之責任。」

## 第二款 與檢察官實質舉證責任之關係

在檢察官必須就證據能力有無負證明負擔之情形，其根據可否訴諸於第 161 條第 1 項之規定？即有疑問。蓋訴訟法上事實與實體法上事實之證明本質上不盡相同，似乎無法直接援引此之規定作為檢察官須負擔證明之依據。

然而，最高法院另有判決似乎認為，依第 161 條第 1 項規定，檢察官就證據能力之部分亦應負舉證責任。揆諸最高法院 100 年度台上字第 992 號判決有謂：

「檢察官就被告犯罪事實，應依刑事訴訟法第一百六十一條第一項前段盡其提出證據之形式舉證責任<sup>80</sup>，此所謂提出證據，當然包括該證據具備證據適格（證據

<sup>80</sup> 稱形式舉證責任者，乃於訴訟程序進行的具體狀況中，有受不利益判斷之虞的一方當事人，為避免受此項不利益之判斷，所負提出證據之負擔。惟國內有學者指出，形式的舉證責任，乃實質舉證責任所附隨衍生出的問題，一般稱為程序上的反射作用而已，故在刑事程序中，實無必要將形式的舉證責任做獨立的論述。參照陳運財，前揭註 44 書，頁 444；黃朝義，前揭註 36 書，頁 496；黃朝義，刑事舉證責任與推定，刑事法雜誌，第 42 卷 1 期，1998 年 2 月，頁 32。

能力)之舉證，俾與同法第二百七十三條第二項『法院依本法之規定認定無證據能力者，該證據不得於審判期日主張之』相呼應。檢察官提出被告以外之人在審判外之陳述為證據，必須盡其證據適格之舉證，其形式舉證責任，始謂已盡，而法院依同法第二百七十三條第一項第五款規定，亦有曉諭檢察官為證據調查聲請之義務，方符刑事訴訟現制改採當事人舉證先行之理念。」同院 97 年度台上字第 405 號判決同此意旨。此項由檢察官負擔證明責任之見解，結論上值得贊同。惟以第 161 條第 1 項規定為立論依據，並非妥適。蓋本項規定主要係就被告之犯罪事實，要求檢察官負舉證責任，兩者性質上明顯不合。職是，較合理的運作觀點是從證明負擔的公平性原則出發考量。

### 第三款 被告形成爭點之必要

在當事人進行的訴訟結構下，一切訴訟的進行均由雙方當事人採取主動，法院或審判者只不過居於仲裁者與判斷者之地位而已<sup>81</sup>。據此，檢察官與被告必須各自以自己的立場蒐集得以證明自我主張的證據，並將此證據提出於法庭中，以進行攻擊防禦。循此而論，當事人就其所欲證明之特定事實，理應先行提出主張，提出後始有決定由誰負證明負擔的問題可言，換言之，當事人提出主張係為舉證證明之前提要件。

於實體法上，由於構成要件該當事實一旦獲得證明，一般而言，即可推論其為違法及有責的行為，故並非所有起訴的案件，檢察官自始即須先行舉證證明被告之行為不具有阻卻違法及阻卻責任事由存在。僅在被告一方提出阻卻違法或阻卻責任事由之抗辯時，檢察官始負有證明被告阻卻犯罪事由不存在之負擔<sup>82</sup>；相同地，關於證據能力有無之爭議，理論上，亦應於被告就證據能力之有無提出異議後，諸如抗辯自白非出於任意、證物係經由違法搜索取得、不符傳聞例外要件或屬於傳聞證據而無證據能力等，檢察官始須就其所提出並聲請調查之證據，證明有證據能力。

<sup>81</sup> 黃東熊、吳景芳合著，刑事訴訟法論（上），三民，2010年2月，頁6。

<sup>82</sup> 陳運財，前揭註55書，頁60。

值得探究的是，異議之當事人應以何種方式？及何等程度的抗辯？始足以形成爭點。亦即，提出異議者須如何聲明始能達到開啟他造舉證證明的門檻？又抗辯是否有時間點的限制？就此，實務立場與學者見解略有不同，茲分述於後：

首先，關於抗辯之方式及程度，最高法院曾於被告抗辯該項證據係屬於傳聞證據而不具有證據能力之情形，指摘被告如未主張並釋明顯有不可信之情況時，檢察官自無須再就無該例外情形為舉證，法院亦無庸在判決中為無益之說明。準此以言，遇被告「主張並釋明」有不可信之情況時，檢察官即須就證明該傳聞證據係具有可信之情況保障，法院也必須在判決中就證據能力之取捨交代說明<sup>83</sup>。

學理上，關於主張之方式及內容，基本上有下述兩種程度的差異：第一，提出證據責任說：此說認為當被告已提出證據使法院合理懷疑其行為具有阻卻犯罪成立之事由時，始由檢察官負證明該事由不存在之責任。第二，形成爭點責任說（又稱為主張責任）：該說主張被告抗辯時，毋庸提出證據，而僅須透過意見陳述等方式，形成爭點即可；由於被告只須表明有阻卻犯罪成立之事由，且實質上某種程度具體的主張可供調查之證據方法或調查途徑即為已足<sup>84</sup>。

本文認為，基於民國 92 年修法意旨在於加強被告之防禦權，並且考量被告客觀上蒐集證據有困難性，以形成爭點責任說較為可採。在被告主張自白不具任意性的情形，第 156 條第 3 項規定被告只須「陳述」其自白係出於不正方法，法院即應先於其他事證而為調查，似乎亦傾向較寬鬆的形成爭點責任說。附帶一提的是，為促進訴訟、審理集中化及有利證據之調查，阻卻違法事由與阻卻罪責事由之抗辯，或是非任意性自白、傳聞例外要件等程序事項上之抗辯，於運作上，可參酌民事訴訟法第 276 條之規定，原則上應於行準備程序時提出抗辯。若於第一次審判期日始提出，基於程序安定及避免被告拖延訴訟之考量，應課以一定的

<sup>83</sup> 最高法院 100 年度台上字第 1202 號、100 年度台上字第 183 號、99 年度台上字第 8155 號及 98 年度台上字第 4539 號判決。

<sup>84</sup> 三井誠，舉證責任と推定（1），法學教室，第216期，1998年9月，頁85。

失權效果，亦即不得再聲明異議<sup>85</sup>。

#### 第四款 與法院職權調查之關係

刑事審判基於無罪推定原則，檢察官依法自應就被告的犯罪事實負舉證責任。是以，刑事訴訟原則上並無舉證責任分配於被告的問題。相對的，訴訟法上事實之證明，則應由聲請證據調查之一方當事人負擔證明責任。循此思路，若該項證據係由被告提出聲請調查且對造異議並加以形成爭點者，理論上，自應由被告負責證明。應特別說明的是，於被告舉證證明完畢後，事實真偽仍陷於不明時，無論被告實施訴訟的實力如何，法院依第 163 條第 2 項但書「對被告利益有重大關係事項」之規定，自應依職權介入調查，以維護當事人武器實質對等與法院照顧被告之義務，並貫徹憲法第 7 條所揭櫫的實質平等原則。

蓋實質平等原則所關切者，在於社會正義與破除群體壓迫等深層的價值觀。本文以為，倘若刑事審判程序要貫徹憲法所揭櫫的實質平等原則，法院不僅應保持客觀、超然的公平審判，除不再如同過去糾問般接續檢察官蒐集調查對被告不利之證據外，更應積極主動照顧在刑事程序上相對弱勢的被告，協力抗衡擁有龐大國家資源當後盾的檢察機關，挽救長期處於武器匱乏而訴訟實力相對薄弱的被告<sup>86</sup>，如此方能真正落實憲法第 7 條所追求之實質平等。

#### 第二項 證明方法

被告之實體犯罪事實，依法須經過嚴格證明。相對的，程序上證據能力有無之證明，究竟應採何種證明方法較為妥適？不無疑問。就此，有論者認為，關於

<sup>85</sup> 民事訴訟法第 276 條立法理由指出：「為督促當事人善盡訴訟促進義務，對於當事人在準備程序未主張之事項，自應有失權之規定。」爰其規定：「未於準備程序主張之事項，除有下列情形之一者外，於準備程序後行言詞辯論時，不得主張之：一、法院應依職權調查之事項。二、該事項不甚延滯訴訟者。三、因不可歸責於當事人之事由不能於準備程序提出者。四、依其他情形顯失公平者（第 1 項）。前項第三款事由應釋明之（第 2 項）。」

<sup>86</sup> 有關實質平等原則的介紹，可參閱廖元豪，平等權：第一講—憲法平等權之意義，月旦法學教室，第 68 期，2008 年 6 月；林子儀大法官在司法院釋字第 571 號解釋協同意見書中所發表之見解。

某一事實之證明活動究竟應採嚴格證明或自由證明，本質上應從保障被告防禦權與發現真實的觀點出發判斷，視待證事實採取嚴格或自由證明法則是否會對於被告防禦權益與真實發現有重大影響而定<sup>87</sup>，本文從之。準此以言，證據能力有無之證明，因無涉犯罪事實本身之認定，原則上依自由證明之方式即可。據此，自白是否具任意性、搜索扣押程序是否合法，抑或是否構成傳聞例外「可信性」之要件，以自由證明之方式即可。另外，科刑之證據<sup>88</sup>，以及是否具備訴訟條件之證明<sup>89</sup>，亦以自由證明即為已足。

所謂自由證明，係指使用之證據，其證據能力或證據調查程序不受嚴格的限制<sup>90</sup>。此由第 155 條第 2 項規定反面推論亦可得知，自由證明無庸受到嚴格限制，亦即不受證據能力之限制，抑或無庸踐行法定之證據調查方式。換言之，當事人得使用無證據能力之證據，或者未經合法調查程序所得的證據，用以證明待證事實。有必要特別指明者係，自由證明僅是適度放寬嚴格證明法則所要求的要件，而非謂法院得以全憑主觀意思恣意認定，如對被告防禦權益與真實發現有重大影響之證據，則仍應合乎一定正當的調查程序，較為妥適。

日本實務上對於訴訟法上事實之證明，原則上以自由證明即為已足。而自白

<sup>87</sup> 陳運財，前揭註 19 文，頁 136；陳運財，前揭註 44 書，頁 464-465。

<sup>88</sup> 最高法院 87 年度台上字第 3485 號判決有云：「按刑法第五十七條所定科刑應審酌之一切情狀，因其非屬犯罪構成要件之事實，以經自由證明為已足，然所謂自由證明，係指使用之證據，其證據能力或證據調查程序不受嚴格限制而已，關於此項科刑審酌之裁量事項之認定，仍應與卷存證據相符，始屬適法。」同院 93 年度台上字第 3410 號判決，亦同斯旨。有論者以為，基於考慮審判之公平、公正，量刑資料之事實雖以自由證明即可，但仍應對量刑資料為合法之證據調查，使為妥當。斯項觀點，頗為深刻，足資稱許。參照黃東熊、吳景芳合著，前揭註 31 書，頁 367。

<sup>89</sup> 最高法院 93 年度台上字第 2251 號判決有謂：「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。」

<sup>90</sup> 最高法院 71 年台上字第 5658 號判例要旨：「犯人與被害人平日之關係，雖為單純科刑應行審酌之情狀（刑法第五十七條第八款），非屬犯罪構成要件之事實，以經自由證明為已足，然所謂自由證明，係指使用之證據，其證據能力或證據調查程序不受嚴格限制而已，其關於此項科刑審酌之裁量事項之認定，仍應與卷存證據相符，始屬適法。」

是否具備任意性係為訴訟法上之事實，故以自由證明即可。質言之，在證明自白是否具有任意性時，檢察官一般都是以向承辦之調查人員提出詢問的作法來進行舉證。被告方則以詰問調查員的方式進行防禦。再者，倘若對於任意性與否仍存有疑義時，亦可進一步對被留置人之出入紀錄本、診斷書及偵查日誌等旁證進行調查（若檢察官擁有時由其提出，或由被告方聲請「提出命令」）。一般實務運作上，尚有要求提出自白筆錄並就被告的簽章是否出於任意與自白內容本身等資料，作為調查任意性之判斷依據。另外，要求檢察官提出辯解記錄、羈押訊問筆錄等所有被告之供述資料以及偵訊時的錄音帶，亦是判斷任意性的方法之一<sup>91</sup>。

另外，關於傳聞例外「特信性」之證明責任由檢察官負擔，並無爭議。惟證明的程度以及證明之方法，則有疑問。實務上常見之作法是，在證人否認其在檢察官面前之陳述的情形，檢察官通常會先指摘出相反陳述的部分並說：「之前有做如此的陳述吧！」再接續問道：「難道在檢察官面前說謊嗎？」讓證人加以否認後並確認其在檢面筆錄上之簽名、指印無訛後，終結檢察官之證明責任。然而，此種證明活動，就證明檢面筆錄之例外要件而言，顯然是不充分的。檢察官至少要清楚地說明陳述證人在審判時的供述之外部附隨情況之可信度是低於檢面時的，也就是檢察官要充分彈劾證人。惟實務上僅要求檢察官舉證證明至上述之程度即可認為具備刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 2 款後段之「相反性」及「特信性」是有風險的。職是，就辯護人來說，要有暫時無視於特信性的舉證責任，而係就檢面筆錄為反對詰問之心理準備，所以至遲應在進行反對詰問時，要求檢察官出示檢面筆錄<sup>92</sup>。

### 第三項 證明程度

關於實體法上犯罪事實之證明程度，本於無罪推定原則及檢察官之實質舉證責任，自應要求證明至超越合理懷疑的確信程度，始能判決被告有罪，最高法院 76 年台上字第 4986 號判例，足資參照。

<sup>91</sup> 石井一正，前揭註 29 書，頁 67、75-76。

<sup>92</sup> 山室惠，刑事尋問技術〈改訂版〉，株式會社ぎょうせい，2007 年 4 月，頁 127-128。

相對的，證據能力有無之證明性質上屬於訴訟法上事實之認定，其證明方法，雖因無關犯罪事實本身之認定，而以自由證明即為已足，惟其所要求證明之程度如何？現行法並無明文規範，實務見解目前仍未有明確的立場。惟有論者以為，負擔證明者應證明至何等程度方為妥適之問題，應視其與犯罪事實之存在與否有無重要關係以及當事人有無提出證據證明之可能，做個別判斷<sup>93</sup>，本文從之。亦即應依據待證事項與犯罪事實存在與否是否具有重要關聯性，並且根據當事人舉證之公平性及技術上是否可行之觀點出發判斷。

舉例言之，關於自白任意性之證明程度，本文以為，被告自白於我國刑事審判上仍不減其「證據女王」之地位，故自白通常成為犯罪事實是否存在之重要證據，連帶決定被告犯罪是否成立，可謂與犯罪事實存在與否具有重要關連性，且責由檢察官舉證證明亦無特別困難之處。職是之故，自白任意性之證明程度仍應以確信為必要。

至於，其他證據能力有無之證明活動，在證明方法層次上，基本上以自由證明即可，惟應證明至證據優越性或是釋明程度較為妥適？不無疑問。關此，有日本學者認為可緩和至證據優越性即為已足<sup>94</sup>。例如證明被告以外之人於檢察官面前之偵訊筆錄符合傳聞例外要件之事實「去向不明」、「特信性」等之心證程度，以證據優越性即為已足。本文以為，仍應根據待證事項與犯罪事實存在與否是否具有重要關聯性，並且根據當事人舉證之公平性及技術上是否可行之觀點，進行個別判斷，以決定證明之程度，較為合理。

## 第四節 結語

按第161條第1項規定，檢察官就被告之犯罪事實應負實質舉證責任，其證明之方法依第155條第2項規定，須透過嚴格證明，並應證明至確信的程度，始得為

<sup>93</sup> 陳運財，前揭註 79 書，頁 472。

<sup>94</sup> 田宮裕，前揭註 29 書，頁 303。

被告有罪之判決。至於，訴訟法上有關證據能力有無之證明活動，現行法仍未臻完善。本文擬就此項證明活動之相關爭議問題，扼要說明如下：

首先，決定由誰負擔證明的問題，目前最高法院各庭之間仍無定見，學者之間亦眾說紛紜。本文基本上認為，對於當事人聲請調查之證據，遇異議之當事人抗辯加以形成爭點後，應由提出該項證據調查之當事人負擔證明責任。舉例言之，檢察官聲請調查訊問筆錄，遇被告抗辯係為傳聞證據而無證據能力時，自應由檢察官舉證證明該陳述係具有可信的情況保障。反之，倘若該項證據係由被告聲請調查者，依上開標準，被告同樣須負證明負擔。惟如被告舉證完畢後，事實真偽仍陷於不明時，無論被告實施訴訟實力如何，基於當事人武器實質對等、法院照顧義務與憲法第 7 條所揭櫫實質平等原則之考量，法院自依第 163 條第 2 項但書「於被告利益重大關係之事項」規定，並且有調查可能者，應主動的依職權介入調查，否則即有構成第 379 條第 10 款「依本法應於審判期日調查之證據而未予調查者」之判決當然違背法令之餘地。

其次，於證明之方法上，訴訟法上事項之認定，基本上無涉實體犯罪事實之認定，原則上無庸採取嚴格證明之方式，而以自由證明即為已足。亦即提出該項證據調查之當事人進行證明活動時，其指出之證據方法不受證據資格的限制，且不以法定之調查程序為必要。話雖如此，雖謂不以合法調查程序為必要，惟如對於被告之防禦權益有重大影響之證據，其證據能力有無之調查程序仍以踐行一定正當之調查程序，較為妥適。

最後，關於證明程度，仍應視其與犯罪事實之存在與否有無重要關係以及當事人有無提出證據證明之可能，做個別之判斷，不可一概而論。亦即應根據舉證之公平性及技術上是否可能，分別論斷。例如被告自白有無任意性的認定，往往足以影響到犯罪事實是否成立，且檢察官證明上亦無特別之困難，故其所要求的證明程度仍以至確信之程度為必要。另外，其他證據能力有無之證明程度如何，亦依上開標準判定之。

至於，「自白任意性之證明」、「違法證據排除之證明」及「傳聞例外要件『可信性』之證明」等各論部分，分別於第三章至第五章依序為詳細的探討分析。



## 第三章 自白任意性之證明

歷來，非任意自白之爭議，在實務上層出不窮。綜觀台灣司法史上，曾發生不少震驚社會的案件，其中較為耳熟能詳者，例如民國 80 年代的「王迎先事件」與「蘇建和案」。細察這兩個案件的共同特徵之一是，執法人員都被質疑曾使用刑求、脅迫等非法手段以取得自白<sup>95</sup>。非法取證除了司法威信的破壞外，更造成王先生不幸中途自戕與蘇案三囚在獄中度過青春歲月的憾事。而自白是否出於任意攸關證據能力之有無，進而連帶影響被告犯罪是否能夠成立，實不可不慎。職是，本章先扼要介紹自白法則後，分別就「證明負擔之歸屬」（第二節）、「證明方法」（第三節）及「證明程度」（第四節）等相關問題進行深究。

另外，有必要說明的是，本章焦點是在探討自白任意性之證明問題，至於第 158 條之 2 的排除規定，其屬性上與自白任意性法則有別，係側重違反法定程序所取得之自白的排除，爰留待於第四章「違法證據排除之證明」中一併探討，先予敘明。

### 第一節 自白法則

#### 第一項 自白之意義

所謂自白，乃對自己犯罪構成要件事實之全部或主要部分為承認之供述<sup>96</sup>。亦即被告對於檢察官所指控之犯罪事實之全部或主要部分為有罪的陳述。而判斷是否構成犯罪事實之主要部分，應從實體法上犯罪之要件為具體的觀察。舉例言之，檢察官起訴被告犯刑法第 277 條第 2 項前段之傷害致死罪，被告承認只有傷

<sup>95</sup> 「王迎先事件」與「蘇建和案」，維基百科，<http://zh.wikipedia.org/wiki/%E7%8E%8B%E8%BF%E5%85%88#.E7.8E.8B.E8.BF.8E.E5.85.88.E4.BA.8B.E4.BB.B6> 與 <http://zh.wikipedia.org/wiki/%E8%98%87%E5%BB%BA%E5%92%8C>，最後瀏覽日 2013 年 1 月 24 日。蘇建和一案之高等法院認定，由於全體被告確實遭到警方刑求，自白不具任意性，並無證據能力。又此等自白為檢方起訴的主要證據，因此，在高度爭議性的情況下，歷任法務部長都沒有核准執行死刑。參照法源法律網，纏訟 20 年高等法院採納鑑定意見，蘇案再更二審判無罪，<http://www.lawbank.com.tw/news/NewsContent.aspx?NID=87051.00>，最後瀏覽日 2013 年 3 月 9 日。

<sup>96</sup> 最高法院 101 年度台上字第 3706 號及 100 年度台上字第 5668 號判決。

害，而否認被害人死亡的結果與傷害行為有關。在本例中，傷害部分係為傷害致死罪之實體法上要件的主要部分、基礎事實。依上述標準，被告所承認的傷害行為部分因合乎自白的要件，是為自白。

自白在學理上有「狹義自白」與「廣義自白」二種概念，雖然第 100 條之規定將被告對於犯罪之自白及其他不利益事實之陳述區分為二，然自白在本質上亦屬於自己不利益陳述之一種，雖然第 156 條第 1 項僅就自白之證據能力為規定，但對於其他不利益之陳述是否仍有適用？即有疑義。對此，本文以為，自白在刑事訴訟法上之證據能力有較嚴格之限制，故被告之自白，宜從廣義解釋，除指狹義自白外，尚包括經法院採為論罪依據之其他承認不利於己之事實<sup>97</sup>。若該不利益陳述係違反法定偵查程序所取得者，依第 158 條之 2 第 1 項規定，原則上無證據能力，自不待言。至於「自述」，乃指被告對犯罪事實以外之訴訟程序中不利益事實所為的承認，並無自白法則之適用，附此敘明。

## 第二項 自白法則之沿革與理論根據

英國於十八世紀末，即有判例基於類型上可能產生虛偽供述而應予以排除的觀點認為，以期約或脅迫等不正當之方法所取得之自白，無證據能力<sup>98</sup>。我國歷經幾次修法後，於民國 92 年 2 月 6 日修正公布第 156 條第 1 項規定「被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據。」並於同年 9 月 1 日施行。

茲有疑義的是，為何非任意性自白不具有認定犯罪事實的資格？關此，學理上約略發展出三種學說<sup>99</sup>：第一，虛偽排除說：因以強暴、脅迫、利誘與詐欺等

<sup>97</sup> 最高法院 101 年度台上字第 473 號及 99 年度台上字第 4874 號判決。

<sup>98</sup> 陳運財，警訊錄音之研究－最高法院八十八年度臺上字第五七六二號刑事判決評釋，台灣本土法學雜誌，第 24 期，2001 年 7 月，頁 28；陳運財，禁止夜間詢問之原則，台灣本土法學雜誌，第 6 期，2000 年 1 月，頁 182。

<sup>99</sup> 黃朝義，前揭註 36 書，頁 509-511；土本武司著，董璠與、宋英輝譯，前揭註 29 書，頁 323-324；林俊益，前揭註 68 書，頁 385；張麗卿，刑事訴訟法理論與運用，五南，2010 年 9 月，頁 353-354；杜逸新，被告自白任意性之擔保－以警詢全程連續錄音為中心，私立東海大學法律學研究所碩士論文，2008 年，頁 24-26。

不正方法所取得的自白，一般認為，虛偽陳述的蓋然性極高，一旦利用該欠缺任意性的自白，不免產生誤判的疑慮，故應予以排除。第二，人權擁護說：此基於保障被告緘默權的觀點，認為被告違反供述自由所取得之自白，不能被當作證據使用，係為貫徹憲法維護被告緘默權的意旨。第三，違法排除說：係從立法政策的角度出發，主張倘若偵查機關違法搜索取得的證據，法院仍將之用以認定犯罪事實，則是否能達到避免、嚇阻偵查機關將來違法偵查之目的，殊值懷疑。誠然，偵查機關取證過程必須合乎正當法律程序之要求，是以法院將經由刑求、逼供等不正方法所取得的自白，當作證據使用，對於嚇阻偵查機關違法偵查，無異緣木求魚。職是之故，基於保障人權、司法廉潔性等理念，經由違法程序所取得之自白，有排除之必要。

實務上，對於非任意性自白必須排除的理論根據有採「虛偽排除說」者，例如最高法院 94 年度台上字第 2997 號判決意旨有謂：「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。」該號判決繼續說道：「……為確保被告之緘默權及拒絕陳述權，防止以違法之方法取得其供述，刑事訴訟法第九十八條明定：訊問被告應出以懇切之態度，不得用強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問或其他不正之方法；第一百五十六條第一項明定：被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據。」明顯又採「人權擁護說」。另外，司法院釋字第 384 號解釋之理由書更直接闡明，被告自白須出於自由意志，屬於憲法第 8 條第 1 項實質正當之法律程序之重要內涵。同院 96 年度台上字第 1641 號判決稱謂：「告之自白，須非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、違法羈押或其他不正方法，且與事實相符者，始得採為認定被告犯罪事實之證據。……舉凡足以影響被告自由意志所為之自白，均應認為不具自白任意性，方符憲法所揭示『實

質正當法律程序』之意旨。<sup>100</sup>」綜上所述，我國司法實務就非任意自白應予以排除的理論依據，上述三說，各有所採。

### 第三項 不正方法之類型

#### 第一款 基本觀察

按第 156 條第 1 項之規定，一共例示了強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押等 6 種類型的不正方法，外加「其他不正之方法」的概括規定。本文以「自白&(第一百五十六條第一項+第一百五十六條第三項+任意性)」為全文檢索語詞<sup>101</sup>，並搭配民國 92 年 9 月 1 日至 102 年 3 月 31 日之判決日期進行搜尋，約略搜得 1769 筆最高法院判決。本文僅就其中涉及自白任意性之「證明分擔歸屬」及「證明方法」的 236 筆判決，統計歸納被告所提出的各種抗辯型態，並予以類型化分析。

在此 236 筆涉及被告抗辯的判決中，依出現次數多寡降冪排序如後：一、其他不正之方法：共 145 次 (42.52%)。二、脅迫：共 85 次 (24.92%)。三、利誘：共 62 次 (18.18%)。四、疲勞訊問：共 20 次 (5.86%)。五、詐欺：共 19 次 (5.57%)。六、強暴：共 10 次 (2.93%)。七、違法羈押：共 0 次 (0%)。參【表 1】。

【表 1：實務上被告非任意性自白之抗辯類型數量】

次序	類型	次數	百分比 (單位：%)
1	其他不正之方法	145	42.52
2	脅迫	85	24.92

<sup>100</sup> 實務判決同採實質正當法律程序之觀點者，例如最高法院 97 年度台上字第 5705 號、97 年度台上字第 1727 號、97 年度台上字第 1233 號、97 年度台上字第 514 號、96 年度台上字第 1641 號、96 年度台上字第 811 號、96 年度台上字第 829 號、95 年度台上字第 7001 號、95 年度台上字第 6173 號、95 年度台上字第 3025 號、95 年度台上字第 1365 號及 94 年度台上字第 6461 號判決。

<sup>101</sup> 必要說明者係，半型的 "+" 字符號，表示 " 或 "；半型的 "&" 字符號，表示 " 且 "；半型的 "(" 符號，表示 " 組合 " (下同)。準此，「自白&(第一百五十六條第一項+第一百五十六條第三項+任意性)」所代表的意義是，本文所搜得之裁判中含有「自白且第一百五十六條第一項」或「自白且第一百五十六條第三項」或「自白且任意性」。

3	利誘	62	18.18
4	疲勞訊問	20	5.86
5	詐欺	19	5.57
6	強暴	10	2.93
7	違法羈押	0	0

資料來源：本文自行製作

觀察【表 1】得知，在被告的抗辯類型中，「其他不正之方法」出現的次數最多，共有 145 次，當然所占比例也就最高，有 42.52 個百分比。本文將這 145 次抗辯予以類型化分析，大概又可分為 17 種抗辯型態，參【表 2】。又從【表 2】可知，占其他不正方法之前三名者，依序為：一、刑求：共 52 次（35.86%）。二、生理或精神障礙：共 30 次（20.68%）。三、不當誘導：共 29 次（20.00%）。

【表 2：非任意性自白之其他不正方法之類型統計】

次序	類型	次數	百分比(單位：%)
1	刑求	52	35.86
2	生理或精神障礙(毒癮發作、憂鬱症)	30	20.68
3	不當誘導(引誘)	29	20.00
4	誤導	8	5.51
5	偵查人員態度或口氣不佳、高聲斥責	5	3.44
6	偵查機關將已寫好的筆錄提供被告照念或予以提示或為配合警方之意思而為供述	4	2.75
7	不正訊問之延伸性自白	4	2.75
8	逼供	3	2.06
9	未解除手銬而為訊問	2	1.37
10	被告誤認如此陳述可換取輕刑或從輕發落	1	0.68
11	辯解遭拒	1	0.68
12	自白係出於與警方正式訊問製作筆錄前之聊天過程	1	0.68
13	凌虐	1	0.68
14	依法應使用通知書而未用，逕以電話通知到案說明，造成心中之恐懼、壓迫感油然而生	1	0.68

15	檢察官要被告擔任污點證人	1	0.68
16	警察於問完一句話後，隨即將錄音機中斷，等到被告回答為警察滿意後，再行錄音	1	0.68
17	拘捕不合法	1	0.68

資料來源：本文自行製作

## 第二款 實務上常見之自白抗辯態樣

在千般萬樣的抗辯型態中，本文擬就實務上最常見的脅迫、利誘、疲勞訊問、刑求、生理或精神障礙及誘導等類型予以扼要說明。

### 壹、脅迫

#### 一、以「羈押」脅迫

例如：「檢察官訊問被告時表示：『你講喔，我不能告訴你我要怎麼做，但是你不陳述，我是一定押你的』、『一樣是犯罪，為什麼有些人被押，有些人不會被押，因為否認，你就有串證的可能，你自己要衡量你有沒有機會翻身』等。」(101台上 2219)；「偵查中檢察官說如果不配合的話，絕對會被收押，也一定會讓我沒有工作，……我才配合說這些話。」(99台上 1981 及 98選上訴 161)；「……並稱待會在檢察官訊問時要依筆錄內容回答，否則如有不同必被收押。被告因受警員脅迫又怕被收押，……均非出於被告自由意志所為。」(99台上 1078)；「調查筆錄係遭調查員威脅稱：『你看別人都招了，你如果不招，我會請檢察官將你收押。』是伊之自白並非出於自由意思，不具證據能力等。」(98台上 4375)及「自白係因警員告以不承認，檢察官即會聲請，而法官會予羈押，承認即會沒事（即不會羈押）。」等詞。上訴人因害怕羈押而產生心理上壓迫（脅迫）……其自白欠缺任意性，自無證據能力。」(98台上 2361)<sup>102</sup>。

<sup>102</sup> 實務上以「羈押」為脅迫者，尚且如「自白係調查人員以威脅（收押）等不正方法所取得，而無證據能力。」(101台上 3248)；「檢察官以羈押為要脅。」(98台上 4366)；「調查站他們說只要我簽名我就沒有事才可以回事（家）不然晚上要在這邊過夜要把我羈押，我身心懼怕才簽名的。」(95台上 4213)；「警員確有以不配合承認販賣毒品將遭致羈押，……上訴人並因誤信警方

## 二、以「對被告以外之人不利」脅迫

諸如：「係受偵查組小隊長脅迫要對女友驗尿……，伊始配合為不實之自白。」(100 台上 5768)；「警詢時員警以要打劉黃忠威脅伊，不做伊之筆錄。」(99 台上 3539)；「在警詢、偵查中，是警察要我承認，而且要我在檢察官那裡也承認，他才會放我男友回家。」(96 台上 7633) 及「警詢筆錄係警方偵訊人員脅迫說如果不承認，要拖其女友下水，其自白難謂係出於完全之任意性。」(94 台上 803)。

## 三、以「限制人身自由」脅迫

譬如：「警詢筆錄是警察自己寫的，因如沒有在警詢筆錄上簽名就不可以回去。」(95 台上 4517) 及「當天係投票日，伊急於知道選情，調查人員說如伊不配合，就不讓伊出去，在調查站伊很緊張、惶恐，調查人員一直逼供，並表示伊若不合作，不讓伊出來，伊才(在筆錄上)簽名等。」、「當時警察將我們載到調查站訊問筆錄，我們心裡相當害怕，若我們不承認，就不讓我們走，該筆錄並不確實。」(92 台上 6083)。

## 四、以「借提」脅迫

例如：「畏懼警方揚言不配合，就天天借提之恐嚇下，伊在警詢、偵查及羈押庭均非出於任意性之自白等。」(102 台上 494 及 101 重上更(一)16) 及「押送過程，警察要求上訴人不得變更供述，否則將再借提。」(100 台上 3099)。

## 五、以「毆打、刑求」脅迫

---

說法，始於警詢及檢察官偵訊時配合為不實自白。」(99 台上 7628)；「因承辦調查員以收押為脅迫，致為不實之陳述，嗣後於檢察官訊問時，伊亦不敢翻供，伊於東機組及檢察官訊問時所為之陳述，均非伊之自由意志。」(93 台非 85)。

諸如：「警員在將其帶回派出所之途中叫伊要認一認，如果不認的話，要把伊帶回派出所銬成大字型，又說晚上睡覺時警力比較少，可能會有其他警員過來打伊，所以伊才會在警局筆錄中部分自白。」(99 台上 237 及 96 上訴 2816) 及「刑事局警察他們這樣要我承認人就是我殺的(指以 V 型小剪刀刺殺黃庭胸部)，不然要對我刑求。」(95 台上 134)。

#### 六、以「將來之惡害」脅迫

譬如：「於製作筆錄前，警方帶伊到小房間內告知其他人已經坦承犯行，如果否認絕對不會好過，並加斥責，上訴人因此感到恐懼配合警方要求而為供述。」(100 台上 3099) 及「警察對我的態度都很兇，而且警察恐嚇我要我照他的意思作，如果不照他的意思作就試試看。」(100 台上 1985)。

#### 七、以「其他方法」脅迫

例如：「員警恫以要把案情批露予媒體採訪，於警詢之自白不具任意性。」(101 台上 5425)；「警詢之自白係警員有拿洪睿志之筆錄給伊看，脅迫伊承認，伊才以洪睿志之筆錄內容配合回答。」(101 台上 4313 及 100 上重更(二)10)；「調查員係利用卓志明妻子早產及女兒住進加護病房病況危急予以施壓……，以不正方式取供，是各該調詢及偵訊筆錄均無證據能力，應予排除。」(101 台上 3320)；「檢察官訓斥被告瞎辦，脅迫被告承認肇事逃逸，並沒有讓被告自由陳述……，檢察官的言語構成脅迫。」(100 台上 1593 及 98 交上訴 1320)；「被借訊時，警員說如果不承認，會在所內生產。……故斯時所為自白不具任意性。」(98 台上 2595 及 97 上訴 2665)；「內政部入出境管理局的面談官告訴我，如果我不承認是和陳希枝假結婚的話，我現在的太太就無法來台灣，我沒有辦法，所以才回答是假結婚。」(98 台上 7393)；「辛○○脅迫其若不如此回答，即不幫忙償還其任瑞成公司負責人期間瑞成公司向銀行所借數千萬元之貸款，該自白內容係辛○○之律師所教導，應不具任意性。」(98 台上 6782)；「對我作筆錄的警察

恐嚇我，若不按他的意思要找人咬我，所以我就承認。」(97 台上 485) 及「警察進入住處搜索時，眼神就像要打我，也有作勢，並逼迫我，說他問一句就叫我回答一句，另於檢察官偵查時警察也有在場，並作勢要我為不實之供述。」(97 台上 5468 及 97 上訴 2022)。

## 貳、利誘

### 一、以「交保」利誘

諸如：「警員確實有跟我說販賣這個的罪很輕，……他說我如果照他的意思作，一庭就可以交保了。當時作筆錄時確實並不是出於我自願。」(100 台上 1985)；「警員以可代向檢察官求情准予交保為詞，利誘、詐欺使上訴人同意進行夜間詢問，且持續數小時，疲勞不堪，實受不正取供，所為之自白，依法即無證據適格。」(99 台上 2269)；「『你慢慢講沒關係坦白從寬』、『地檢署看到你的筆錄很清楚，他就不用怎麼問你什麼，就叫你老婆把你保出去就好了』等語，暗示乙○○只要遵照警員意思陳述，才有獲得交保之機會，以此利誘乙○○，可見乙○○之自白非出於自由意志，不具證據能力。」(98 台上 7797)；「警察要求我說有一支刀子，就可以交保，然後我就說有一支美工刀。」(96 台上 5368)；「我在調查處被收押，調查處跟我說，我這樣講受林秀雄指示，可請求檢察官讓我交保。」(96 台上 1989)；「伊等於檢察官偵查及警詢中自白犯罪，分別係因檢察官及偵訊人員以伊等如坦白承認，才准交保為利誘，伊等非出於自由意志，不得已始作不實之供述等。」(94 台上 113) 及「警詢筆錄完全都是照他們(指警方)的意思記載，他們叫伊說什麼，伊就說什麼，警察說在檢察官那裡講這樣才可以交保，結果伊真的照這樣講。」(93 台上 6701)<sup>103</sup>。

<sup>103</sup> 實務上其他常見的「利誘」型態，例如「因為警察叫我承認會讓我交保，還說這種罪趕快承認，還說若不承認的話，會被禁見很久。」(98 台上 6994)；「我沒有販賣毒品，警察局所做的筆錄不實在，他叫我認一認就可以交保。」(97 台上 485)；「自白係調查人員及檢察官一再以交保為餌，命其合作下所為之自白。」(94 台上 4113)；「檢、警以可交保等利誘。」(100 台上 5768)；「自白係警員以得交保利誘。」(100 台上 3836)；「如配合則先移送持有毒品罪，可獲交保之利誘。」(99 台上 7628)；「警員以可以交保為由，利誘上訴人為不實之陳述，所為之陳述非出於任意性。」(99 台上 5721)；「警員以交保為利誘。」(99 台上 3127)。

## 二、以「不起訴」利誘

譬如：「調查員係利誘及利用卓志明妻子早產及女兒住進加護病房病況危急予以施壓，並冒稱檢察官會不起訴而予利誘，以不正方式取供。」(101 台上 3320) 及「我承認是因為受到檢察官利誘，檢察官說只要幫忙找到通緝犯，就可以不起訴。」(99 台上 4688)。

## 三、以「不移送地檢署」為由利誘

例如：「警詢中之自白係遭員警以『不移送地檢署』之方式不法利誘。」(99 台上 4209 及 97 上訴 3734) 及「警詢時，警察跟伊講條件，叫伊不要講到毒品，就依照丁○○與警察製作好的強盜案件筆錄內容，叫伊唸，保證伊吸食毒品的案件不會移送，筆錄是由警察先寫好後，再由警察問、伊唸，並錄音等。」(96 台上 4874)。

## 四、以「免于羈押」利誘

諸如：「上訴人被查獲時，正值農曆除夕夜，警員即利用此情狀，告以若自白犯罪，即可免受羈押而回家過年，……在警員續以上開利誘及脅迫之下，才在爾後之筆錄自白有販賣毒品，則該警詢之自白，既非任意性，應無證據能力。」(100 台上 832)；「你招了不會收押，還是可以回家，照常上班，官司慢慢打。」(98 台上 4375) 及「檢察官告以如果承認，可以衡量犯罪後之態度，給予機會，否則還押。」(93 台上 5186)。

## 五、以「提供毒品」利誘

譬如：「警察刑求及提供毒品利誘。」(100 台上 3891) 及「警察於製作筆錄之前，有提供毒品供其施用，而利誘其配合指證甲○○。」(99 台上 2368)。

## 六、以「從輕發落」利誘

例如：「自白係警員以得輕判利誘。」（100 台上 3836）；「檢察官以如自白可獲減刑的利誘之方法而為自白，非出於任意性。」（98 台上 4366）；「於警詢及偵查中，因服用藥物神智不清，……並叫上訴人在檢察官訊問時承認販賣，可從輕發落。」（97 台上 6070）及「於第一審所以對犯罪事實不爭執，係檢察官叫其不要爭執，可請求法院輕判，其才於第一審認罪。」（97 台上 2450）。

## 七、以「轉換污點證人」利誘

諸如：「自白係因檢察官以其配合查緝張桂菁、黃森津毒品案件，將可轉為污點證人獲得減刑或免刑之優惠……，上訴人始於偵查中為不實之自白。」（100 台上 289）及「詢問時所為之自白，係遭調查員以可轉換為污點證人為由利誘……，無證據能力等。」（97 台上 2120）。

## 八、以「其他利益」利誘

譬如：「上訴人之警詢筆錄，係遭警員帶到小房間內，以脅迫、利誘之手段不法取供而製作，警員命其照著已經寫好之紙條內容唸，並稱只要配合就不會有事，其於警詢所述內容，並非出於自由意思且與事實不符。」（100 台上 6845）；「調查員數次以『不說就不用回家了，我知道你有小孩，只要好好配合供出來，先生負責就好，你就不用負責，不然你今天就不用回去了』等語警告、威嚇、利誘。」（98 台上 7667）及「是調查員叫我要那樣說，就可以回台中點召。」（95 台上 2361）。

## 參、疲勞訊問

例如：「被告自民國九十一年四月一日起，**連續三天經調查人員與檢察官進行調、偵查作為，未曾有充分休息**，乃屬疲勞訊問，所為之供述，即與欠缺任意性者無異。」（101 台上 1422）；「被告於製作警詢筆錄時，**因服用之安眠藥等藥物，藥效發作，處於精神不濟及極度嗜睡狀態，而有疲勞詢問之情事**，且非基於被告之自由意識，亦不具真實性，應無證據能力等。」（100 台上 2556 及 99 上訴 132）；「上訴人自白係被詐欺，而為虛偽不實之陳述，前後三次詢、訊問，時間緊接，客觀環境未有改變，**且其遭查獲前一晚整夜工作未休息，至翌日八時下班，約十一時遭臨檢查獲，嗣進行檢察官偵訊、羈押訊問，疲勞不堪**，該三次詢、訊問實有不正方法延伸情形，上訴人自白非出於任意性，無證據能力。」（100 台上 2427）；「於原審陳述其於八十二年八月十日在法務部調查局北部地區機動工作組（下稱北機組）接受詢問時之自白，並非出於自由意志之陳述，**係承辦調查人員多位以輪流疲勞訊問等不正之方法取得**。」（96 台上 3988 及 95 台上 1）及「在台北市調處接受詢問係從早上九點半到晚上十點多，有疲勞訊問之情形。」（93 台上 6538）。

#### 肆、刑求

諸如：「**警方執行搜索時曾遭警毆打**，其警詢及偵查中之自白顯因刑求而不具任意性。」（102 台上 581 及 97 台上 2120）；「**自白係遭大陸公安刑求後**，與大陸公安有默契，由大陸公安先行擬好，照本宣科、違反其等之自由意思所為之陳述」（101 台上 5138）；「**其除右手遭打火機燒烤外，手掌亦有遭員警踩踏**。」（101 台上 2181）；「**我被警方拘捕時，警員有踩我的腳銬，我的腳踝骨頭有瘀血，且我接受警方詢問製作筆錄時，有一名警員在我要求抽煙回來時，在我下樓時踹我一腳、要我配合，還罵我是人渣**。」（100 台上 6957 及 99 上訴 2686）；「**警察他們將伊之衣服全部脫光，將伊手腳綁在健身椅上面，然後用毛巾塞住伊嘴巴，灌水在伊鼻子，用手押住伊肚子，讓伊無法呼吸，當時伊眼睛也被蒙住**。」（99 台上 8030、98 上更（二）477）；「**對我作筆錄的警察，他朝我的胸口打二、三下並恐嚇我，若不按他的意思要找人咬我，所以我就承認**。」、「**筆錄做**

一做，就帶出去分局的中庭打，沒有人到場。」(97台上485)；「問一句就用手打我身體，打我何處我忘了，是在案發地點捉我的人，打我好幾個鐘頭(中山分局警備隊員)。」(96台上7366)及「我是被刑求逼供，是屈打成招，我當天整夜都在家睡覺。」、「是警員姓沈的教我說的，他們用電擊棒刑求我。」(93台上2730)<sup>104</sup>。

## 伍、生理或精神障礙

### 一、生理障礙

譬如：「警詢時，因其被拘提到案前，已在醫院照顧母親三天，身心俱疲，詢問時警員……大聲的說他問什麼，就答什麼，未予充分之答辯。」(97台上5654)及「在警詢及偵查中因罹患尿路結石，每日疼痛難堪，為求具保而自白。」(93台上4571)。

### 二、精神障礙

#### (一)、被告本身毒癮發作

例如：「警詢時因毒癮發作而有意識不清情事，自己在講什麼，自己也不清楚。」(101台上5190及101上訴402)；「當時伊正在提藥(毒癮發作)，希望趕快做完筆錄，移送地檢署，趕快交保出去。」(99台上3539)；「警詢時，因毒癮發作，精神迷糊，很難過趴在桌上，警員拿立可白丟她要她趕快起來，……警方強令其陳述，係以不正當方法取供。」(97台上6614)及「偵查中之供述係因長期施用毒品，頭腦不清或藥癮發作所致。」(97台上1787)<sup>105</sup>。

<sup>104</sup> 實務上常見的「刑求」態樣，如被告或其辯護人抗辯：「我在刑事局有被打。」(97台上2752)；「警員在查獲地點有人踢我，在警局時……有警員打我」(92台上5453)；「遭警方拳打腳踢刑求，其自白非出於任意性」(100台上5768)；「對上訴人(即被告)口鼻灌水刑求。」(99台上4569)；「人把其帶入育嬰室，用書本、飲料往其胸口打，要其承認這個案件」(99台上537及98上訴996)；「入所前曾遭員警刑求，致伊胸口悶痛、睪丸紅腫。」(97台上6550)；「卷附大陸公安機關之筆錄係上訴人等三人受刑求後所製作。」(102台上675)。

<sup>105</sup> 實務上最常出現於違反「毒品危害防制條例」案例類型之抗辯為：「警詢之自白，是於上訴人毒癮發作下照被害人筆錄陳述。」(101台上4378)；「遭拘提後，因毒癮發作而有意識不清狀態，並送醫急診(當日的拘票上確有註明)，故其當日所製作之調查筆錄及偵訊筆錄內容，因被告精

## (二)、被告本身罹患精神疾病

諸如：「檢察官偵訊時，因罹患雙極性情感異常精神疾病而服用抗精神病藥物後，產生意識混亂、記憶力不佳、認知功能損害及輕燥亢奮等副作用，其意思表示顯有障礙，故其於當日檢察官偵訊時所為之自白，並非出於任意性而無證據能力。」(101 台上 5213)；「患有急性類精神病，長期失眠焦慮，調查局約談時疾病發作，已無意識判斷能力，是以其在調查局之自白及所立自白書並無證據能力」(101 台上 4984) 及「警詢中因警員口氣比較重，伊神情恍惚，一片空白，才會自白買票。伊有憂鬱症等。」(97 台上 5765)。

## (三)、其他

譬如：「被告於警詢及偵查中，因服用藥物神智不清。」(99 台上 5385 及 97 台上 6070) 及「警詢時伊因被警方開槍擊中右肺部，在醫院加護病房急救治療，精神狀態尚未恢復，警詢筆錄係在伊意識不清之狀態下製作，該筆錄內容與事實不符。」(93 台上 3475)。

## 陸、誘導

例如：「在調查處接受詢問時，經調查員以『不是麪，說清楚一點，這對你弟較有利』、『你看也知道很貴的，你也知道，現場製毒工具麪』、『說清楚喔，不要以為跟你沒關係，說清楚喔』等語……利用夾雜有所希望或期待答案之方式

---

神狀況不佳，所為供述確有多處與事實不符。」(101 台上 892、99 上重更(二) 20)；「該日偵訊時毒癮發作，精神狀況不佳，不清楚當時在講什麼，該自白無任意性。」(100 台上 5134)；「偵查中，恰巧毒癮發作，所為自白應無證據能力。」(100 台上 4972)；「警詢及偵訊，係於上訴人藥癮發作期間所為。」(100 台上 1275)；「警詢時自白犯罪，係因當時藥癮發作致神智不清而為自白等。」(99 台上 7076)；「上訴人係在施用毒品後，藥效發作、意識不清之情況下，……詢問，且持續數小時，疲勞不堪，實受不正取供，所為之自白，依法即無證據適格。」(99 台上 2269)；「查中坦承是因為想要交保，及當時吸毒成癮，毒癮很大，精神狀態不佳。」(97 台上 1912、96 上訴 2409)；「檢察官訊問時，上訴人藥癮發作，該次筆錄應無證據能力。」(96 台上 7473)；「於憲兵隊接受詢問時，因毒癮發作，故其供述不具任意性。」(96 台上 3519)。

進行誘導詢問。」(101 台上 6180)；「上訴人係於調查處訊問完畢，待移送至台北地檢署前，受調查處機動組主任以可當污點證人之誘導，上訴人始為自白。」(101 台上 4898)；「上訴人於偵訊中雖一度承認有本件犯罪事實，實係因檢察官訊問並非採一問一答方式，而是與上訴人交談，一再強調『要有男子氣概』、『要有擔當』等誘導方式，希望上訴人認罪，……。」(101 台上 4265)；「警詢自白係因員警於製作筆錄前先誘導被告，佯稱承認販賣罪責不重，至地檢署即能交保等情，業據被告之母鄭秀娥於原審證述在卷。且經勘驗警詢錄音帶，員警第一次問被告有無需要請律師時，被告係沈吟不語，係員警稱：你有父母在場有無需要請律師，被告始稱不用，員警以此方式誘導被告，因此取得之自白應不具證據能力，從而在檢察訊問時所為相同自白，亦因前開因素未消除，而不具證據能力。」(100 台上 5456 及 99 上更(一) 46)；「警方詢問上訴人時，似乎已預測被害人在偵查時會敘述何等犯案情節，即預先以該犯案情節誘導上訴人供述。」(100 台上 4433)及「被告係受吳士榮(經第一審通緝中)請託帶貴重物品回台灣，然因詢問警員之誘導而將『貴重物品』，改以『海洛因』稱之。」(97 台上 4761)。

### 第三款 本文評析

首先，最高法院多數判決認為對被告施以強暴、脅迫者，不以負責訊問或製作該自白筆錄之公務員為限，其他第三人亦包括在內，且不以當場施用此等不正之方法為必要，縱然係由第三人於訊問前為之，倘使被告精神上、身體上受恐懼、壓迫之狀態延續至檢察官訊問時，致不能為任意性之陳述者，該自白仍屬非任意性之自白，依法不得採為判斷事實之根據<sup>106</sup>，值得肯定。

其次，排名第三之「利誘」(18.18%)，其抗辯態樣之多，有以「交保」、「不起訴」、「不移送地檢署」、「免予羈押」、「提供毒品」、「從輕發落」、「轉換污點證人」及「其他利益」等。值得探究的是，偵查機關提供何等利益始構成利誘？利

<sup>106</sup> 最高法院 96 年度台上字第 6214 號、96 年度台上字第 1783 號、95 年度台上字第 3259 號、94 年度台上字第 5654 號、94 年度台上字第 3121 號及 93 年度台上字第 6018 號判決。

誘之要件為何？就此，實務與學理上多數意見各持己見，分述如下：

實務基本立場認為，所謂利誘，即約定給予利益，誘使被告自白，一般固然係指關於刑事責任之利益。例如緩刑、減輕或免除其刑等，然而，如訊問或詢問人員，係就法律本即形諸明文之減免其刑等利益，以適當之方法曉諭被告，甚或積極勸說，使被告因而坦承犯行。又如法律賦予刑事追訴機關對於特定處分有裁量空間，在裁量權限內之技術性使用，以促成被告或犯罪嫌疑人供述，則屬合法之偵訊作為，苟未涉有其他不法，要難解為係利誘。另外，司法警察對犯罪嫌疑人表示，經檢察官許可後不予解送而取得自白，應屬合法之訊問技巧範疇，亦不屬於利誘。舉例言之，警察告以「轉為污點證人，可適用污點證人之規定減免其刑責」，警員於執行職務中，告知法律上關於有利於上訴人權益之規定，並無違法之處（100 台上 2539 及 99 台上 7055）。再者，倘純粹因各相關人員之陳述不一，為釐清實情，提供他人之供述筆錄予以究詰，無非為發現真實所為之調查手段，亦難認該當於利誘之不正方法（95 台上 3527）。反之，司法警察如對犯罪嫌疑人表示「會助其一臂之力」，或者告以「如自白就一定不會被羈押、可獲緩刑之宣告」，則係對被詢問者承諾法律所未規定之利益使信以為真，或故意扭曲事實，影響被詢問者之意思決定自由，則屬取證規範上所禁止之不正方法（100 台上 540）。由此可知，判定是否構成利誘之行為，實務見解主要是依偵查機關有無法律所規定的處分權限為斷。

學理上，多數意見是依偵查關主動提出或被告主動要求為判斷標準。此項觀點較符合自白任意性法則之要求。質言之，倘若被告本身自始即不願意自白，即便偵查機關提供被告誘因而取得自白是於法有據，被告之自白仍屬違反意願的供述，對於憲法所保障的緘默權，仍有侵害之虞。反之，被告若是自由意志下主動地向偵查機關自白以換取程序上的利益，自然較無侵害緘默權與引發虛偽供述的疑慮。

再者，於被告抗辯偵查機關有疲勞訊問之情形（5.86%），最高法院有判決指摘第 98 條及第 156 條第 1 項規定訊問被告不得以疲勞訊問之方法為之，被告之自白出於疲勞訊問等不正之方法者，不得為證據。該等規定旨在使被告享有關於是否陳述與如何陳述之意思決定自由，維護自白供述之任意性，俾實現憲法上遵守正當法律程序以保障人權之要求。是以，其所指之疲勞訊問，應限於被告或犯罪嫌疑人已處在自由意志受到壓抑、影響之疲勞狀態，但實施刑事訴訟程序之公務員卻仍對其進行訊問之情形。職是，有無疲勞訊問之情形，應依具體個案被告於受訊問過程中，是否獲有足以維繫應訊體力及精神之日常生活所需與休息等影響其自由意志之因素加以判斷，要與訊問時間之久暫，並無必然之關聯性（98 台上 6816）。惟另有判決將司法警察詢問之時間採為判斷有無疲勞訊問之因素（98 台上 6024）。關此，本文以為，訊問時間之久暫是否必然造成被告精神不繼而為非任意性自白，固然應人而異，惟若不考慮此一因素，極有可能造成偵查機關心存僥倖，以被告本身精神狀態良好而不間斷地訊問。故仍應將訊問之時間長短作為疲勞訊問之考量因素，較為合理。

最後，「其他不正之方法」應與強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押之例示規定具有類似性質、情況之不正或不當之方法，始足當之（93 台上 6538 及 101 台上 867）。其他不正之方法的類型，例如違法逮捕、拘提等狀況下之訊問及遲延詢問等是。

另外，最高法院曾有判決認為第 156 條第 1 項所規定之自白法則，係以被告之自白必須出於其自由意志之發動，用以確保自白之任意性及真實性，若被告之自白並非本於自由意志之陳述，而係以施用足以影響被告自由意志之不正方法所取得，或係利用被告於意識不清等情形下所取得，則其取得被告之自白因欠缺任意性，不問其內容是否與事實相符，均應認無證據能力，而不得採為判決之基礎<sup>107</sup>。斯項觀點就維護憲法之正當法律程序及司法之廉潔性具有正面作用，應屬可採。循此而論，即便是被告本身因毒癮發作（俗稱「提藥」）而導致神智不

<sup>107</sup> 最高法院 97 年度台上字第 6070 號、96 年度台上字第 7690 號及 96 年度台上字第 7061 號判決。

清，無法為任意性之供述，若偵查機關藉此取得被告自白，仍屬不正之方法，不具有證據能力。

附帶一提者係，本文研究結果發現並無被告提出因「違法羈押」而為非任意性自白之抗辯的情形。其原因為何？有待研究。然就違法羈押所取得之自白，其類型上可能有二：第一，羈押不依法定程序（如違反 24 小時限期移送之規定、非法拘提逮捕等）或無權為羈押之機關所為之拘禁。第二，羈押期間過長後所為之自白。有學者指出，所謂違法羈押應做廣義之解釋。因為第 156 條第 1 項所規定之「強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押」，乃屬一種例示規定，應與緊接其後之「或其他不正之方法」合併考慮，準此，與此所謂之違法羈押應包含在形式上羈押本身雖似屬合法，但是羈押期間過長之羈押。至於，羈押期間是否過長，應視具體之各種情況始能認定，而不能僅以期間之長短論之。例如對在客觀情況既無逃亡之虞，又無偽造、變造證據之虞並具有一定住所或居所之竊盜嫌疑被告，羈押二個月或三個月以後使得其自白時，則應視同由於違法羈押而取得之自白。此顯然係在無羈押必要下所取得之自白<sup>108</sup>。於比較法上，日本憲法第 38 條第 2 項及其刑事訴訟法第 319 條第 1 項皆有明文規定<sup>109</sup>，因長期不當的羈押或拘禁後而為之自白，不得採為認定犯罪事實的證據，即無證據能力。由此觀之，日本法明文規定只要不適當的長期羈押就足以構成不正的方法，相對地，我國則必須出於違法羈押才屬之。職是，日本的立法體例，對於自白係出於任意性的保障上，較為妥適，殊值參照。

## 第四項 非任意性自白之要件與法律效果

### 第一款 不正方法與自白之間應具有因果關係

<sup>108</sup> 黃東熊，證據法綱要，中央警官學校編印，1993 年，頁 97-98。

<sup>109</sup> 日本國憲法第 38 條第 2 項規定：「強制、拷問若しくは脅迫による自白又は不当に長く抑留若しくは拘禁された後の自白は、これを証拠とすることができない。」刑事訴訟法第 319 條第 1 項：「強制、拷問又は脅迫による自白、不当に長く抑留又は拘禁された後の自白その他任意にされたものでない疑のある自白は、これを証拠とすることができない。」

自白任意性法則之要件，除被告之自白須非出於自由意志外，必須係「出於」強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，亦即自白仍須與不正方法之間具有因果關係，始有排除法則之適用，第 156 條第 1 項反面推論自明。舉例言之，被告主張其於偵查中因誤信或基於錯誤想法，認為依認罪協商方式承認犯罪，可獲減刑利益，以致於檢察官初訊及第一審羈押訊問時自白犯罪，是自白非出於任意性，並無證據能力。對此，最高法院有判決認為縱然被告因誤認可獲得減刑而決意自白，但終究非出於偵查人員以不正方法所取得，不能因此即認為其自白非出於任意性，而據以否定其證據能力（95 台上 6486）。

至於，是否具有因果關係之判斷，應依個案情節，綜合訊問及受訊問之各方相關狀況，諸如訊問之時間、場所、環境、氣氛，犯罪嫌疑人或被告之年齡、地位、職業、教育程度，健康狀態、精神狀況，實施訊問之人數、語言、態度等一切情形為具體評價。特別是，不正方法是否足以延續至後來未受不正方法所為之自白，更應深入探究該次不正方法與嗣後之自白間之相關聯因素，包括訊問時間是否接近、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、陳述是否流暢等等，以定其因果關係之存否<sup>110</sup>。

## 第二款 衍生之效力

第 98 條結合第 156 條第 1 項建構成完整之自白排除規定，旨在維護被告陳述與否之意思決定與意思活動自由。被告自白須出於自由意志，設若被告第一次自白係出於偵查人員以不正方法取得，該次自白因欠缺任意性固不得為證據，但嗣後由不同偵查人員再次為訊問並未使用不正方法而取得被告第二次之自白，則其第二次自白是否加以排除，此即學理上所稱「非任意性自白之延續效力」。此延續效力須視第二次自白能否隔絕第一次自白之影響不受其污染而定，亦即以第一次自白之不正方法為因，第二次自白為果，倘兩者具有因果關係，則第二次自白應予排除，否則，即具有證據能力。此延續效力是否發生，依具體個案客觀情

<sup>110</sup> 最高法院 98 年度台上字第 4627 號、96 年度台上字第 3479 號及 94 年度台上字第 2997 號判決。

狀加以認定，倘若其偵訊之主體與環境、情狀已有明顯變更而為被告所明知，除非有明確之證據，足以證明被告先前所受精神上之壓迫狀態延續至其後應訊時，應認已遮斷第一次自白不正方法之延續效力，即其第二次之自白因與前一階段之不正方法因果關係中斷而具有證據能力<sup>111</sup>，最高法院 101 年度台上字第 5570 號判決如是說道。由此可知，自白法則所欲排除的對象，除因強暴、脅迫所衍生出的第一次自白外，如果被告所為第二次以上的自白，仍在第一次的自白之壓力下所為，亦即仍具因果關係時，則該第二次之自白仍應認為無任意性，而無證據能力。申言之，若個案中被告先受強暴、脅迫、利誘、詐欺等不正之方法，因身體、精神上受壓迫或恐懼狀態而為非任意性自白，該恐懼、壓迫之狀態竟延續至後來第二次之自白時，該後來之自白，雖具備任意性之形式，但實際上仍係因內心之恐懼、壓迫而不得不違背其本意供認犯罪，自亦應認無證據能力。

此外，倘若依非任意性自白更進一步取得之證據（例如自白及物證），是否應予以排除？學理上有認為基於「毒樹果實理論」（The Fruit of Poisonous Tree Doctrine），原則上亦無證據能力。惟此項理論，目前仍不為我國實務所採，經查最高法院 97 年度台非字第 549 號判決指摘：「按學理上所謂毒樹果實理論，乃指先前違法取得之證據，有如毒樹，本於此而再行取得之證據，即同毒果，為嚴格抑止違法偵查作為，原則上絕對排除其證據能力，係英美法制理念，我國並未引用。<sup>112</sup>」自可明瞭。

### 第三款 非任意性自白之法律效果

按第 156 條第 1 項規定，非任意性自白，無證據能力，不得採為認定犯罪事實之基礎，是採絕對排除的立法例。茲有疑義的是，該項規定後段「且與事實相符」，應屬於判斷證明力的範圍，現行法將「任意性」與「信用性」一併規範，不免有將證明力錯置提前到證據能力之層次判斷的疑慮。具體而言，自白法則主

<sup>111</sup> 有關非任意性自白之延續效力問題，亦可參閱最高法院 99 年度台上字第 4905 號、97 年度台上字第 5705 號及 95 年度台上字第 7001 號判決。

<sup>112</sup> 同此判決意旨者，尚有最高法院 100 年度台上字第 851 號、97 年度台上字第 5804 號及 96 年度台上字第 4177 號判決。

要在處理被告自白能否被容許當作證據使用之問題，屬於證據能力的範疇，而「與事實相符」係信用性的問題，屬於證明力的範圍。立法者將二者合併規範，就刑事證據法體系而言，難謂妥適。本文建議將「且與事實相符」之規定予以刪除為宜。附言者係，第 156 條第 1 項之立法技術係採用正面表述的規定：「被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據。」與同屬證據能力之第 158 條之 2 第 1 項「違法證據排除法則」及第 159 條第 1 項「傳聞法則」係採用負面規定，迥然不同，其原因為何，仍有待進一步研究。

## 第五項 自白任意性之調查程序

關於自白任意性之調查程序，民國 92 年 2 月 6 日修法增訂第 156 條第 3 項前段規定：「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。」考其修法理由指出：「按英美法例一般認為自白是否出於任意性，為先決之事實問題，法官應先予調查並決定之。大陸法系國家則認為自白之證據能力，本屬程序之事實，對此程序之事實，法院得依職權自由裁量而為審理調查之，我國實務見解亦認為被告主張自白非出於任意時，法院應依職權先於其他事證而為調查，最高法院 23 年上字第 868 號判例，足資參照。又自白是否出於任意，係自白是否具有證據能力之要件，如有疑義，自宜先予查明，以免造成法官因具瑕疵之自白而產生不利於被告心證之結果。」由此觀之，審理事實之法院於審判中遇被告抗辯其審判外不利於已陳述之任意性時，法院不可置之不理，應先於其他證據先為調查<sup>113</sup>。苟未加以調查，而遽行採為有罪判決所憑證據之一，即有違背證據法則之餘地<sup>114</sup>。

<sup>113</sup> 針對該次修法，有學者指出，自白任意性之調查，本應於準備程序中為之，並不因修法而有任何影響。參照黃朝義，前揭註 36 書，頁 516。

<sup>114</sup> 最高法院 97 年度台上字第 6067 號、97 年度台上字第 1289 號、97 年度台上字第 732 號、96 年度台上字第 6214 號、96 年度台上字第 5662 號、94 年度台上字第 3121 號、94 年度台上字第 225 號及 94 年度台上字第 3121 號判決。

值得研究者係，若法院於審理過程中，發現被告的自白有可能係出於不正方法取得而不具任意性，且被告並未就自白任意性為抗辯時，可否主動地依職權介入調查？就此，有學者認為我國刑事訴訟結構雖改採為當事人進行主義，惟依第 163 條第 2 項但書「法院於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項」之規定，法院仍應依職權調查並命檢察官舉證證明<sup>115</sup>。另有論者以為，基於法官依第 2 條第 1 項規定仍有「客觀義務」及不正方法取得自白，已嚴重動搖憲法所要求的正當法律程序原則與人性尊嚴。是故，法院從相關卷宗資料或其他證據認為可疑時，仍應主動依職權優先開啟對此的調查程序，要求檢察官指出證明的方法<sup>116</sup>。否則，判決有可能構成第 379 條第 10 款所稱之當然違背法令<sup>117</sup>。

本文以為，應採肯定的看法，較為妥適。蓋被告自白是否具有任意性，對於被告利益而言，厥為重大關係之事項。質言之，由不正方法所取得之自白而不具有證據能力，是屬於利於被告且漏未調查並有調查可能的跡證。據此，法院依第 163 條第 2 項但書規定，應盡調查證據之義務，以維護被告訴訟權益。惟在調查方式上，應命使用該項自白的檢察官負證明責任，而非將證明負擔轉嫁於法院。

## 第二節 證明負擔之歸屬

第 156 條第 3 項於民國 92 年修訂後，已明文規定檢察官必須就自白任意性負舉證責任。惟實務運作上是否依循修法意旨操作？不無疑問。本文擬就最高法院的立場及學說見解，分別探討如下：

### 第一項 基本觀察

<sup>115</sup> 王兆鵬、張明偉、李榮耕合著，刑事訴訟法（上冊），承法，2012 年 9 月，頁 338。

<sup>116</sup> 楊雲驊，二〇〇三年初新修正刑事訴訟法被告及共犯自白規定的檢討，月旦法學雜誌，第 97 期，2003 年 6 月，頁 76。

<sup>117</sup> 最高法院 100 年度台上字第 1667 號、95 年度台上字第 2061 號、95 年度台上字第 5569 號、95 年度台上字第 5040 號及 95 年度台上字第 2061 號判決。

為了掌握最高法院關於自白任意性之證明負擔歸屬的見解，本文爰以「自白&(第一百五十六條第一項+第一百五十六條第三項+任意性)」為全文檢索語詞，並以民國 92 年 9 月 1 日至 102 年 3 月 31 日為裁判日期之組合搜尋，約略搜得 1769 筆判決。

本文研究發現，當中有 105 筆判決涉及自白任意性之證明分配，並予以類型化分析後，可分為三大類型：第一，主張應由提出該自白的檢察官舉證證明自白係出於任意性者。第二，應由法院依職權調查者。第三，須由被告負擔證明責任者。依判決數量觀察，認為須由檢察官負責舉證證明者：有 84 筆<sup>118</sup>。法院職權調查者：有 15 筆。由被告舉證證明者：有 6 筆<sup>119</sup>。其中由法院職權調查者，可再細分為二種類型：其一，援引第 163 條第 2 項但書規定或未援引此一規定而明示自白任意性與否屬於法院應依職權調查之事項者：有 7 筆<sup>120</sup>。其二，指摘事

---

<sup>118</sup> 最高法院 102 年度台上字第 494 號、101 年度台上字第 2181 號、101 年度台上字第 2165 號、101 年度台上字第 1279 號、100 年度台上字第 4877 號、100 年度台上字第 4430 號、100 年度台上字第 3242 號、100 年度台上字第 3099 號、100 年度台上字第 1985 號、100 年度台上字第 1614 號、100 年度台上字第 652 號、99 年度台上字第 7764 號、99 年度台上字第 5385 號、99 年度台上字第 4688 號、99 年度台上字第 4209 號、99 年度台上字第 3539 號、99 年度台上字第 3260 號、99 年度台上字第 2368 號、99 年度台上字第 2016 號、99 年度台上字第 1981 號、99 年度台上字第 1446 號、99 年度台上字第 1078 號、99 年度台上字第 997 號、99 年度台上字第 862 號、99 年度台上字第 237 號、98 年度台上字第 7393 號、98 年度台上字第 6994 號、98 年度台上字第 6782 號、98 年度台上字第 6147 號、98 年度台上字第 5451 號、98 年度台上字第 4375 號、98 年度台上字第 2749 號、97 年度台上字第 6614 號、97 年度台上字第 6070 號、97 年度台上字第 6067 號、97 年度台上字第 5765 號、97 年度台上字第 5654 號、97 年度台上字第 4922 號、97 年度台上字第 4417 號、97 年度台上字第 2752 號、97 年度台上字第 2509 號、97 年度台上字第 1787 號、97 年度台上字第 1289 號、97 年度台上字第 1190 號、97 年度台上字第 485 號、96 年度台上字第 7633 號、96 年度台上字第 7366 號、96 年度台上字第 5933 號、96 年度台上字第 5368 號、96 年度台上字第 4874 號、96 年度台上字第 4177 號、96 年度台上字第 4159 號、96 年度台上字第 3988 號、96 年度台上字第 3427 號、96 年度台上字第 3381 號、96 年度台上字第 3247 號、96 年度台上字第 1989 號、96 年度台上字第 1487 號、95 年度台上字第 4917 號、95 年度台上字第 4213 號、95 年度台上字第 4140 號、95 年度台上字第 3950 號、95 年度台上字第 3881 號、95 年度台上字第 2361 號、95 年度台上字第 548 號、95 年度台上字第 134 號、95 年度台上字第 1 號、94 年度台上字第 6707 號、94 年度台上字第 6042 號、94 年度台上字第 5228 號、94 年度台上字第 4113 號、94 年度台上字第 3579 號、94 年度台上字第 1749 號、94 年度台上字第 1733 號、94 年度台上字第 611 號、94 年度台上字第 113 號、93 年度台上字第 6908 號、93 年度台上字第 6612 號、93 年度台上字第 6538 號、93 年度台上字第 6502 號、93 年度台上字第 4571 號、93 年度台上字第 3476 號、93 年度台上字第 3475 號及 92 年度台上字第 5238 號判決。

<sup>119</sup> 最高法院 102 年度台上字第 675 號、101 年度台上字第 2756 號、100 年度台上字第 139 號、98 年度台上字第 7667 號、96 年度台上字第 3865 號及 94 年度台上字第 6754 號判決。

<sup>120</sup> 最高法院 100 年度台上字第 289 號、99 年度台上字第 5885 號、96 年度台上字第 1559 號、96 年度台上字第 1109 號、94 年度台上字第 4589 號、93 年度台上字第 2730 號及 93 年度台上字第 2541 號判決。

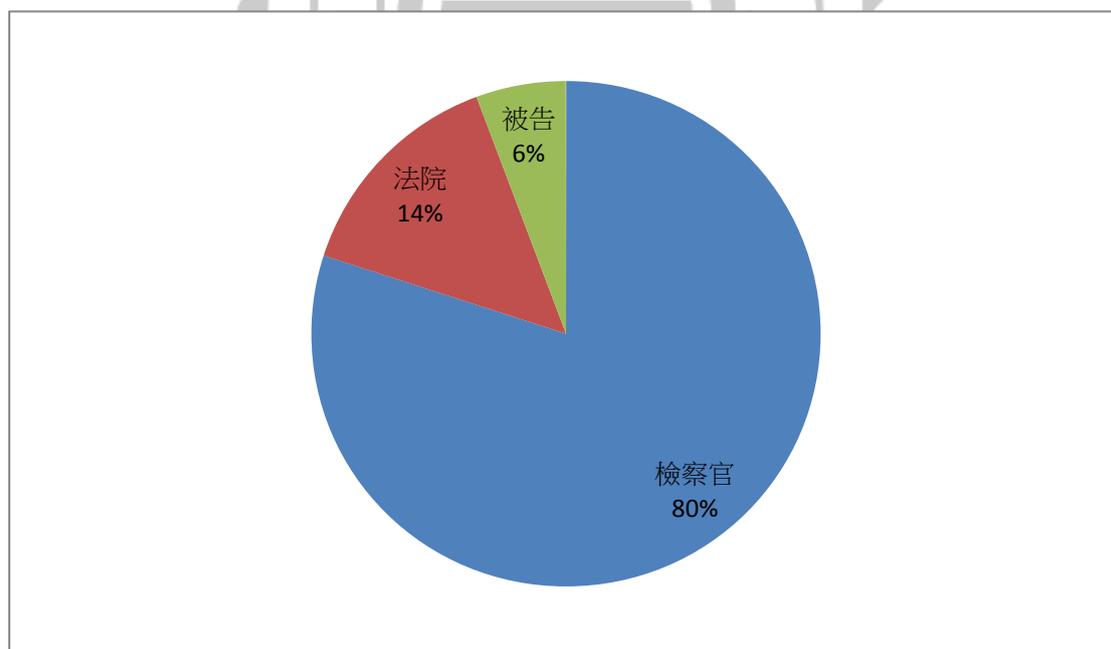
實審法院應職權調取資料或傳喚證人而事實審法院本未為之：有 8 筆<sup>121</sup>。參【表 3】。又依百分比觀察，主張由檢察官舉證：80.00%。法院職權調查：14.28%。被告自行舉證：5.71%。參【圖 4】。

【表 3：自白任意性之證明負擔歸屬的判決數量統計】

	判決數（單位：筆）		百分比 （單位：%）
檢察官	84		80.00
法院	明示屬於法院應依職權調查之事項者 （§163Ⅱ但書）	7	14.28
	指摘事實審法院應職權調取資料或傳喚證人加以究明而事實審本未為之者	8	
被告	6		5.71

資料來源：本文自行製作

【圖 4：自白任意性之證明負擔歸屬的百分比】



資料來源：本文自行製作<sup>122</sup>

<sup>121</sup> 最高法院 97 年度台上字第 4761 號、97 年度台上字第 2450 號、97 年度台上字第 2120 號、94 年度台上字第 803 號、93 年度台上字第 6701 號、93 年度台上字第 4174 號、92 年度台上字第 6016 號及 92 年度台上字第 5453 號判決。

<sup>122</sup> 本文將百分比予以四捨五入，僅取至整數位，例如 14.28% 四捨五入後為 14%。

## 第二項 實務立場

修法後，最高法院就自白任意性之證明負擔之歸屬有高達八成（80.00%）的判決主張，應由使用該自白之檢察官負證明責任。惟仍有部分判決認為應由被告負擔證明責任或是屬於法院應依職權調查事項，茲分述如下：

### 第一款 肯認由檢察官舉證證明自白係出於任意性

民國 92 年 9 月 1 日新法施行後，最高法院在處理自白任意性之證明時，其基本立場大多肯認應由檢察官負擔證明責任。例如最高法院 100 年度台上字第 4430 號判決說道：「……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。明示祇須被告陳述自白之非任意性，法院即必須先於其他事實而為調查，並應責由檢察官就其引為起訴證據之自白，指出證明出於任意性之方法，例如全程之錄音、錄影或其他人證，以證明被告之自白係出於自由意志。修法前本院九十一年台上字第 290 八號判例意旨謂『被告供認犯罪之自白，如係出於強暴、脅迫、利誘、詐欺或其他不正方法，取得該項自白之偵訊人員，往往應擔負行政甚或刑事責任，若被告已提出證據主張其自白非出於任意性，法院自應深入調查，非可僅憑負責偵訊被告之人員已證述未以不正方法取供，即駁回此項調查證據之聲請。』旨在闡述若僅出於偵訊人員之證言，則未達確足以證明自白之任意性，係以在趨吉避凶的人性考量下，實無從期待該等取得非任意性自白之偵訊人員為真實證述之故，非謂被告必須提出證據主張其自白非出於任意性，而否定檢察官應就非任意性自白爭執之舉證責任。原判決謂，上訴人及其辯護人未提出上訴人於檢察官訊問時自白係非任意性之證據，以供調查審認云云，容有未洽。」

茲有疑問者係，檢察官應如何指出證明之方法？就此，首先勘查最高法院 99 年度台上字第 997 號判決指出：「……故審理事實之法院遇有被告對於其自

白提出係出於不正方法取得之抗辯，應先於其他事證而為調查，並命提出該自白之檢察官就自白之出於自由意志指出證明方法，**苟除負責偵訊之人員證述未以不正方法取供外，檢察官無法舉出其他證據證明，自不能遽認該自白係出於陳述人之自由意志，而採為論罪之依據**，此觀刑事訴訟法第一百五十六條第一項、第三項之規定自明。上訴人於原審抗辯其於警詢中之自白非出於任意性，係受員警之利誘及脅迫所致。原審未命提出該自白之檢察官就此部分之自白係出於自由意志指出證明方法，僅以負責偵訊之員警戴鶴昇、劉富貴、張森證述未以不正方法取供，而未說明有何其他證據足以證明，即據以認定上訴人於警詢之自白，係出於自由意志，進而採為判決基礎，自有未當。<sup>123</sup>」又同院 102 年度台上字第 494 號判決更進一步闡述：「……倘上訴人刑求抗辯屬實，則因無從期待已遭質疑之偵辦警員就上訴人自白是否具備任意性為真實之證述，**是不得僅憑上開警員之證述即認定上訴人遭不正取供之辯解為不可採，自仍應調查其他證據以為佐證（諸如勘驗其全程錄音、錄影光碟或傳訊其他證人等）**。乃原審未遑及此，徒以上揭相關員警於審理時到庭證稱均無上訴人所指強暴、脅迫取供之情形，即認上訴人於遭警逮捕至警詢結束之過程並無瑕疵，難謂與證據法則無違，並有證據調查未盡之違法。」同院 98 年度台上字第 2749 號判決補充說明：「所稱指出證明方法，例如檢察官得提出訊問被告之錄音帶或錄影帶或其他人證。**若檢察官所提出之錄影光碟無何影像、聲音，即與未提出之情形無異，法院自當命其指出其他證明之方法，再為翔實之調查，以憑判斷該項自白之證據能力**。」由此可見，最高法院認為除承辦員警之證述外，更要求檢察官提出其他可供調查之錄音、錄影或其他人證等，始已盡其「指出證明之方法」之義務。

值得提出說明的是，最高法院有 16 筆判決明確指摘事實審法院將自白任意性的證明負擔歸由被告之作法，並非適法<sup>124</sup>。例如最高法院 99 年度台上字第 1446

<sup>123</sup> 同此判決意旨者，例如最高法院 98 年度台上字第 6994 號、98 年度台上字第 4375 號及 97 年度台上字第 6614 號判決等。

<sup>124</sup> 另外 14 筆判決為：最高法院 101 年度台上字第 1279 號、100 年度台上字第 4430 號、99 年度台上字第 4209 號、99 年度台上字第 2368 號、97 年度台上字第 6067 號、97 年度台上字第 5765 號、97 年度台上字第 485 號、96 年度台上字第 5933 號、96 年度台上字第 3381 號、95 年度台上字第 4917 號、95 年度台上字第 3950 號、94 年度台上字第 6042 號、94 年度台上字第 3579 號及 93 年度台上字第 6612 號判決。

號判決指摘：「查上訴人辯稱其警詢之自白係遭警員之恐嚇、刑求而為，原審未命檢察官就自白之出於自由意志，指出證明之方法，徒以上訴人未提出身體受有傷害之證據，且承辦警員江明南、蕭博森於檢察官偵查時，結證稱筆錄係採一問一答之方式，且全程錄音，並未刑求、恐嚇上訴人等語，即認上訴人之辯解空泛，且無法提供具體資料以供調查審酌，其自白既無證據證明有何非法取供之情事，應認具有證據能力云云。無異將檢察官應負之舉證責任，轉由上訴人負擔，其適用法則自屬不當。」又如 97 年度台上字第 5765 號判決指稱：「卷查戊○○於第一審辯稱：警詢中因警員口氣比較重，伊神情恍惚，一片空白，才會自白買票。伊有憂鬱症等語，否認其於警詢中自白之任意性及真實性。乃原審並未就戊○○於警詢中自白是否出於自由意志依職權予以調查，亦未命檢察官就此部分舉證證明，僅以戊○○自稱警詢時憂鬱症並未發作，空言泛稱員警口氣重，致其精神恍惚，惟未提出其自白非出於任意性之具體事證供調查，及其曾擔任兩屆鄉長之社會歷練等情，不可能因警員之口氣即達神情恍惚之程度為由，逕認其於警詢中之自白具任意性，而有證據能力，將舉證責任錯置，揆諸前揭規定，難謂為適法。」

## 第二款 屬於法院職權調查之事項

新法施行之初，最高法院對於自白任意性的爭執，似乎仍維持過去職權調查的作法，認為事實審法院必須傳喚證人或調取警詢錄音帶加以勘驗，始足當之。勘查最高法院 92 年度台上字第 5453 號判決稱謂：「審理事實之法院，遇有被告對於自白提出非任意性之辯解時，應先於其他事實而為調查。……上訴人於第一審審理中已指稱：『警員在查獲地點有人踢我，在警局時……有警員打我』、『因我在警局遭到脅迫，所以警訊筆錄不實在』等語，嗣其於原審調查時又稱：『（警訊）那時律師還沒有到』、『他（指律師）是傍晚去的』等語，雖於警訊時對上訴人訊問之警員白木坤於第一審調查時到庭證稱：『我們在搜索、扣押時被告之辯護人即已到場，且我們有錄音，沒有刑求、脅迫被告』等語，彼此各執一詞。然依白木坤所證，本件於警方執行搜索、扣押時，上訴人之辯護人既已到場，且於製作警訊筆錄時亦有錄音，原審卻未傳喚當時上訴人之辯護人劉添錫律師，並

向警方調取訊問上訴人之錄音帶究明，即逕行採納白木坤前開證言及上訴人之警訊筆錄為證，其所踐行之訴訟程序難認與法無違。」

復如最高法院 92 年度台上字第 6016 號判決指出：「甲○○、乙○○於審理均辯稱警訊時之自白係出於非任意性；證人警員曾宏隆於第一審供稱：『警方訊問甲○○、乙○○時，均符合程序，並無任何刑求情形』，原判決採取該證言並以上訴人等於入所(台灣台中看守所)時之健康檢查表及內外傷紀錄表，並無新傷痕，乃認定：『上訴人等入所時，並無渠等主張遭警方刑求之情事』，然所謂『刑求』，除強暴外，尚有脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法等情形，其中強暴方式之刑求，較可能造成有形之傷痕，但其他方式則較不可能造成傷痕，自不能以被告並無外傷及警員基於其個人立場所為未刑求被告之供述，即認被告未被刑求；證人曾宏隆於原審供稱：『本件偵訊時，我們都有錄音錄影』（原審卷第一四九頁）；既有錄音錄影，原審未調取錄影及錄音帶勘驗，即謂被告等於警訊時未被刑求，尚嫌率斷，殊有違誤。<sup>125</sup>」

另外，最高法院亦有判決認為自白是否具有任意性，關涉被告之重大利益以及公平正義，屬於法院應依職權調查之事項。例如最高法院 94 年度台上字第 4589 號判決有云：「按刑事訴訟法於民國九十二年修正時，固基於人權保障及當事人進行主義原則之立場，於該法第一百五十六條第三項後段增訂『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』，以明檢察官應就自白任意性之爭執負舉證責任。惟被告若主張其供認犯罪之自白係出於非任意性，此項辯解能否成立，關係公平正義及被告利益，依刑事訴訟法第一百六十三條第二項但書之規定，法院應依職權調查之。<sup>126</sup>」再者，雖有判決肯認自白任意性與否屬於法院應依職權調查者，惟其理由僅表示因其對被告之利益有重大關係事項，並未提及公平正義者。例如最高法院 96 年度台上字第 1559 號判

<sup>125</sup> 最高法院指摘原審未調取相關證據以究明被告自白是否出於任意性而有調查未盡之嫌者，可參閱最高法院 97 年度台上字第 2450 號、97 年度台上字第 2120 號、94 年度台上字第 803 號、93 年度台上字第 6701 號及 93 年度台上字第 4174 號判決。

<sup>126</sup> 最高法院肯認被告自白是否出於任意乙事與公平正義及被告利益有關，依第 163 條第 2 項但書規定，法院應依職權調查者，例如最高法院 100 年度台上字第 289 號、93 年度台上字第 2541 號及 93 年度台上字第 2730 號判決。

法說道：「上訴人於警詢時對於其等爭執事項之自白是否出於任意性，為對被告之利益有重大關係事項，法院自應依職權調查之，然原審僅傳喚取得該自白筆錄之警員溫朝陽為調查，而未進一步為調查，自有調查未盡之違法。」

### 第三款 主張應由被告自行證明自白不具任意性

修法後，現行法已明文規定檢察官應就自白任意性負證明責任，惟最高法院仍有少數判決認為，應由被告自行就自白不具任意性乙事，負證明負擔。例如最高法院 96 年度台上字第 3865 號判決所指：「……又上訴人既於警詢、檢察官偵查中及第一審審理時，均為相同之自白，未曾為其自白係出於非任意性之抗辯，**且其始終無法舉出其自白非出於任意性之證據**，則原審據以為論斷之依據之一，即無違法可言。上訴人遽以其前揭之自白係出於非任意性云云，據以指摘原判決違法，係以片面主觀之意見，漫為事實之爭執，殊非得據為合法上訴第三審之理由。」復如 94 年度台上字第 6754 號判決有云：「被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據，刑事訴訟法第一百五十六條第一項定有明文。**卷附上訴人所書具之報告書，性質上仍屬被告之自白，上訴人主張該報告書係其受脅迫而書就云云，業為證人程新勝等所否認，已如前述，上訴人就此復無法舉證證明……。**」

再者，最高法院另有判決認為，被告必須先行提出證據聲請調查，以證明自白不具有任意性，方足以開啟法院調查之門檻。惟此明顯與第 156 條第 3 項規定被告僅須「陳述」其自白係出於不正之方法，法院即應先於其他事證而為調查之規定不符。例如最高法院 95 年度台上字第 6171 號判決有謂：「按被告供認犯罪之自白，如係出於強暴、脅迫、利誘、詐欺或其他不正方法，取得該項自白之偵訊人員，往往應負擔行政甚或刑事責任。**故若被告抗辯其自白係出於刑求或其他不正之方法所致，並提出證據證明其自白非出於任意性者，法院自應深入詳加調查，以究明實情**，非可僅憑負責偵詢（或偵訊）被告之人員已證述未以不正方法取供，即遽予駁回此項調查證據之聲請。」又如 100 年度台上字第 139 號判決稱

謂：「上訴人雖於第一審提出警詢自白非任意性之抗辯，然並未聲請傳喚任何證人以證明其被警刑求逼供之經過，原審傳訊本案承辦員警以查證上訴人警詢自白之詳情，尚難認有調查職責未盡情事。上訴意旨(一)指摘原審調查職責未盡，容有誤會。<sup>127</sup>」

### 第三項 學說見解

關於自白任意性之證明活動，學者多數意見認為<sup>128</sup>，我國已經採取當事人進行原則，原則上須由檢察官就自白係出於任意負舉證責任。惟檢察官並非自始即須證明自白具有任意性，該自白才有證據能力。反倒是須先由被告陳述自白係出於不正方法，檢察官始須舉證證明。倘若檢察官未指出或提出證據以證明，及未盡提出證據責任，法院無待判斷自白之任意性，得逕以檢察官未盡提出證據責任，作出對檢察官不利之判決，即判定自白為非任意性而無證據能力<sup>129</sup>。

另有學者主張，檢察官就被告犯罪事實有舉證責任，第 161 條第 1 項參照，而被告既經自白，則對於被告之自白其犯罪事實，亦須舉證。檢察官對於被告之自白，固須負舉證責任，但其所提出之證據不僅為被告自白之事實，即證據本身，除此之外，對於被告自白出於任意之事實，即對於證據能力，亦須舉證。倘若檢察官只對於被告自白的事實予以舉證，而對於被告自白出於任意之事實未予以舉證，不能謂已盡舉證責任<sup>130</sup>。此之觀點似乎認為無待被告抗辯自白係非出於任意，檢察官自始即須先證明自白係出於任意，始得作為證據使用。

另就被告抗辯之時點上，有論者提出被告在第一審不主張其自白非基於自由意思所為，而到第二審始做此主張時，有關自白之任意性問題，則須由被告負舉

<sup>127</sup> 本案被告上訴意旨(一)略曰：「上訴人係遭員警不當誘導、刑求而自白，原審僅傳喚警員調查自白是否任意性，有證據調查未盡之違法。」

<sup>128</sup> 黃朝義，前揭註 36 書，頁 516；李學燈，前揭註 73 書，頁 215；林鈺雄，前揭註 71 書，頁 196；林永謀，前揭註 69 書，頁 76-77。

<sup>129</sup> 王兆鵬，前揭註 38 書，頁 335；王兆鵬、張明偉、李榮耕合著，前揭註 115 書，頁 338；朱石炎，刑事訴訟法論，三民，2011 年 4 月，頁 170。

<sup>130</sup> 蔡墩銘，前揭註 22 書，頁 244。

證責任之見解。蓋被告既有第一審怠於做此種主張，則其責任應由其承擔<sup>131</sup>。

比較法之觀點，任意性的存在是自白證據能力的要件，因此，必須對其加以證明。該項舉證責任，在於請求調查自白的一方，亦即檢察官要負舉證責任。詳言之，日本學者基本上肯定檢察官一方請求證據調查的證據能力的事實，檢察官也負有舉證責任。此項觀點，根據日本刑事訴訟法第319條第1項「具有無任意性之虞的自白，無證據能力」的規定應可確定，檢察官對自白的任意性負有舉證責任<sup>132</sup>。然而，如果被告一方對自白的任意性沒有爭議，例如被告同意調查自白筆錄時，檢察官沒有必要特別證明其任意性。反之，在被告方面只提出抽象的主張而爭辯任意性時，檢察官便無法進行證明。職是，通常的情況是，檢察官首先透過質問被告，及要求辯護人進行解釋，在明確爭辯任意性的程度，爭辯理由、對象及要點等基礎上，研討是否有必要證明其任意性，當判斷有必要時，才開始進行證明<sup>133</sup>。

#### 第四項 本文評析

即便修法後，已明文規定應由檢察官就被告自白具任意性負舉證責任，惟本文研究發現，最高法院有高達百分之八十（80.00%）的判決肯認應由使用該自白的檢察官負舉證責任，可謂係修法以來穩定見解，值得肯定。反之，仍有逾百分之十四（14.28%）的判決認為此項證明屬於法院應依職權調查的事項；更甚者，主張應由被告自行舉證者，也有將近百分之六的比例（5.71%）。

認為應由法院應依職權調查者，例如最高法院94年度台上字第4589號判決指出：「**被告若主張其供認犯罪之自白係出於非任意性，此項辯解能否成立，關係公平正義及被告利益，依刑事訴訟法第一百六十三條第二項但書之規定，法院應依職權調查之。**」惟本文認為，即使認為非任意性自白，關乎公平正義及被告利

<sup>131</sup> 黃東熊，前揭註108書，頁101。

<sup>132</sup> 石井一正著，陳浩然譯，前揭註29書，頁327；河上和雄，自白證據法ノ一ト（2），立花書房，1982年8月，頁92。

<sup>133</sup> 土本武司著，董璠興、宋英輝譯，前揭註29書，頁331-332。

益甚鉅，而屬於第163條第2項但書所定之法院職權調查義務之範圍，仍必須釐清的是，此項職權調查義務不應與第156條第3項規定混為一談。詳言之，此項法院職權調查義務之規定，仍不免除檢察官就被告自白任意性之爭議應負舉證證明的責任，並非謂被告自白任意性之抗辯是否成立，因屬法院應依職權調查之事項，即不要求檢察官應先行盡其第156條第3項之證明責任。倘非如此，第156條第3項之規定勢必流於形式，其運作結果將與修法前由法院職權調查並無不同。

職是之故，法院於證據調查過程中發現被告自白可能非出於任意，又被告並未提出異議時，基於當事人武器實質對等及照顧被告義務之考量，依第163條第2項但書「於被告利益有重大關係事項」之規定，應依職權調查之，以維護被告訴訟權益（台灣高等法院90年度上更（一）字第109號判決參照）。惟較為理想的作法是，法院宜先命檢察官舉證證明，並指出證明之方法，而非捨棄第156條第3項之規定，逕自依職權調查。

除上述屬於法院職權調查之事項外，最高法院仍有少數判決指出，應由被告自行舉證證明自白不具任意性。例如最高法院94年度台上字第6754號判決有謂：「卷附被告所書具之報告書，性質上仍屬被告之自白，被告主張該報告書係其受脅迫而出於非自由意志下所為，業為證人程新勝等所否認，被告就此復無法舉證證明。」此號判決將證明負擔轉由被告之作法，不啻與新法規範意旨有違，宜儘速改正。

## 第三節 證明方法

### 第一項 基本觀察

本文首先以「自白&（第一百五十六條第一項+第一百五十六條第三項+任意性）」為全文檢索語詞，並搭配民國92年9月1日至102年3月31日為裁判日期之組合進行搜尋，約略搜得1769筆最高法院的判決。又關於證明方法基本上有「嚴格證明」與「自由證明」之區別。為周全起見，爰再以「自白&（嚴格證

明+嚴格的證明+嚴格之證明)」及「自白&(自由證明+自由的證明+自由之證明)」為關鍵詞，並以相同的裁判日期，再次搜得約 211 筆判決。

本文研究發現此 1980 筆最高法院判決當中，明確指出自白任意性之證明方法應經「嚴格證明」或「自由證明」者，僅有一則寥若晨星的判決，即 94 年度台上字第 275 號判決。準此，本文便以相同的檢索語詞再往下級審法院進行搜尋，再搜得 20 筆相關判決。初探此 21 筆判決後，發現全部皆認為僅需以「自由證明」之方式即可。換言之，目前尚無實務判決主張須經過嚴格證明。

在此 1769 筆判決中，涉及自白任意性之調查方法者，一共有 150 筆判決。本文僅就事實審法院針對最常見之「脅迫」、「利誘」、「疲勞訊問」、「刑求」、「生理與精神障礙」及「不當誘導」等六種抗辯類型所進行之調查方式，並獲得最高法院認同者，進行統計分析<sup>134</sup>。有關抗辯類型的統計，可參閱【表 1】與【表 2】。

實務上，針對不同的抗辯類型，事實審所為的調查方式各有不同，茲以最常見的調查方式，分別敘述之：就被告所主張之脅迫<sup>135</sup>、利誘<sup>136</sup>及疲勞訊問<sup>137</sup>：

<sup>134</sup> 所謂最高法院亦予以認同的方式係指，被告不服事實審有關自白任意性的抗辯之調查方法，譬如認為事實審調查未盡，或者未命檢察官就自白任意性指出證明之方法等，而上訴至最高法院以求救濟，惟被最高法院予以判決駁回，並於判決理由中肯認事實審的調查方法，而認上訴人(被告)之上訴意旨並無理由。

<sup>135</sup> 有關事實審就被告所為「脅迫」抗辯之調查方式：1、「勘驗錄音資料」(101 台上 6180、101 台上 6112、101 台上 4655、101 台上 3320、101 台上 3248、100 台上 6845、100 台上 3732、98 台上 7797、97 台上 5495 及 96 台上 4360)；2、「勘驗錄影資料、傳喚承辦員警作證」(101 台上 4378、101 台上 4012、101 台上 3410、99 台上 7628 及 98 台上 2361)；3、「勘驗錄音資料、傳喚承辦員警作證」(98 台上 6352、98 台上 3697、98 台上 2073 及 97 台上 5635)；4、「勘驗錄音資料、錄影資料」(101 台上 2219、100 台上 1593、98 台上 4366 及 97 台上 5468)；5、「勘驗錄影資料」(101 台上 5797、101 台上 4313 及 98 台上 2595)；6、「勘驗錄影資料、筆錄」(101 台上 5442 及 101 台上 542)；7、「勘驗筆錄資料、錄音資料、傳喚承辦員警作證」(97 台上 6104)；8、「勘驗錄音資料、錄影資料、筆錄」(99 台上 2253)；9、「勘驗錄音資料並送鑑定、傳喚承辦員警作證」(99 台上 3717)；10、「勘驗錄音資料、筆錄」(100 台上 832)；11、「勘驗錄影資料、錄音譯文」(101 台上 5303)；12、「勘驗筆錄、傳喚承辦員警作證」(99 台上 3759)；13、「勘驗光碟及被害人警詢錄音資料」(101 台上 4265)；14、「勘驗錄音資料、錄影資料並送鑑定」(101 台上 4149)；15、「勘驗筆錄」(101 台上 1573)；16、「傳喚承辦員警作證」(100 台上 3836)。

<sup>136</sup> 有關事實審就被告所為「利誘」抗辯之調查方式：1、「勘驗錄音資料」(101 台上 4655、101 台上 3320、100 台上 6845、100 台上 3681、99 台上 2269、98 台上 7797、98 台上 812 及 93 台上 5186)；2、「勘驗錄影資料」(101 台上 5797 及 98 台上 2595)；3、「勘驗錄音資料、錄影資料並送鑑定」(101 台上 4149)；4、「勘驗錄影資料、傳喚承辦員警作證」(101 台上 3728、99 台上 7628 及 98 台上 5973)；5、「勘驗錄音資料、傳喚承辦員警作證」(101 台上 3410、100 台上 6552 及

大多是以「勘驗錄音資料」的方式為之。刑求抗辯<sup>138</sup>：以「勘驗錄影資料」或「勘驗錄音資料並傳喚承辦員警作證」之方式居多。生理與精神障礙<sup>139</sup>及不當誘導<sup>140</sup>：是以「勘驗錄音資料」與「勘驗錄影資料」為多數。參【表4】。

【表4：最高法院所認同事實審法院就自白任意性抗辯所為之調查方式】

抗辯類型	調查方式之次序（降冪排序）
脅迫	1、勘驗錄音資料
	2、勘驗錄影資料、傳喚承辦員警作證
	3、勘驗錄音資料、傳喚承辦員警作證
	3、勘驗錄音資料、錄影資料
利誘	1、勘驗錄音資料

99 台上 5721) 6、「勘驗筆錄資料、傳喚承辦員警作證」(100 台上 3891、99 台上 3759 及 99 台上 3127); 7、「勘驗筆錄、錄音資料、傳喚承辦員警作證」(97 台上 6104); 8、「傳喚承辦員警作證」(101 台上 1664 及 100 台上 3836); 9、「勘驗錄音資料、筆錄」(100 台上 832); 10、「調查檢察官所提出的補充理由書」(96 台上 4177); 11、「勘驗筆錄」(100 台上 626); 12、「勘驗錄音資料、錄影資料」(98 台上 4366)。

<sup>137</sup> 有關事實審就被告所為「疲勞訊問」抗辯之調查方式：1、「勘驗錄影資料」(101 台上 4313 及 101 台上 2837); 2、「勘驗錄影資料、『收容人提訊、還押通知書』、『檢查站車輛暨人員檢查日誌簿』及『收容人作息時間表』」(101 台上 1422); 3、「勘驗錄音資料」(101 台上 3、100 台上 2556、100 台上 2427 及 99 台上 2269); 4、「勘驗錄音資料、錄影資料」(98 台上 4366); 5、「勘驗錄音資料、傳喚承辦員警作證」(98 台上 3697 及 97 台上 5635)。

<sup>138</sup> 有關事實審就被告所為「刑求」抗辯之調查方式：1、「勘驗筆錄、傳喚翻譯作證」(102 台上 581); 2、「勘驗錄影資料」(101 台上 5138 及 97 台上 6550); 3、「勘驗筆錄」(100 台上 6957); 4、「勘驗錄影資料、看守所被告入所時之陳述及內、外傷紀錄表，傳喚承辦警員作證」(100 台上 5768); 5、「傳喚承辦員警作證、調查看守所病歷表」(100 台上 4893); 6、「傳喚承辦員警作證」(100 台上 139); 7、「勘驗錄影資料、調查看守所時之內外傷紀錄表及就診病歷單」(99 台上 8030); 8、「勘驗錄音資料及錄影資料」(99 台上 4569); 9、「勘驗錄音資料及傳喚承辦員警作證」(99 台上 3730 及 97 台上 5986); 10、「勘驗錄音資料、傳喚承辦員警作證與其他證人作證」(97 台上 6105); 11、「調查檢察官所提出的補充理由書」(96 台上 4177); 12、「勘驗錄音資料」(93 台上 1721); 13、「勘驗錄音資料、診斷證明書、病歷表及傳喚承辦員警與醫生作證」(96 台上 1397); 14、「勘驗錄影資料及傳喚承辦員警作證」(99 台上 537)。

<sup>139</sup> 有關事實審就被告所為「生理或精神障礙」抗辯之調查方式：1、「勘驗錄影資料、囑託（機關）鑑定及傳喚醫生作證」(101 台上 5213); 2、「勘驗筆錄」(101 台上 5190、101 台上 1573 及 100 台上 1275); 3、「機關鑑定」(101 台上 4984); 4、「勘驗錄影資料及傳喚承辦員警作證」(101 台上 4378); 5、「勘驗錄音資料及傳喚承辦員警作證」(99 台上 7076 及 98 台上 2073); 6、「勘驗錄影資料」(101 台上 3436、100 台上 5134、98 台上 2595 及 97 台上 1912); 7、「勘驗錄音」(101 台上 892、99 台上 2269、96 台上 7473 及 96 台上 3519); 8、「勘驗筆錄及錄影資料」(100 台上 4972)。

<sup>140</sup> 有關事實審就被告所為「不當誘導」抗辯之調查方式：1、「勘驗錄音資料」(101 台上 6180、100 台上 5456、99 台上 3840 及 98 台上 2141); 2、「勘驗錄影資料」(101 台上 6089、101 台上 3436 及 101 台上 2837); 3、「勘驗筆錄」(101 台上 4898、101 台上 1573 及 100 台上 4433); 4、「勘驗光碟及被害人警詢錄音資料」(101 台上 4265); 5、「勘驗錄音資料、錄影資料」(102 台上 213 及 100 台上 4804); 6、「勘驗筆錄及傳喚承辦警員作證」(100 台上 2474); 7、「勘驗錄音資料及傳喚承辦員警作證」(99 台上 6088、97 台上 5635 及 97 台上 5464); 8、「勘驗錄影資料、傳喚承辦員警作證」(99 台上 537); 10、「傳喚承辦員警作證」(100 台上 139)。

	2、勘驗筆錄資料、傳喚承辦員警作證
	2、勘驗錄音資料、傳喚承辦員警作證
	2、勘驗錄影資料、傳喚承辦員警作證
	3、勘驗錄影資料
	3、傳喚承辦員警作證
疲勞訊問	1、勘驗錄音資料
	2、勘驗錄影資料
	2、勘驗錄音資料、傳喚承辦員警作證
	3、勘驗錄音資料、錄影資料
	3、勘驗錄影資料、「收容人提訊、還押通知書」、「檢查站車輛暨人員檢查日誌簿」、「收容人作息時間表」
刑求	1、勘驗錄影資料
	1、勘驗錄音資料、傳喚承辦員警作證
	2、勘驗筆錄、傳喚翻譯作證
	2、勘驗錄影、看守所函覆被告入所時之陳述及內、外傷紀錄表，傳喚承辦警員作證
	2、勘驗錄音資料、診斷證明書、病歷表、傳喚承辦員警與醫生作證
	2、勘驗錄影資料、看守所時之內外傷紀錄表、就診病歷單
	2、勘驗錄音資料、傳喚承辦員警與其他證人作證
	2、勘驗錄影資料、傳喚承辦員警作證
	2、傳喚承辦員警作證、看守所病歷表
	2、傳喚承辦員警作證
	2、勘驗錄音資料、錄影資料
	2、檢察官提出補充理由書
	2、勘驗錄音資料
	2、勘驗筆錄
生理或精神障礙	1、勘驗錄音資料
	1、勘驗錄影資料
	2、勘驗筆錄
	3、勘驗錄音資料、傳喚承辦員警作證
不當誘導	1、勘驗錄音資料
	2、勘驗錄影資料
	2、勘驗筆錄
	2、勘驗錄音資料、傳喚承辦警員作證
	3、勘驗錄音資料、錄影資料

資料來源：本文自行製作

## 第二項 實務立場

自白任意性之證明活動，實務基本立場認為以自由證明即可，例如最高法院 94 年度台上字第 275 號判決指出：「原判決已就被告之自白，雖為證據之一種，但依刑事訴訟法第一百五十六條第一項規定，被告之自白，須非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，始得為證據……其第三項規定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……依上開規定，被告任意性之自白始有證據能力，法院才能採為認定犯罪事實之裁判基礎，在自白是否出於任意性有疑義時，應先對自白之任意性為調查，且在心證上無需達於確信程度才能認定，認定之結果，不利益應歸國家負擔，利益歸被告，亦即依自由證明程序調查後，法院在心證上雖非達到確信，惟相當程度懷疑調查機關使用不正訊問方法時，即應認定證據非出於任意性，被告自白不具證據能力，而予排除不得作為判決基礎。」

雖然最高法院僅有 1 筆判決表示以自由證明即為已足，卻有不少事實審法院援引該判決意旨作為判決理由之論述基礎<sup>141</sup>。例如台灣高等法院台南分院 96 年度上訴字第 574 號判決所云：「在自白是否出於任意性有疑義時，應先對自白之任意性為調查，且在心證上無需達於確信程度才能認定，認定之結果，不利益應歸國家負擔，利益歸被告，亦即依自由證明程序調查後，法院在心證上雖非達到確信，惟相當程度懷疑調查機關使用不正訊問方法時，即應認定證據非出於任意性，被告自白不具證據能力，而予排除不得作為判決基礎（最高法院 94 年度台上字第 275 號刑事判決意旨）。是非任意性之被告自白不具證據能力，法律採最嚴格之要求，而其任意性事實有無之認定，司法實務上採自由證明程序，以相當

<sup>141</sup> 例如台灣高等法院 99 年度上訴字第 1521 號、99 年度上易字第 245 號、97 年度上訴字第 1887 號、95 年度上易字第 169 號判決、台灣高等法院台中分院 97 年度上訴字第 2068 號、92 年度重上更（五）字第 175 號判決、台灣高等法院臺南分院 96 年度上訴字第 574 號判決、桃園地方法院 93 年度易字第 1086 號判決、宜蘭地方法院 97 年度訴字第 59 號判決、台北地方法院 96 年度訴字第 1900 號、91 年度訴字第 342 號判決、士林地方法院 97 年度易字第 1620 號判決、桃園地方法院 100 年度易緝字第 34 號、99 年度簡上字第 901 號、99 年度易字第 793 號及 99 年度易字第 389 號判決。

程度的懷疑為心證標準，以落實保障被告之最基本人權。」又如宜蘭地方法院 97 年度訴字第 59 號判決說道：「法院對於自白任意性之調查，以自由證明為已足，最高法院 94 年度台上字第 275 號著有判決可資參照，是調查證據之方法及程序不受特別設限，甚至得以查閱卷宗、援引書面聲明或電話詢問之方式來探求證據資料或形成心證，不受直接、言詞及公開審理原則之限制。」

另有事實審法院認為自白任意性之證明係屬於程序事項、程序爭點，主張透過自由證明程序即可。諸如台灣高等法院 90 年度上更（一）字第 109 號判決有云：「在自白是否出於任意性有疑義時，法院自應先對自白之任意性亦即自白有無證據能力先予調查。又調查對象是指涉及被告自白是否出於任意性本身，並非指自白是否真實之補強證據問題，被告自白是否出於任意性，涉及被告自白有無證據能力，得否為證據，屬於程序事項，對於此等事實有疑義時，應適用自由證明程序調查之，法院調查被告自由任意性之事項，無須被告或辯護人主張聲請調查，若有資料顯示有此疑慮時，法院即應調查之，使用之資料不限於法定調查證據程序，而且在心證上亦無需到達確信程度才能認定之，法院在心證上只要有相當即可認定。」又如台北地方法院 101 年度訴字第 406 號判決稱謂：「程序爭點，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，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，有最高法院九十三年度台上字二二五一號判決要旨可資參照。而被告自白之任意性即應否排除有關證據能力之問題，核屬程序事項之爭點，是依上開說明，其證明採自由證明，並不受直接、言詞審理原則之限制，益徵被告自白任意性應否排除等有關證據能力之調查，並無直接審理原則之適用，自不以在審判程序調查為必要，得由受命法官於審判期日前，依第二百七十三條第一項、第一百七十一條等規定為詰問及詢問證人。」

### 第三項 學說見解

#### 第一款 嚴格證明

關於自白任意性之證明方式，主張嚴格證明之理由為，為了杜絕違法偵查之風氣，使偵查官員皆能切實遵守刑事訴訟法之規定而為偵查起見。否則，使偵查機關抱著先做再說之心態而為偵查，以致違法偵查永不消弭，殊非妥當<sup>142</sup>。亦有論者基於擁護人權之觀點，認為其自白任意性之事實，自應經嚴格證明<sup>143</sup>。另有論者指出原則上以自由證明為已足，但若被告對警察提出妨害自由的告訴，於該警察被訴之案件，前案被告自白任意性為本案犯罪構成要件主要爭點，此時則需要嚴格證明<sup>144</sup>。

## 第二款 自由證明

一般而言，訴訟法上事實的認定與國家刑罰權存在與否及其範圍無關之一切情狀，因無涉犯罪事實本身之認定，以自由證明即可。循此而論，被告自白是否出於任意乙事，屬訴訟法上事實的認定，是以經自由證明之方法為已足。例如有學者指出程序事項應以自由證明為原則，不受通常證據法則的拘束。亦即程序事項之證明，其證據方法原則上不論有無證據禁止原因，其得出之證據資料有無證據禁止之事由，原則上均可作為法院裁判的基礎，其調查方式也比較無限制<sup>145</sup>。又如程序爭點之證明，僅須適用自由證明之程序即為已足，不受嚴格形式性（法定證據方法與法定調查程序）之拘束。又由於是否使用不正方法以及其與自白之間有無因果關係，乃程序爭點問題，因此，同樣僅以自由證明為已足。據此，被告提出刑求抗辯時，無論檢察官指出的證明方法為何，法院皆可以使用法定以外的證據方法來探知<sup>146</sup>。

比較法上，有關自白任意性的調查，屬於訴訟法上事實之證明問題，故以自由證明為已足<sup>147</sup>。申言之，在檢察官證明任意性的情況下，由於自白任意性的

<sup>142</sup> 黃東熊、吳景芳合著，前揭註 31 書，頁 367-368；黃東熊，嚴格的證明與自由的證明，收錄於刑事訴訟法研究，三民，1999 年 10 月，頁 301；黃東熊，證據法綱要，前揭註 108 書，頁 14-15。

<sup>143</sup> 陳樸生，被告自白任意性之證明方法，刑事法雜誌，第 8 卷 1 期，1964 年 2 月，頁 6。

<sup>144</sup> 吳巡龍，新法施行後錄音（影）有瑕疵時，被告筆錄證據能力的判斷及自白之證明，收錄於刑事訴訟與證據法全集，新學林，2008 年 11 月，頁 345。

<sup>145</sup> 同前註。

<sup>146</sup> 林鈺雄，前揭註 71 書，頁 195-196。

<sup>147</sup> 增井清彥，わかりやすい刑事證據法，立花書房，1992 年 12 月，頁 94。

證明為訴訟法事實的證明，以自由證明即可，所以，未必一定需要根據有證據能力的證據或經過合法調查的證據進行，只需以一定的證據予以證明即可。例如可以根據未經被告同意而由調查官作成的調查情況報告書或電話竊聽紀錄等作為傳聞證據之不具有證據能力的書證進行證明。當然，在實務上，多採用嚴格證明的方式，而將調查官作為證人訊問<sup>148</sup>。

#### 第四項 本文評析

關於自白任意性之證明方法，我國審判實務基本上認為屬於程序事項、程序爭點，適用「自由證明」之調查程序即可（94台上275、93台上2251、台灣高等法院96上訴574及台北地方法院101訴406判決參照）。又法院對於自白任意性之調查，認以自由證明為已足，**是調查證據之方法及程序不受特別設限，甚至得以查閱卷宗、援引書面聲明或電話詢問之方式來探求證據資料或形成心證，不受直接、言詞及公開審理原則之限制**，宜蘭地方法院97年度訴字第59號判決如是說道。觀察【表4】得知，事實審法院就被告提出「脅迫」、「利誘」及「疲勞訊問」等抗辯，大多以「勘驗錄音資料」的方式進行調查。刑求抗辯，則是以「勘驗錄影資料」或「勘驗錄音資料並傳喚承辦員警作證」之方式居多。而生理與精神障礙與不當誘導，則以「勘驗錄音資料」或「勘驗錄影資料」之方法為多數。

本文以為，雖然實務見解認為以自由證明之方式即可，惟並非意謂證明方式即可完全的自由而毫無任何限制，仍應視其影響犯罪事實之範圍及關係程度，採取適當調查程序。申言之，如對被告的防禦權益有重大影響之證據，仍應踐行一定正當之調查程序，方為妥適。據此，自白是否出於任意性之問題，係屬於訴訟法上之事實，基本上以自由證明即可，惟審判實務運作上向來偏重自白之取得及其證據價值，往往作為被告有罪判決的重要證據，不可否認的，自白有無任意性的認定，關鍵性地影響犯罪事實是否成立，對於被告之防禦權益有重大影響，職是，仍應踐行一定正當之調查程序，較為妥適。準此以言，檢察官依法應指出證

<sup>148</sup> 土本武司著，董璠興、宋英輝譯，前揭註29書，頁332。

明之方法，雖然無庸嚴格證明，但仍應以正當的證明方式，較為合理。

承接上述，適當的證明方法如后：一、若被告提出「利誘」及「不當誘導」的抗辯：應要求檢察官至少必須以聲請調查相關錄音資料證明之。二、又若被告主張「脅迫」、「疲勞訊問」及「生理與精神障礙」等抗辯：應要求檢察官必須提出相關筆錄、錄音及錄影等資料，並傳喚承辦人員及在現場之第三人（如辯護人或目擊偵查過程之人）到庭作證並賦予被告詰問之機會，始可謂已盡其提出證明方法之義務。三、有關「刑求」之抗辯：除要求檢察官提出相關筆錄、錄音及錄影等資料，倘若本案存在被告看守所之內、外傷紀錄表、醫院診斷證明書、相關病歷表或是就診病歷單等，亦應一併提出供法院調查，再者，檢察官也應聲請傳喚承辦員警、醫生或目擊刑求等證人到庭作證並予以被告詰問，始足恰當。惟如檢察官所提出的錄音或錄影資料有缺陷（如檔案毀損、無法開啟等），則應認為與未經提出無異，此時檢察官必須提出其他證據並聲請調查，方符合適當證明之要求。

## 第四節 證明程度

### 第一項 基本觀察

本文首先以「自白&（第一百五十六條第一項+第一百五十六條第三項+任意性）」為全文檢索語詞，並搭配民國 92 年 9 月 1 日至 102 年 3 月 31 日為裁判日期之組合進行搜尋，約略搜得 1769 筆判決。再分別以「第一百五十六條&自白&程度&（確信+無合理懷疑+毋庸置疑）」、「第一百五十六條&自白&程度&（優越+優勢+過半）」、「第一百五十六條&自白&程度&釋明」及「第一百五十六條&自白&相當程度」等 4 組關鍵詞，且依同樣的裁判日期，再次搜得約 519 筆判決。

本文研究發現，最高法院僅有 4 筆判決涉及自白任意性之證明程度，依序為最高法院 96 年度台上字第 3341 號、95 年度台上字第 3418 號、93 年度台上字第 4794 號及 94 年度台上字第 275 號判決。其中前 3 筆判決皆認為檢察官應舉證證

明至始法院「確信」被告自白係出於任意性之程度，始足當之，而最後 1 筆判決則是認為僅須證明至「相當程度」即為已足。

## 第二項 實務立場

關於自白任意性之證明程度，最高法院曾有判決指出，須證明至使法院達「確信」的程度。經查最高法院 96 年度台上字第 3341 號判決有謂：「被告之自白為證據之一種，須非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺或其他不正之方法，且與事實相符者，方得採為證據，刑事訴訟法第一百五十六條第一項規定甚明。亦即被告自白可供證據之用者，必須同時具備任意性及真實性之要件，缺一不可；苟欠缺任意性，根本上已失其證據能力，自無須探究其真實性。而認定自白之任意性，須經證明達於確信程度，方能將該自白採為證據，蓋自白係直接證明待證事實之證據，自應從嚴審認。<sup>149</sup>」

惟另有認為只須有「相當程度」懷疑調查機關使用不正訊問方法，即應認定證據非出於任意性。觀諸最高法院 94 年度台上字第 275 號判決有云：「被告任意性之自白始有證據能力，法院才能採為認定犯罪事實之裁判基礎，在自白是否出於任意性有疑義時，應先對自白之任意性為調查，且在心證上無需達於確信程度才能認定，認定之結果，不利益應歸國家負擔，利益歸被告，亦即依自由證明程序調查後，法院在心證上雖非達到確信，惟相當程度懷疑調查機關使用不正訊問方法時，即應認定證據非出於任意性，被告自白不具證據能力，而予排除不得作為判決基礎。」

除上開必須證明至「確信」係出於自由意志及「相當程度」懷疑使用不正方法之見解外，下級審法院亦有認為僅須證明至「大致相信」之程度即為已足者<sup>150</sup>。經查台灣高等法院 95 年度上易字第 169 號判決說道：「惟按被告之自白，必須

<sup>149</sup> 同此判決意旨者，例如最高法院 95 年度台上字第 3418 號及 93 年度台上字第 4794 號判決。

<sup>150</sup> 下級審法院認為僅須證明至「大致相信」之程度者，譬如桃園地方法院 94 年度訴字第 2071 號、93 年度易字第 1086 號判決及嘉義地方法院 94 年度訴字第 406 號判決。

非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法所取得，且與事實相符者，始得為證據，已業如前述。本院認為，經以自由證明程序之『大致相信』程度之心證，已足合理懷疑朱榮勝之警詢及偵查訊問自白筆錄，係以詐欺或其他不正方法所取得，依法不得作為證據，而無證據能力。」

值得一提的是，台灣高等法院 97 年度上易字第 30 號判決在認定是否達到足以發動搜索的門檻時，認為「大致相信」的程度，亦即相當於「釋明」的程度。該號判決說道：「法院通常是依據搜索票之聲請人所提出之各項資料，來判斷是否存在犯罪嫌疑人、是否存有應扣押之物、及該應扣押之物是否存在於犯罪嫌疑人之身體、物件或宅處。次按，搜索票之核發審查程序，是強制處分發動與否之程序問題，屬於審判期日以外之程序，通常具有時間上的急迫性，因此其證據法則，僅以自由證明為已足，無庸經過嚴格證明程序。而自由證明法則並不要求至『無合理懷疑之確信程度』，只要對於發動搜索的門檻，已證明至令法院『大致相信』的程度，亦即相當於『釋明』的程度即可。」

### 第三項 學說見解

#### 第一款 確信

主張自白任意性須經證明達於確信的程度，方能將該自白採為證據者，其理由略有不同：有認為自白係直接證明待證事實之證據，自應從嚴認定<sup>151</sup>。另有指出要求檢察官就犯罪要件負毋庸置疑的說服責任，其目的在防止無辜者被誤判為有罪。若程序法事項的決定，可能影響到無罪者被誤判為有罪時，應考慮以相同之說服程度來證明程序法的事項。自白向來被視為「證據之王」，裁判者對之賦予極高的證據力。自白常影響判決的結果，若有一不真實的自白成為證據，可能即會造成無辜者的冤獄。因此依舉證責任的理論，亦應要求檢察官證明自白的任意性至毋庸置疑的程度，才能避免不真實的自白成為審判中的證據，審判中無不真實的自白，才能避免無辜者被誤判為有罪<sup>152</sup>。再者，由於非任意性自白屬

<sup>151</sup> 朱石炎，前揭註 129 書，頁 170。

<sup>152</sup> 王兆鵬，前揭註 38 書，頁 683；王兆鵬、張明偉、李榮耕合著，刑事訴訟法（下冊），承法，

對被告在憲法上基本權利的嚴重侵害，故其違法程度不能以一般程序違法視之，況且除自白的證據能力外，往往再進一步的可能影響其他衍生證據的證據能力，故認為檢察官的說服責任應使法院對此達到無庸置疑的程度，按此一見解，可迫使檢察官須就偵查程序的合法性進行更有效及實際的監控<sup>153</sup>。

比較法之觀點，日本刑事訴訟法第 319 條第 1 項規定「懷疑為並非出於自由意志的自白」不得作為證據。因此，檢察官就任意性的證明必須達到排除任何合理懷疑的程度。亦即，關於自白的任意性發生爭議時，儘管檢察官已進行證明，但仍難以決定其是否有任意性時，應對檢察官作出不利的判斷，認為該自白不具有任意性。另外，在自白獲取手段和自白之間是否有因果關係不明的場合，也同樣如此<sup>154</sup>。

## 第二款 優越性

主張僅須證明至「優越性」之程度者，認為程序事項，因與本案犯罪事實無直接關係（例如法官是否有迴避事由或證人有無拒絕證言權），何況程序事項常有急迫性（例如是否准予搜索、逮捕、羈押），無法待法官仔細調查所有可能之證據後再為決定，且司法資源有限，不可能對當事人所有的爭執都窮盡調查能事，若對程序事項亦要求須證明至「無合理懷疑」程度，將非司法資源所能負荷。如果在證據能力方面設定過高標準，會讓許多有價值之證據無法進入審判，阻礙真實發現，提高有罪被告脫罪之機率。故檢察官可證明證據合法取得至「過半程度」，但無法證明至「無合理懷疑」程度，若因而將該有證據價值之證據排除，會導致許多有罪被告逍遙法外，此非理性社會所能忍受與承擔，不如容許該證據，再由審判者依作證者之神情及其他情形判斷其可信度，較為合理<sup>155</sup>。

另外，美國聯邦最高法院在 *Lego v. Twomey* 案確立自白任意性的說服責任需

---

2012 年 9 月，頁 232。

<sup>153</sup> 楊雲驊，前揭註 116 文，頁 76-77。

<sup>154</sup> 土本武司著，董璠興、宋英輝譯，前揭註 29 書，頁 331-332。

<sup>155</sup> 吳巡龍，前揭註 144 書，頁 345-346。

達「證據優勢」之程度<sup>156</sup>。申言之，西元 1972 年美國聯邦最高法院在 *Lego v. Twomey*, 92 S. Ct. 619 (1972) 一案中，以四對三票決議認為自白的自主意思，不須與認定犯罪般應達到「無合理可疑」的程度，而且調查認定「自主意思」的事實，並非被告犯罪的事實，同時，還有其他排斥自白的規則（不能以自白為唯一證據）也可以達到適當保障的目的，不至於因為僅有證據優勢的證明程度而發生損害。是故，在美國聯邦最高法院的觀點，檢察官主張被告自白出於自主意思的證明責任，以有證據的優勢為已足<sup>157</sup>。

### 第三款 釋明

有論者主張自白任意性的證明程度僅須達到「大致可信」之釋明程度即為已足<sup>158</sup>。也有學者以程序事項，例如有無管轄權、是否合法告訴等，適用自由證明程序為已足。法院對於依照自由證明程序之證據的判斷，其心證無須到達確信程度，只要法院在心證上認為「很有可能」或「大致相信」為已足。準此，對於被告之刑求抗辯，只須使法院達到大致相信的心證程度，即可判定刑求抗辯成立，毋庸到達確信刑求存在的心證程度<sup>159</sup>。

### 第四項 本文評析

首先，最高法院 94 年度台上字第 275 號判決指出：「依自由證明程序調查後，法院在心證上雖非達到確信，惟『相當程度』懷疑調查機關使用不正訊問方法時，即應認定證據非出於任意性，被告自白不具證據能力，而予排除不得作為判決基礎。」該判決似乎是立於法院應依職權調查自白不具任意性之見解底下而為的論

<sup>156</sup> On certiorari, the United States Supreme Court affirmed. In an opinion by White, J., expressing the views of four members of the court, it was held that (1) to establish the admissibility of the confession, the prosecution was constitutionally required to prove its voluntariness only by a preponderance of the evidence, and not beyond a reasonable doubt. 404 U.S. 477; 92 S. Ct. 619; 30 L. Ed. 2d 618; 1972 U.S. LEXIS 100.

<sup>157</sup> 周叔厚，證據法論，自版，1995 年 1 月，頁 890。

<sup>158</sup> 王俊力，新修正刑事訴訟法有關被告自白之證據能力及調查，法官協會雜誌，第 5 卷 2 期，2003 年 12 月，頁 145。

<sup>159</sup> 林鈺雄，前揭註 71 書，頁 196、493。

述，否則應該不會有「相當程度懷疑調查機關使用不正訊問方法時」的表述。惟法院逕依職權調查的作法，難免與第 156 條第 3 項之修法意旨有違，容有斟酌餘地。其次，台灣高等法院 95 年度上易字第 169 號判決有云：「自由證明程序之『大致相信』程度之心證，已足合理懷疑朱榮勝之警詢及偵查訊問自白筆錄，係以詐欺或其他不正方法所取得，依法不得作為證據，而無證據能力……。」此項論點似乎將證明方法與證明程度兩者混為一談。實則，證明方法與證明程度係分屬不同層次的概念，宜脫鉤處理，方為妥適。

就證明程度之問題，本文以為，應視其與犯罪事實之存在與否有無重要關係，以及當事人有無提出證據證明之可能，為個別判斷。亦即應依據待證事項與犯罪事實存在與否是否具有重要關聯性，並且根據當事人舉證之公平性及技術上是否可行之觀點出發論斷。按自白在實務上仍不減其「證據女王」之地位，對於被告刑罰權是否存在，扮演重要的角色，另一方面，現行法關於訊問被告之程序設有諸多擔保自白任意性及信用性的機制，例如全程連續錄音（§100-1）、辯護人在場權（§245 II）、禁止夜間詢問原則（§100-3）以及第 41 條及同條之 1 有關訊問筆錄之製作等，可見偵查機關具有相當多足已擔保其訊問程序合法性的手段或途徑，循此而論，由檢察官提出證據證明自白並非出於不正方法取得，並無特別困難之處。職是之故，應要求檢察官必須證明使法院「確信」被告自白係具有任意性，較為妥當。要求證明至使法院達「確信」程度的見解，與最高法院的基本立場，不謀而合。

## 第五節 結語

事實審法院遇被告主張自白不具任意性的抗辯時，依法應先予調查，並命使用該項自白的檢察官證明自白係出於任意性，倘若檢察官無法證明，該項自白即無證據能力，第 156 條第 3 項規定及其修正理由，足資參照。

然而，修法迄今，本文發現仍有逾百分之十四（14.28%）的最高法院判決

認為，被告自白是否具有任意性係屬於法院應依職權調查之事項，更甚者，認為應由被告自行提出證據證明自白不具任意性者，也有將近百分之六的比例（5.71%）。此等作法不僅與修法意旨背道而馳，更不當加重被告舉證負擔，使得原本就因武器不對等而處於弱勢的被告更陷於不利的地位，無疑是雪上加霜。職是，少數的最高法院見解允宜向多數見解認應由檢察官舉證之判決看齊，以符修法意旨。再者，關於證明方法，固然以「自由證明」為已足，惟實務運作上自白具有證據女王的地位，與被告犯罪事實密不可分，故仍應採取適當的證明方法，而非完全「自由」的證明，較為合理。準此，實務上常見的「勘驗錄音或錄影」等方式（參【表 4】）均非屬妥適的調查方法。詳言之，除要求檢察官提出相關筆錄、錄音或錄影等資料證明外，實應再搭配聲請傳喚調查當時在場之辯護人或其他第三人到庭作證，始可謂已盡其指出證明方法之義務。最後，鑒於被告自白影響被告犯罪成立與否甚鉅，又加上要求檢察官舉證並無特別困難之處。是以，仍應要求檢察官必須證明至使法院達「確信」被告自白具任意性之程度，始足當之。



## 第四章 違法證據排除之證明

民國93年間，台中市豐原區一間租書店被警方查獲涉嫌出租色情漫畫書刊，檢察官依妨害風化罪嫌將其起訴，法官於審判中查出警方執行搜索時並未持有搜索票，且未於三日內補正程序，認為搜索程序並不合法，因此，搜索所得之漫畫書刊無證據能力，因而判決租書店負責人無罪<sup>160</sup>。由此足見，經由違法程序所取得之證據，若依法予以排除，可能會間接地影響被告犯罪是否成立。值得研究的是，案例中是否存在適用違法證據排除法則的前提事實，亦即究竟是否有違法取證之事實存在？倘若在訴訟中當事人對此有爭議，自然衍生應由誰就此負擔證明責任（第二節）、應透過何種證明方式（第三節）並且須證明至何等程度（第三節）之問題？此等相關爭議問題，為本章研究重點所在。

### 第一節 違法證據排除法則

#### 第一項 違法證據排除法則之論據

##### 第一款 刑事訴訟之目的論

刑事訴訟之目的在於追求實體刑法之正確適用，故發現真實係必要之前提。然而，國家為了實現刑罰權，不容許以不擇手段的方法發現真相，仍必須以法治程序為界限<sup>161</sup>。詳言之，刑事訴訟法上禁止不計代價、不擇手段、不問是非的真實發現，此「三不」既是法治國原則為發現真實所劃定的界限，也是刑事訴訟法進入啟蒙時代的里程碑<sup>162</sup>。職是之故，當程序正當性所要維護的利益優於發現實體真實的利益時，則經由不正當手段所取得之證據，便失去作為認定犯罪事實的資格而無證據能力。

德國自從刑事法學大師貝林（Beling）於西元 1903 年以「證據禁止作為刑

<sup>160</sup> 法源法律網，警察違法搜索漫畫書刊 證據無效被告無罪，<http://www.lawbank.com.tw/news/NewsContent.aspx?NID=31065.00>，最後瀏覽日 2013 年 3 月 9 日。

<sup>161</sup> 許澤天，刑事訴訟法論（II），自版，2003 年 8 月，頁 182。

<sup>162</sup> 林鈺雄，搜索扣押註釋書，自版，2001 年 12 月，頁 44。

事訴訟真實發現之界限」為題發表專論起，學者與實務界開始有系統地討論「證據禁止」，並立於保護個人權利與公平審判之基礎，發展出「證據使用禁止理論」（Beweisverwertungsverbote）。其規範對象乃法院之審判行為，即禁止法院在審判程序中，使用已取得之特定證據。亦即，法院不得將該特定證據採為裁判之基礎而應排除之<sup>163</sup>。

最高法院 87 年度台上字第 4025 號判決有云：「**刑事訴訟之目的，固在發現真實，藉以維護社會安全，其手段則應合法純潔、公平公正，以保障人權；倘證據之取得非依法定程序，而法院若容許該項證據作為認定犯罪事實之依據有害於公平正義時，因已違背憲法第八條、第十六條所示應依正當法律程序保障人身自由、貫徹訴訟基本權之行使及受公平審判權利之保障等旨意（司法院大法官會議釋字第三八四、三九六、四一八號等解釋部分釋示參考），自應排除其證據能力。**<sup>164</sup>」由是觀之，此號判決係立於刑事訴訟之目的論出發，主張非依法定程序所取得之證據，應無證據能力。

## 第二款 憲法正當之法律程序論

主張憲法正當之法律程序論者，基本上係立基於保障被告人權和維護司法之廉潔性理論，及抑制偵查機關將來違法偵查之政策基礎，認為經由違法偵查手段所取得的證據，應予以排除，不得作為認定犯罪事實之依據。比較法上，雖然美、日兩國的刑事訴訟法不若我國立法例，將違法證據排除法則直接予以明文化而具有實定法的特徵，惟美日兩國根據其憲法精神，透過實務判例長期累積<sup>165</sup>，漸

<sup>163</sup> 林鈺雄，德國證據禁止論之發展與特色，律師雜誌，第 232 期，1999 年 1 月，頁 56-57；林鈺雄，前揭註 71 書，頁 593-601。有關「證據使用禁止理論」的相關評釋，可參閱林鈺雄，從基礎案例談證據禁止之理論與發展，收錄於刑事訴訟之運作－黃東熊教授六秩晉五華誕祝壽論文集，五南，1997 年 11 月，頁 22-28。

<sup>164</sup> 採刑事訴訟之目的論者，亦可參閱最高法院 98 年度台上字第 7683 號、97 年度台上字第 4319 號、96 年度台上字第 5945 號、96 年度台上字第 484 號、95 年度台上字第 6773 號及 95 年度台上字第 5681 號判決。

<sup>165</sup> 西元 1914 年，美國聯邦最高法院在 Weeks v. United States 案首創證據排除法則。並於 1961 年在 Mapp v. Ohio 一案指摘，透過憲法增修條文第 4 條「禁止不合理的搜索扣押」（The right against unreasonable searches and seizures）及第 14 條增修條文「正當程序」（Due Process of Law）的規定，證據排除法則對於各州及聯邦均一體適用，並認為州法院不得以違法取得之證據資料作為證

漸地創設並形成證據排除法則（Exclusionary Rule of Evidence）之適用<sup>166</sup>，主張對於違法蒐集取得之證據，原則上應予排除，不具有認定犯罪事實之資格。

反觀我國司法院釋字第 384 號解釋所揭櫫憲法第 8 條第 1 項「依法定程序」係指，凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，國家機關所依據之程序，須以法律規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第 23 條所定相關之條件。其次，第 396 號解釋指出，憲法第 16 條訴訟權之保障亦應依正當法律程序之原則，予以當事人充分之程序保障。再者，第 418 號解釋說道，憲法第 16 條保障人民有訴訟權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權利。綜上所言，人權保障、公平法院、正當法律程序及司法之廉潔性等價值，乃我國憲法所揭示刑事程序之基本精神。我國刑事訴訟法上之證據排除法則等相關規定與此等憲法理念，可謂息息相關。是以，若容忍偵查機關透過違法程序所取得之證據，得作為認定被告犯罪事實之依據，不啻與上開憲法所標舉之基本精神背道而馳。

勘查最高法院 99 年度台上字第 3168 號判決有謂：「刑事訴訟法上證據排除原則，係指將具有證據價值之證據因取得程序之違法，而予以排除之法則。偵查機關違法偵查蒐證適用證據排除原則之主要目的，在於抑制違法偵查並嚇阻警察機關之不法，其理論基礎，來自於憲法上正當法律程序之實踐，鑒於一切民事、刑事、行政、懲戒之手段，尚無法有效遏止違法偵查、嚇阻警察機關之不法，唯有透過證據之排除，使人民免於遭受國家機關非法偵查之侵害、干預，防止政府濫權，藉以保障人民之基本權。<sup>167</sup>」同院 97 年度台上字第 560 號判決說道：「刑

---

據。參照王兆鵬，前揭註 42 書，頁 25-26；吳巡龍，緊急搜索之要件及違法蒐證之證據排除，收錄於刑事訴訟與證據法全集，新學林，2008 年 11 月，頁 172-173。而日本最高法院於昭和 24 年，以「扣押物蒐集程序違法照理不會改變物體的性質和形狀，因而不會改變作為該形狀的證據的價值」（最判昭 24·12·13 判特 32·37），表明肯定其證據能力的判斷。其後約經過 30 年，最高法院在此問題上一直保持沉默。之後，於昭和 53 年 9 月 7 日，以第一小法庭判決（刑集 32·6·1672），宣示在一定場合應否定違法證據的證據能力，而確認了證據排除法則。參照土本武斯著，董璠興、宋英輝譯，前揭註 29 書，頁 398。

<sup>166</sup> 第 131 條第 4 項立法理由；黃朝義，前揭註 36 書，頁 546；黃朝義，刑事訴訟法—證據篇，元照，2002 年 11 月，頁 78；林俊益，前揭註 68 書，頁 404；石木欽，改良式當事人進行主義之證據法則—以審判實務為中心，元照，2008 年 11 月，頁 18-19。

<sup>167</sup> 最高法院 97 年度台上字第 734 號判決同此意旨，足資參照。

事訴訟程序所為通訊監察處分之取證行為，具有對人民隱私權等基本權干預之性質，通訊保障及監察法對此取證行為，設有程序規範與限制，俾使實施刑事追訴程序之公務員有法可循，並兼顧人民權益之保障。從事刑事追訴之公務員違反取證規範，從抑制違法偵查之觀點衡量，如不分情節，均容許該通訊監察所得資料作為證據使用並不適當，固有應否排除其證據能力之問題。惟此證據排除原則之適用……。」由此觀之，我國司法實務亦有基於憲法之正當法律程序論之觀點，主張適用違法證據排除法則。

## 第二項 違法證據排除法則在刑事訴訟法上之依據

有必要說明者係，違法證據排除法則之依據除刑事訴訟法有明文規定外，其他特別法亦有相關規範。例如通訊保障及監察法第 5 條第 5 項、第 7 條第 4 項及組織犯罪防制條例第 12 條等。惟本文研究範圍有限，僅就刑事訴訟法上之相關規定分析探討，先予敘明。

### 第一款 違反法定程序之自白排除

按第 158 條之 2 第 1 項規定：「違背第九十三條之一第二項、第一百條之 3 第一項之規定，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。但經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限。」同條第 2 項規定：「檢察事務官、司法警察官或司法警察詢問受拘提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人時，違反第九十五條第二款、第三款之規定者，準用前項規定。」考其立法理由指出，若檢察官、檢察事務官、司法警察（官）罔顧規定，於第 93 條之 1 第 2 項所規定之法定障礙事由經過時間內進行訊問被告或犯罪嫌疑人之程序，顯然違背程序正義，不具合法性、正當性，所取得之被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，原則上不應賦予證據能力，不得作為證據。此外，夜間乃休息之時間，為尊重人權及保障程序之合法性，並避免疲勞訊問，本法已於第 100 之 3 第 1 項規定，除該條但書所列之情形外，司法警察官或司法警察詢問

犯罪嫌疑人時，不得於夜間為之。是違背該條所取得之自白及其他不利之陳述，原則上亦無證據能力，不得作為證據，以促使執法人員確實遵守法律規範，落實上開法律規定之精神。再者，為使檢察事務官、司法警察（官）確實遵守第 95 條第 2 款、第 3 款之權利告知義務，若其等詢問受拘提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人，違反上述規定時，應準用同條第 1 項之規定。又實施刑事訴訟程序之公務員違背第 93 條之 1 第 2 項、第 100 之 3 第 1 項之規定，所取得之被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，原則上雖無證據能力。然而，立法者為兼顧公共利益之維護及真實之發見，爰參考美國聯邦最高法院在 U.S. v. Leon 一案中所創設之「善意例外」（Good Faith Exception）原則，於同條第一項設但書規定：「但執行人員若能證明其違背上開法定程序非出於惡意，且所取得之自白或陳述係出於被告或犯罪嫌疑人之自由意志者……。」則不受證據強制排除之限制。

第 158 條之 2 的例外容許規定有二項要件：須符合「善意原則」及「任意性原則」。關此，本文以為，第 158 條之 2 規定屬於違法關聯之特別排除，係因司法警察人員違反法定程序，侵害犯罪嫌疑人之緘默權或辯護人選任權，原則上否定其取得自白之證據能力，基本上與該自白有無任意性並無關連。循此脈絡，該條項但書「且該自白或陳述係出於自由意志者」之要件係屬第 156 條第 1 項自白任意性法則的規範問題，實無庸多此一舉放在本項但書，如此規定反而容易混淆了任意性與違法排除之間的概念區別。

## **第二款 違法搜索扣押證據之排除**

搜索或扣押之處分經撤銷者，審判時法院得宣告所扣得之物，不得作為證據，第 131 條第 4 項及第 416 條第 2 項定有明文。現行法可謂是將違法證據排除法則直接予以實定法化，賦予法院對於經由違法搜索扣押所取得之證據得予以排除之法源依據。

按第 131 條第 1 項規定：「有左列情形之一者，檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察，雖無搜索票，得逕行搜索住宅或其他處所：一、因逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押，有事實足認被告或犯罪嫌疑人確實在內者。二、因追躡現行犯或逮捕脫逃人，有事實足認現行犯或脫逃人確實在內者。三、有明顯事實足信為有人在內犯罪而情形急迫者。」同條第 2 項規定：「檢察官於偵查中確有相當理由認為情況急迫，非迅速搜索，二十四小時內證據有偽造、變造、湮滅或隱匿之虞者，得逕行搜索，或指揮檢察事務官、司法警察官或司法警察執行搜索，並層報檢察長。」立法者基於程序正義之維護，以及避免緊急搜索權之濫用，對於執行緊急搜索後拒不陳報該管法院或緊急搜索本即不應准許者，遂於同條第 4 項進一步規定：「第一項、第二項之搜索執行後未陳報該管法院或經法院撤銷者，審判時法院得宣告所扣得之物，不得作為證據。」應將所得之證據排除，不得作為判斷犯罪事實之依據。再者，立法者為了落實人權保障，於第 416 條第 1 項第 1 款增訂對於搜索或扣押之處分不服者，受處分人得聲請所屬法院撤銷或變更之，並於同條第 2 項新增搜索或扣押經撤銷者，審判中審理本案之法院，得依情形宣告所扣得之物，不得作為證據<sup>168</sup>。

於實務運作上，民國 90 年 1 月 12 日第 416 條第 2 項規定未明文化之前，部分審判實務採用排除法則之根據，一方面係援引憲法保障基本人權之精神，認刑事訴訟之目的，固在發現真實，藉以維護社會安全，然其手段仍應合法純潔，公平公正，以保障人權。有時則併引用第 155 條第 2 項嚴格證明法則之規定，指出無證據能力之證據，不得作為判決之基礎。惟第 416 條第 2 項增訂後，涉及非法搜索扣押之部分，則直接引用此一條文作為排除法則之法源依據，而在第 158 條之 4 增訂後，一般則忽視第 416 條第 2 項規定之存在，逕以第 158 條之 4 排除基準之規定作為適用排除法則之依據<sup>169</sup>。判決理由中通常會做如下之引述：「違

<sup>168</sup> 第 416 條第 2 項規定：「前項之搜索、扣押經撤銷者，審判時法院得宣告所扣得之物，不得作為證據。」同條第 1 項規定：「對於審判長、受命法官、受託法官或檢察官所為下列處分有不服者，受處分人得聲請所屬法院撤銷或變更之：一、關於羈押、具保、責付、限制住居、搜索、扣押或扣押物發還、因鑑定將被告送入醫院或其他處所之處分及第一百零五條第三項、第四項所為之禁止或扣押之處分。二、對於證人、鑑定人或通譯科罰鍰之處分。三、對於限制辯護人與被告接見或互通書信之處分。四、對於第三十四條第三項指定之處分。」

<sup>169</sup> 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，頁 43。

背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，依刑事訴訟法第一五八條之四規定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護，以為判斷<sup>170</sup>。<sup>171</sup>」

### 第三款 權衡理論

按第 158 條之 4 規定：「除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護。」揆諸其立法理由指出，按刑事訴訟重在發見實體真實，使刑法得以正確適用，形成公正之裁判，是以認定事實、蒐集證據即成為刑事裁判最基本課題之一。當前證據法則之發展，係朝基本人權保障與社會安全保障兩個理念相調和之方向進行，期能保障個人基本人權，又能兼顧真實之發見，而達社會安全之維護。因此，探討違背法定程序取得之證據，是否具有證據能力，自亦不能悖離此一方向。另供述證據與非供述證據之性質不同，一般認為供述證據之採取過程如果違法，即係侵害了個人自由意思，故而應嚴格禁止，而蒐集非供述證據之過程如果違背法定程序，則因證物之型態並未改變，尚不生不可信之問題。……為求周延，並兼顧人權保障及公共利益之維護，爰增訂本條，使其他違背法定程序所取得之證據，其有無證據能力之認定，有一衡平之規定，避免因為排除法則之普遍適用，致使許多與事實相符之證據，無可例外地被排除。

惟實務運作上，以權衡理論作為證據排除之依據是否妥適？誠值懷疑。蓋證據能力之有無，並非法院自由裁量之問題，法律規範實應提供預測可能、確實而安定的基準<sup>172</sup>。反觀法條卻明文以「審酌人權保障與公共利益之均衡維護」的方程式為基準，其利益衡量，不僅概念不明確，且利益權衡的結果，被告人權的保障，往往可能在維護社會秩序的公共利益的名義下，遭到輕忽，致使刑事訴訟透過正當程序使人民免於非法偵查的保障，陷於不安定的狀態。以上訴最高法院

<sup>170</sup> 最高法院 96 年度台上字第 3904 號、96 年度台上字第 1885 號及 95 年度台上字第 7239 號判決。

<sup>171</sup> 關此，本文認為可能是實務見解認為第 131 條第 4 項之立法考量與第 158 條之 4 之規定具有相同意旨，便以後來新增的第 158 之 4 作為排除之依據，此有最高法院 96 年度台上字第 1770 號判決可供參照。

<sup>172</sup> 職是，嚴格而言，第 158 條之 4 應屬證據排除標準之規定，並非法院得排除證據之直接依據。

之案件為對象觀察，原事實審法院依此排除基準，審酌權衡的結果，絕大多數的判決皆對證據做出不予排除的判斷，且此項作法並獲得最高法院的支持。證據不予排除之理由中，舉其犖犖大者是，案件之重大性，例如強調槍彈案件危害社會秩序重大（96 台上 388 及 95 台上 698）、販賣毒品對於國家社會之危害程度甚鉅（96 台上 3519、96 台上 2361 及 94 台上 4477），或販賣安非他命持有之違禁物數量龐大（96 台上 1144 及 95 台上 6549）。另外，除了案件之重大性外，有判決同時或是以警察人員違背法定程序之情節尚屬輕微（96 台上 388、95 台上 1977 及 93 台上 5171）、或者主觀上無故意（蓄意）違法之意圖（95 台上 6096、95 台上 5742、95 台上 3209 及 93 台上 2151），作為審認證據不予排除的理由之一。職是之故，以權衡理論作為證據是否排除之依據，並不妥適。

循此脈絡，採用違法證據排除法則應有的立場，自應以我國憲法揭示刑事程序的實施應以保障人權、公平法院、司法之廉潔性、正當法律程序的基本精神為其依據。又第 158 條之 4 形式上雖然係採權衡理論，惟此權衡並非自由裁量。較為理想的作法是，事實審法院於適用上，應以維護憲法正當程序為優先考量，國家機關違反法定程序，如屬侵害憲法保障基本人權之重大違法情事，且從抑制將來違法偵查之觀點而言，容許其作為證據並不適當者，即應否定其證據能力，實無庸特別考量「犯罪所生之危險或實害」之公益的維護<sup>173</sup>。至於，證據排除是否能達到抑制違法偵查的效果，應審酌偵查機關違反法定程序時之主觀意圖、發現該證據之必然性（亦即違反法定程序與證據取得之因果關係）而定。相對地，違反刑事訴訟法上之程序要件，並不涉及憲法所保障基本人權之實質侵害者，則採權衡原則，得審酌違反程序之違法情節、侵害被告權益之性質程度以及案件之重大性、使用證據與發現真實之必要性等因素，決定系爭證據應否予以排除。

附帶一提者係，第 158 條之 4 的適用對象是僅限於非供述證據，或是包含供

<sup>173</sup> 若將第 158 條之 4 立法理由所示的 7 個權衡要點分門別類，約略可分為：一、關於人權保障的部分：（一）違背法定程序之情節、（二）違背法定程序時之主觀意圖、（三）侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重、（四）證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度。二、與公共利益有關的權衡要素：犯罪所生之危險或實害。三、與違法關聯與嚇阻論有關（排除相當性）者：（一）排除證據對於預防將來違法取得證據之效果及（二）偵審人員如依法定程序有無發現該證據之必然性。

述證據？就此，最高法院基本見解是採「非限定說」，認為「供述」及「非供述」證據均有本條規定的適用；反之，學理上，有學者參酌美國憲法增修條文第 4 條之規定，主張應採「限定說」，指出本條係針對具真實性之物證排除而設，而非針對真實性可疑之供述證據而設<sup>174</sup>。關此，本文從第 158 條之 4 的立法背景與其確立之排除原則的觀點出發，認為應採「非限定說」較為妥適。職是，不論實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序所取得之證據是屬於「人之陳述」或「物證」，原則上皆適用此權衡理論。

## 第二節 證明負擔之歸屬

第 158 條之 2 第 1 項但書「惡意」應由誰負責證明？當證據取得之合法性出現爭執時，應由誰就適用證據排除法則之前提事實負責舉證？綜觀現行法皆未有明文規範，實有徹底釐清之必要。

### 第一項 基本觀察

為了能完整掌握最高法院對於違法證據排除之證明負擔歸屬的運作情形，本文遂以其在刑事訴訟法上之相關依據為關鍵詞進行搜尋，亦即以「第一百三十一條&第四項」、「第四百一十六條&第二項」、「第一百五十八條之二」、「第一百五十八條之四」及「搜索&舉證」為全文檢索語詞，並搭配民國 92 年 9 月 1 日至 102 年 3 月 31 日為裁判日期之組合搜尋。大致上「第一百三十一條&第四項」：有 25 筆。「第四百一十六條&第二項」：為 0 筆。「第一百五十八條之二」：有 46 筆。「第一百五十八條之四」：有 444 筆。「搜索&舉證」：有 306 筆，一共大概搜得 821 筆判決。

經本文過濾此 821 筆判決後，當中涉及違法證據排除之證明負擔歸屬者，僅有 18 筆相關判決，數量甚少。本文將這 18 筆判決予以類型化後，大抵上可分為：

<sup>174</sup> 王兆鵬，論新法之證據排除法則，收錄於新刑訴·新思維，自版，2004 年 10 月，頁 20。

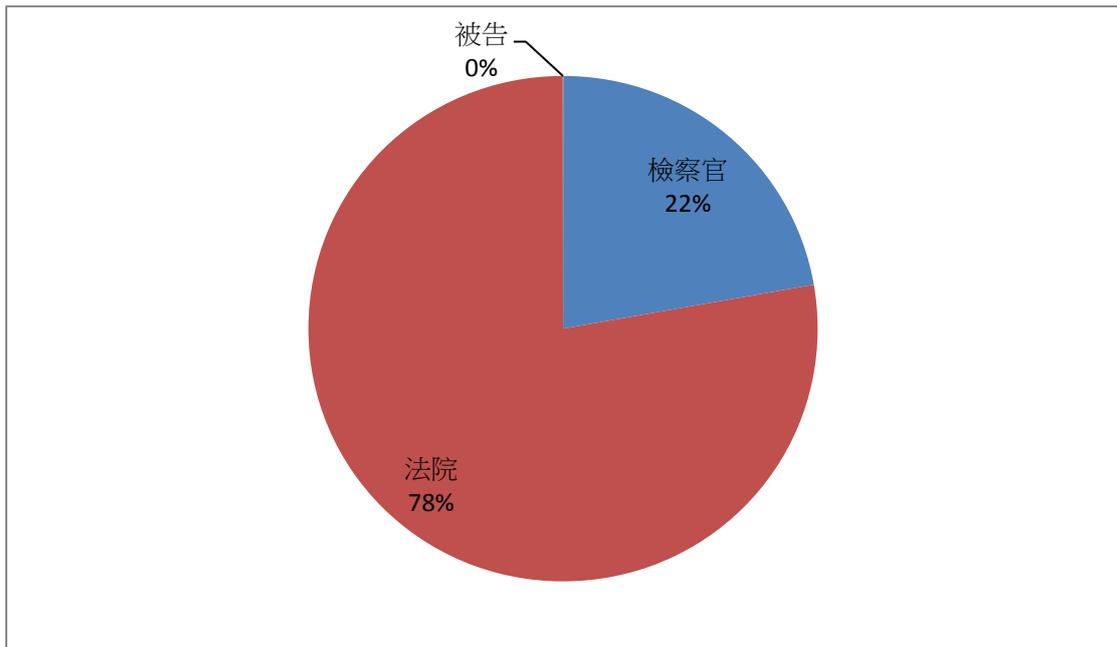
一、主張由檢察官負責舉證者，及二、屬於法院職權調查事項。主張應由被告自行舉證者，最高法院目前並未有相關見解。再以判決數量觀察，最高法院認為應由檢察官負擔證明責任者：有 4 筆；主張應由法院依職權調查者：有 14 筆。參【表 5】與【圖 5】。當中認為應由檢察官負責舉證者，依其判決理由可再細分為兩種類型：其一，判決理由明確指出應由檢察官舉證者：有 3 筆。其二，最高法院肯認事實審法院所主張應由檢察官負舉證責任之見解：有 1 筆。又由法院依職權調查者，亦可細分為三種類型：其一，判決理由明確指出應由法院依職權調查者：有 2 筆。其二，最高法院肯認事實審法院依職權調查之作法：有 8 筆。其三，最高法院指摘事實審法院未依職權調查而有證據調查未盡之嫌並予以撤銷發回者有：有 4 筆。

【表 5：違法證據排除之證明負擔歸屬的判決數量統計】

	判決數（單位：筆）		百分比 （單位：%）
檢察官	最高法院明確指出應由檢察官舉證者	3	22.22
	最高法院於判決理由中肯認事實審法院指出應由檢察官舉證之作法者	1	
法院	最高法院明確指出應由法院依職權調查	2	77.77
	最高法院肯認事實審法院依職權調查之作法	8	
	最高法院指摘事實審法院未依職權調查	4	
被告	0		0

資料來源：本文自行製作

【圖 5：違法證據排除之證明負擔歸屬的百分比】



資料來源：本文自行製作

## 第二項 實務立場

民國 92 年修法後，關於違法證據排除之證明負擔歸屬，由【圖 5】顯示，最高法院有將近八成（77.77%）的判決認為，屬於法院應依職權調查之事項；主張應由檢察官負責舉證者，為少數見解（22.22%）。

### 第一款 肯認由檢察官舉證證明者

首先，遇被告抗辯其警詢筆錄違反第 100 之 3 第 1 項、第 3 項夜間詢問禁止之規定，依第 158 條之 2 第 1 項規定無證據能力時，最高法院 99 年度台上字第 1441 號判決指出：「**違背夜間訊問禁止規定所取得之供述證據資料，原則上雖然不得作為證據，但於證明其違背非出於惡意，且屬自由意志陳述之例外情形，仍可作為證據，觀諸刑事訴訟法第一百五十八條之二第一項規定即明，上揭例外，即屬學理上所稱之『善意例外允許原則』之一種。**所謂惡意，係對於違背禁制規定之作為，具有直接之故意，其判斷應依該詢問過程與相關之外在附隨條件客觀

認定之，例如詢問前，是否已掌握得強而有力之非供述性表面證據？詢問中，詢答雙方互動之態度、語氣、聲調是否正常？有無律師陪同在場？詳言之，倘犯罪嫌疑人或被告已遭搜獲諸多不利之證物，且有律師陪同進行警詢程序，嗣在不知不覺之和緩氣氛中，從白天繼續至夜間者，尚難認為司法警察（官）具有惡意取供情形。**又此非出於惡意之證明，固應由檢察官負責提出。**」

其次，同樣於被告抗辯警察違反夜間詢問禁止規定，而依第 158 條之 2 第 1 項規定，原則上應無證據能力之情形，最高法院 98 年度台上字第 6024 號判決說道，應由檢察官就並無適用第 158 條之 2 第 1 項規定之前提事實存在，亦即是否有違法夜間詢問之事實存在，負擔證明責任。系爭判決有云：「……刑事訴訟法第一百條之三第一項定有明文。依其立法意旨，係因『夜間乃休息之時間，為尊重人權及保障程序之合法性，並避免疲勞詢問，爰增訂本條，規定司法警察官或司法警察原則上不得於夜間詢問犯罪嫌疑人，但為配合實際狀況，如受詢問人明示同意者……，則不在此限，以資兼顧。』是以，除經犯罪嫌疑人明示同意而捨棄該項權利，或有同條其他法定事由者外，司法警察官或司法警察詢問犯罪嫌疑人，應不得於夜間行之；**而就是否具有上開法條所定之例外情形，如有爭執，因關係是否有同法第一百五十八條之二第一項前段規定之適用，應由檢察官負舉證之責任，並應於判決內說明其判斷之理由，始為適法。**<sup>175</sup>」

再者，辯護人主張未告知被告得保持緘默、選任辯護人，依第 158 條之 2 第 2 項準用同條第 1 項、第 95 條第 2 款及同條第 3 款規定，原則上該自白無證據能力。就此，台灣高等法院高雄分院 99 年度上訴字第 539 號判決有謂：「查被告於車牌號碼 2951—UP 號白色豐田廠牌 CAMRY 自小客車後行李廂中為警查獲本件扣案槍彈後，曾在現場向員警坦承該等槍彈為其所有一節，固經證人即本件承辦員警莊志精於原審審理時證述屬實，惟被告之辯護人主張證人莊志精於詢問被告前並未告知被告上開緘默權、辯護人選任權，參以員警於被告同意搜索該車前並不知該車後行李廂藏有槍械，其於發現本件槍彈後，當場詢問被告槍彈

<sup>175</sup> 最高法院 100 年度台上字第 4577 號判決同意旨，足資參照。

來源而未告知被告該等權利，應與事實並無不符。而檢察官又未舉證證明員警違背上開規定非出於惡意及被告自白係基於自由意志，則依刑事訴訟法第 158 條之 2 第 2 項準用同條第 1 項規定，被告上開自白不得作為證據。<sup>176</sup>」

## 第二款 認為屬於法院應依職權調查事項者

### 壹、最高法院於判決理由中明確指出應由事實審法院依職權調查者

被告抗辯證據之取得係警察於非法逮捕後，對其身體進行非法附帶搜索，應無證據能力。就此，應由誰就有無違法搜索之情形負責證明之問題，最高法院有判決認為基於「公平正義之維護」，事實審法院應依第 163 條第 2 項但書規定依職權調查。勘查台灣高等法院台南分院 96 年度選上更（二）字第 402 號判決有謂：「本件警察於非法逮捕被告後，又違法對被告之身體進行附帶搜索，而查獲便條紙一張及行動電話一具，另依共同被告張永池於原審更（一）審時之供述，警察係於無急迫情形，且未向法院聲請取得搜索票，復未經其同意，即違法對其住處為夜間搜索，而查扣二千五百元，但經依刑事訴訟法第一百五十八條之四法益權衡原則規定加以判斷後，應認該查獲之便條紙、行動電話及二千五百元均無證據能力……。」檢察官不服此判決結果，上訴至最高法院以求救濟。最高法院 97 年度台上字第 1262 號判決卻指摘：「然依卷內資料……，則前開便條紙及行動電話是否確係警察對被告之身體實施附帶搜索所查扣？是否與事實相符而足以採信？即仍有深入研求之餘地。實情為何？關涉前開扣案之便條紙、行動電話及二千五百元有無證據能力之認定，為明真相並維公平正義，自應詳予查明，乃原審未進一步究明，並說明前開不利於被告之證據如何不足採納之理由，遽援引上揭張永池嗣於原審更（一）審時翻異之詞，資為有利於被告之認定，自嫌速斷。檢察官上訴意旨執此指摘原判決違法，非無理由，認仍應發回更審，期臻翔適。」

### 貳、最高法院指摘事實審未依職權調查者

<sup>176</sup> 該項見解亦獲得本案最高法院 100 年度台上字第 4863 號判決之認同。

被告抗辯司法警察機關違反第 146 條第 1 項於夜間進入有人住居搜索之規定。對此，最高法院 100 年度台上字第 5124 號判決並未明確指出本案偵察機關有無於夜間進入有人住居搜索之事實，係屬於法院應依職權調查之事項，而是以指摘原審未傳喚該次執行搜索員警以究明其有無獲致相關人員之承諾或符合急迫之情形的方式，間接地認為事實審法院應依職權調查，否則有證據調查未盡之嫌。勘查該號判決說道：「卷查本件彰化縣警察局彰化分局員警雖曾依法向台灣台中地方法院聲請搜索獲准，……然上開搜索之初始時間係九十五年七月十七日「十九時二十分」，執行人員僅出示搜索票，未見有經住居人、看守人或可為其代表之人承諾，或有急迫情形之相關記載，有該分局搜索、扣押筆錄附卷可稽，衡情搜索當時似已入夜，而屬夜間搜索。果爾，原審未傳喚該次執行搜索員警究明其有無獲致相關人員之承諾或符合急迫之情形，亦未敘明如何認定上揭證物具有證據能力之理由，率爾以該等證物並非供述證據，與本案待證事實又具有自然之關聯性，且無證據證明係公務員違法取得之物等詞，即遽認該等證物具有證據能力，並採為認定被告等犯罪之基礎，顯有調查未盡及判決理由欠備之違誤。<sup>177</sup>」

### 參、最高法院肯認事實審逕依職權調查之作法者

在台灣高等法院 98 年度上訴字第 4404 號判決中，被告之辯護人抗辯被告為查獲時與查獲員警之對話錄音，係在查獲員警未踐行第 95 條之權利告知義務及違反第 100 條之 3 第 1 項夜間詢問禁止規定下所為，職是，卷附之錄音譯文依第 158 條之 2 第 2 項準用同條第 1 項規定，並無證據能力。該則判決指摘：「經本院勘驗該錄音光碟並未聽到員警詢問被告是否同意夜間詢問之內容及其他刑事訴訟法第 100 條之 3 第 1 項所定各款之例外情形，此有勘驗筆錄附卷可參，是尚難謂本件查獲員警上開所為之詢問，符合刑事訴訟法第 100 條之 3 所規範之法定程式；又本院勘驗被告被查獲時與警對話之側錄光碟，勘驗結果為……，亦難認適法。……查證人即查獲員警施明享、楊金茂於檢察官訊問時證述……，足見被告該次陳述係出於其自由意志所為，且亦無證據證明查獲員警施明享、楊金茂

<sup>177</sup> 最高法院指摘事實審法院未依職權調查者，諸如最高法院 98 年度台上字第 1689 號、97 年度台上字第 729 號及 94 年度台上字第 3436 號判決，足供參照。

係出於惡意而違反上開刑事訴訟法第 95 條、第 100 條之 3 之規定，是認上開被告為警查獲時與查獲員警之對話錄音，雖有違刑事訴訟法第 95 條、第 100 條之 3 之規定，然違背法定程序之客觀情節難謂重大，警方與被告素無嫌怨，殊無故為構陷之理，其主觀意圖應非出於惡意，且被告非法持有第二級、第三級毒品數量頗多，如流入市面，足以生危害社會，本院衡量人權保障及社會安全公共利益之均衡維護，依比例原則及法益權衡原則，予以客觀之判斷，兼顧程序正義及發現實體真實，堪認本件違法取得之證據有證據能力。又卷附之上開錄音譯文，既係經由上開錄音內容轉譯而得，該錄音譯文亦有證據能力。<sup>178</sup>」

### 第三項 學說見解

學說上多數意見主張，應由檢察官就證據係經由合法程序取得乙事，負舉證責任。例如有學者認為程序係受拘捕之被告主張司法警察未為第 95 條權利告知，而請求依第 158 條之 2 第 2 項規定排除證據時，警察反駁已為權利告知，仍應由檢察官負提出證據責任及說服責任。其次，就物證排除部分，檢察官對於證據合法取得，負有提出證據責任及說服責任。對於第 93 條之 1 第 2 項「嚇阻性」規定而排除的自白，如有爭執，仍應由檢察官負提出證據責任及說服責任<sup>179</sup>。另外，亦有學者從預防司法警察違法之角度出發，主張若司法警察係惡意違法，該證據毫無例外應無證據能力，此處應由檢察官負舉證責任，證明警察機關係出於善意<sup>180</sup>。至於，有關同意搜索之舉證責任法則，學理上亦有論者認為我國審判實務採經被告提出「未自願同意」之抗辯後，由法院依職權審酌之作法，違背當事人進行原則，應由檢察官對同意搜索負證明負擔<sup>181</sup>。另有學者主張適用「不利推定說」，關於被告抗辯違反全程連續錄音之法定程序而應予以排除其證據能力之情形，除非國家機關能提出反證證明未有侵害被告緘默權之情事，或有符合

<sup>178</sup> 本案事實審法院依職權勘驗相關錄音資料，以調查是否有違法取證事實存在之作法，獲得最高法院 100 年度台上字第 2266 號判決支持，並駁回被告之上訴。最高法院肯認事實審法院依職權調查的判決，例如最高法院 101 年度台上字第 2194 號、100 年度台上字第 6922 號、100 年度台上字第 6227 號、99 年度台上字第 3390 號、99 年度台上字第 1917 號、98 年度台上字第 6210 號及 97 年度台上字第 5489 號判決，足供參佐。

<sup>179</sup> 王兆鵬，前揭註 38 書，頁 682、684-685。

<sup>180</sup> 黃朝義，前揭註 36 書，頁 553。

<sup>181</sup> 林輝煌，刑事審判之證明負擔及證明程度，元照，2011 年 11 月，頁 170-171。

第 100 條之 1 第 1 項但書之急迫情況，否則該項自白不得作為證據<sup>182</sup>。

相反地，另有學者主張應由被告負舉證責任，認為對於違法的搜索、逮捕與扣押行為，根據係依令狀所為抑或無令狀所為之不同，當事人之舉證負擔不盡相同。搜索、逮捕、扣押之行為係依令狀所為時，該等行為原則上被推定為合憲有效，故被告負有指陳「該令狀之發出無相當理由存在」的舉證責任<sup>183</sup>。

亦有論者認為，對於國家偵審機關是否違反第 100 條之 1 第 1 項錄音錄影義務，應由法院以勘驗錄音帶、影帶方式為之。被告如對筆錄內容是否相符有所爭執時，法院即應踐行勘驗程序，且法院對此被告之抗辯，應先於其他犯罪事實而為調查。被告對此勘驗程序，亦應有證據調查聲請權<sup>184</sup>。

於比較法之觀點，美國各州對違法證據排除之證明的規定，不盡相同，聯邦最高法院對此並未作出判決。若歸納各州的不同規定，可分為下述 4 種類型：其一，檢察官對證據取得之合法性有提出證據的責任，被告對此必須反駁，負說服責任，紐約州為此立法例。其二，被告對證據非法取得有提出證據責任及說服責任。其理由為被告既主張證據不合法而應予以排除，對其主張即應負舉證責任（moving party）。且執法人員的一般行為被推定具合法性（presumption of regularity）。再為防止被告濫行指控違法者違法之假設性主張，浪費訴訟之資源時間（spurious allegations wasteful of court time）。有必要規定被告負提出證據及說服的責任。其三，若證據依搜索票取得，被告對證據非法取得有提出證據責任及說服責任。但若證據非依搜索票取得，例如「附帶搜索」或「一目瞭然」等，檢察官對證據合法取得有提出證據責任及說服責任。此立法例以聯邦法院最具代表性，也是目前美國多數實務所持之見解。其理由為，若有搜索票，表示簽發搜索票之法官於核發搜索票時已對合法性作初步的判斷，因此搜索之合法性因發給

<sup>182</sup> 陳運財，前揭註 98 文，頁 30-31。

<sup>183</sup> 黃朝義，前揭註 166 書，頁 58；黃朝義，無罪推定-論刑事訴訟程序之運作，五南，2001 年 8 月，頁 267；黃朝義，刑事證據法研究，元照，1999 年 5 月，頁 44-45。

<sup>184</sup> 何賴傑，訊問被告未全程連續錄音錄影之法律效果—評最高法院八十八年度台上字第五〇七三、五七六二、六七五二號判決及台北地院八十八年度訴字第八二六號判決，月旦法學雜誌，第 62 期，2000 年 7 月，頁 164。

搜索票而被推定，毋須檢察官再行舉證。其四，檢察官對所有證據合法取得有提出證據責任及說服責任。其理由為檢察官既要於審判中提出請求使用該證據，對取得該證據的合法性，自應負舉證責任<sup>185</sup>。至於，被告主張自白取得係違反 *Miranda* 規定，檢察官必須證明被告已被告知應有的權利，且被告自願放棄其權利而作出自白<sup>186</sup>。

#### 第四項 本文評析

觀察【圖 5】顯示，最高法院無論是直接明示，抑或間接肯認屬於法院應依職權調查之事項者，比例上占絕對多數（77.77%）。而主張須由檢察官負證明責任者，係為少數（22.22%）。至於，主張應由被告負擔證明者，目前並無最高法院判決採之。據此，似可推論最高法院仍維持修法前職權調查之思維決定證明負擔之歸屬，惟此不僅與民國 92 年之修法意旨相悖，更違反證明負擔公平性之原則。應有的運作方針是，由主張該訴訟法上事實之當事人負證明負擔，較為合理。蓋提出證據並聲請調查者，對於證據取得的過程及內容如何，一般而言，知之甚詳，使其證明該證據並無瑕疵，較無困難。再者，從嚇阻偵查機關將來違法偵查政策的角度的角度，若由聲請調查證據之檢察官負擔證明責任，則對檢察官較能形成正面的壓力，進而監督警調單位依法從事偵查工作。

另外，關於適用第 158 條之 4 權衡理論決定證據是否予以排除，事實審法院首先應審酌偵查程序是否適法，若為適法，則不生證據排除之問題；反之，若構成違法，再審酌違法之重大性及排除之相當性，進一步判斷該項違法是否足已導致證據排除之程度，亦即採取二階段的審查及評價方式。準此，關於是否決定證據排除，可能有下列三種情形：其一，偵查程序不違法，不生證據排除之問題。其二，偵查程序有違法，但未達證據排除之程度。其三，偵查程序違法，且已達證據排除之程度。其中有關第二階段是否予以排除的評價階段，本文以為，於個

<sup>185</sup> 王兆鵬，前揭註 42 書，頁 712-713；王兆鵬，刑事舉證責任理論，收錄於刑事被告的憲法權利，自版，2004 年 5 月；林輝煌，前揭註 181 書，頁 169-170。

<sup>186</sup> 王兆鵬，前揭註 42 書，頁 712-713；王兆鵬，前揭註 185 書，頁 247-248。

案之運作上不宜由法官直接依職權予以權衡判斷，而應由檢察官就國家機關所違反之法定程序，並非屬於侵害憲法保障基本人權之重大違法情事，並且亦無從因此抑制偵查機關將來違法偵查之顧慮等事項，盡其舉證說明後，始由法院依職權審酌是否有無證據能力，較為妥適。

最高法院主張應由檢察官證明偵查機關係合法取得證據者，諸如最高法院 100 年度台上字第 4577 號及 98 年度台上字第 6024 號判決，於被告抗辯司法警察違反第 100 條之 3 第 1 項夜間訊問禁止規定時指出：「是司法警察詢問犯罪嫌疑人如違背上開規定，其所取得被告或犯罪嫌疑人之自白或其他不利之陳述，不得作為證據，但經證明其違背非出於惡意，且該自白或其他不利陳述係出於供述者之自由意志者，不在此限，刑事訴訟法第一百五十八條之二第一項復定有明文。**就是否具有同法第一百條之三第一項所定之例外情形，如有爭執，因關係是否有同法第一百五十八條之二第一項前段之適用，應由檢察官負舉證責任，並應於判決內說明其判斷之理由，始為適法。**」復如在被告抗辯司法警察違反第 95 條之權利告知義務時，台灣高等法院高雄分院 99 年度上訴字第 539 號判決說道：「**而檢察官又未舉證證明員警違背上開規定非出於惡意及被告自白係基於自由意志，則依刑事訴訟法第 158 條之 2 第 2 項準用同條第 1 項規定，被告上開自白不得作為證據。**<sup>187</sup>」即屬較為穩妥之證明負擔決定的結果，值得讚許。

再者，由法院逕依職權調查之方式認定證據能力之有無，亦不免令人擔心法院會因綜合其他證據取捨之心證立場，溯及影響是否違反法定程序之判斷，或者因其他證據證明力的判斷問題，導致影響作為證據能力之前提違法事實有無的認定。退步言之，即便認同由法院依職權調查之方式，並依第 158 條之 4 權衡理論決定有無證據能力，惟仍有疑慮的是，最高法院在進行利益權衡時，時常有失偏頗。此項顧慮，勘查最高法院 100 年度台上字第 2266 號判決稱謂：「……足見上訴人該次陳述係出於其自由意志所為，且亦無證據證明員警係出於惡意而違反上開訴訟程序之規定，**員警違背法定程序之客觀情節難謂重大，況警方與上訴人**

---

<sup>187</sup> 本判決所持見解亦獲得本案最高法院 100 年度台上字第 4863 號判決的支持。

素無嫌怨，殊無故為構陷之理，其主觀意圖應非出於惡意，且上訴人非法持有第二級、第三級毒品數量頗多，如流入市面，足以生危害社會，衡量人權保障及社會安全公共利益之均衡維護，依比例原則及法益權衡原則，予以客觀之判斷，兼顧程序正義及發現實體真實，堪認本件違法取得之證據有證據能力等由，業據原判決於理由欄闡敘甚詳，顯已依據證據調查之結果，詳為論斷，不容任意指為違法。」甚可明瞭。關此，本文以為，即便實務見解採權衡理論以判斷證據能力之有無，亦非謂法院得完全自由裁量。實則，法院於適用上仍應以維護憲法正當程序為優先考量，如國家機關違反法定程序屬侵害憲法保障基本人權之重大違法情事，且從抑制將來違法偵查之觀點而言，容許其作為證據並非適當者，即應否定其證據能力，實無庸特別考量公共利益之維護，即犯罪所生之危險或實害。循此而論，經查前開判決中，偵查機關所侵犯者，係違反人權規定中之最低限度的「夜間訊問禁止」規定，揆諸上揭說明，即應否定其證據能力，無須再蛇足斟酌「上訴人非法持有第二級、第三級毒品數量頗多，如流入市面，足以生危害社會甚鉅……」等因素，方為妥適。

另外，第 158 條之 2 第 1 項但書設有「經證明其違背非出於惡意」之規定，此非惡意之證明負擔之決定為何？最高法院 99 年度台上字第 1441 號判決指出：「違背夜間訊問禁止規定所取得之供述證據資料，原則上雖然不得作為證據，但於證明其違背非出於惡意，且屬自由意志陳述之例外情形，仍可作為證據，觀諸刑事訴訟法第一百五十八條之二第一項規定即明，上揭例外，即屬學理上所稱之『善意例外允許原則』之一種。又此非出於惡意之證明，固應由檢察官負責提出。」斯項觀點並未詳論應由檢察官負擔證明之理由為何，甚為可惜！惟就證明負擔之歸屬，與本文主張應由使用該項證據之當事人負擔證明之觀點，不謀而合。

值得附言者係，第 158 條之 2 第 1 項但書「經證明其違背非出於惡意」之規定，當中所謂「惡意」，究何所指？最高法院有判決認為判斷詢問司法警察（官）有無惡意，除審酌詢問司法警察（官）之主觀意思外，並應參酌整體詢問過程之經過及外在環境，諸如詢問之起訖時間、詢答雙方之互動、受詢問人對夜間詢問

之反應等情形，審慎決定之（99 台上 1917）。另有認為惡意係對於違背禁制規定之作為，具有直接之故意，其判斷應依該詢問過程與相關之外在附隨條件客觀認定之，例如詢問前，是否已掌握得強而有力之非供述性表面證據？詢問中，詢答雙方互動之態度、語氣、聲調是否正常？有無律師陪同在場？詳言之，倘犯罪嫌疑人或被告已遭搜索諸多不利之證物，且有律師陪同進行警詢程序，嗣在不知不覺之和緩氣氛中，從白天繼續至夜間者，尚難認為司法警察（官）具有惡意取供情形（99 台上 1441）。惟本文認為，該項但書中所謂之「非出於惡意」係為司法警察之「無過失責任」。詳言之，係指不可歸責於司法警察人員而言，準此，倘若司法警察人員有故意不告知或因過失而漏未告知者，均屬可歸責，並非善意，是以即應適用該項特別排除之規定。

## 第三節 證明方法

### 第一項 基本觀察

為了能釐清最高法院有關違法證據排除之證明方法，本文援引其在刑事訴訟法上之依據為關鍵詞進行搜尋，亦即以「第一百三十一條&第四項」、「第四百一十六條&第二項」、「第一百五十八條之二」、「第一百五十八條之四」及「搜索&舉證」為全文檢索語詞，並搭配民國 92 年 9 月 1 日至 102 年 3 月 31 日為裁判日期之組合搜尋，大概搜得 821 筆判決。

本文研究發現，並無判決表示應經過嚴格證明或者自由證明。是以，本文嘗試再以相同條件往下級審法院進行搜尋，亦僅搜得 4 筆相關判決，依序為台灣高等法院 94 年度上訴字第 3817 號判決、桃園地方法院 94 年度訴字第 658 號判決、台北地方法院 99 年度訴字第 556 號判決及台東地方法院 97 年度訴字第 55 號判決。此 4 筆判決皆認為以透過自由證明即為已足，換言之，目前實務上仍無主張應透過嚴格證明之見解。

本文嘗試將此 825 筆判決，就涉及事實審法院針對被告提出偵查機關非法取證之抗辯，所採行之調查方式且獲得最高法院支持者，或是最高法院明確指摘事實審應如何進行調查者，予以類型化分析。參【表 6】。

【表 6：實務上針對違法證據排除爭議所進行之調查方式】

次序	被告抗辯型態	法院調查方式	判決字號
1	違反附帶搜索 (§130)	傳喚執行人員，或命上訴人指認，並傳喚其到庭並就相關之搜索扣押過程作證	94 台上 3436
2	違反緊急搜索 (§131 II)	依卷內資料自行閱卷後於判決理由中說明	100 台上 6922、 台灣高等法院高雄 分院 100 上訴 1096
3	搜索之後未陳報法院 (§131 III)	傳喚本案共同被告與執行搜索員警作證，並且勘驗搜索、扣押筆錄	98 台上 6210、 台灣高等法院 98 上 更（一） 261
4	違反權利告知義務 (§95、§158-2 II)	依卷內資料自行閱卷後於判決理由中說明	101 台上 2194、 台灣高等法院高雄 分院 100 上更（一） 5
5	違反全程連續錄音之 規定（§100-1、 §158-4）	勘驗警詢筆錄之錄音內容	100 台上 6227
6	違反夜間詢問禁止之 規定 (§100-3、§158-2 I)	勘驗查獲現場警員詢問 上訴人之錄音光碟與被 告被查獲時與警對話之 側錄光碟	100 台上 2266、 台灣高等法院 98 上 訴 4404
		勘驗錄影資料	99 台上 1917、 台灣高等法院台南 分院 98 重上更（三） 144
		傳喚承辦員警作證	97 台上 5489
7	違反不得於夜間進入 有人之住居搜索或扣 押之規定 (§146 I、§158-4)	傳喚該次執行搜索員警 作證	100 台上 5124
		傳喚承辦警員究明其有 無獲致承諾或符合急迫	98 台上 1689

		之情形	
--	--	-----	--

資料來源：本文自行製作

## 第二項 實務立場

此 4 筆判決皆認為違法證據排除之證明方法，僅需透過「自由證明」之方式即為已足，惟理由略有不同，茲分述如下：

有判決主張「程序爭點」毋庸經過嚴格證明，而以自由證明即可。搜索是否合法之證明係為程序事項、程序爭點，固以自由證明之方式。例如台灣高等法院 94 年度上訴字第 3817 號判決指出：「按搜索等之刑事訴訟法上強制處分，其審查程序並非認定被告有無犯罪之實體審判程序，其證據法則毋須嚴格證明，僅以自由證明為已足，觀諸第 159 條之立法理由已有述明，而搜索是否合法，既屬程序爭點，僅以自由證明已足，程序上得以查閱卷宗以探求證據資料並形成心證；而除程序上有別於嚴格證明外，其心證程度亦毋須如嚴格證明須達到『確信』之程度，法院在心證上認為『大致相信』之程度即可認定，合先敘明。」桃園地方法院 94 年度訴字第 658 號判決，亦同斯旨。復如台北地方法院 99 年度訴字第 556 號判決有謂：「查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（最高法院 99 年度臺上字第 1441 號、94 年度臺上字第 7274 號、93 年度臺上字第 2251 號判決可供參照）。基上，關於本件警員有無違法侵害被告吳佳恩選任辯護人之權利、違法搜索扣押本件證物等證據能力之調查，核屬程序爭點，自無受嚴格證明法則之限制，即得由受命法官於準備程序進行調查程序，先予說明。」

另外，有認為程序事項因不涉及被告犯罪行為經過等實體重要事實之認定，以自由證明即為已足。例如台東地方法院 97 年度訴字第 55 號判決有云：「然若上開警察職務報告僅係在證明程序法上之事項，例如關於搜索等強制處分之合法性審查，而不涉及被告犯罪行為經過等實體重要事實之認定時，即不以具備證據能力或經合法調查為必要，法院本得以自由證明程序，以獲取搜索處分適法與否之可信性。查本案至上址執行搜索警員之一即臺東縣警察局刑警大隊偵二隊偵查佐陳錦坤於 96 年 10 月 27 日作成之職務報告，其上載明渠等查獲前揭扣案不明白色粉末 26 包等物之經過，該職務報告本身雖無證據能力，要難據為不利被告戊○○之認定，惟參諸前揭說明，仍可資為判斷本案搜索、扣押程序是否合法之依據，合先敘明。」

### 第三項 學說見解

國內甚少學說直接就違法證據排除之證明方法表示意見。本文僅能從學者對於「自由證明」的定義及其適用範圍所提出之見解，進一步推論其主張，據此，本文發現國內學者多數意見認為程序法上事項之爭點，因無涉實體犯罪事實之證明，以自由證明即為已足。主張須嚴格證明者，不在多數。惟主張適用自由證明的理由，大同小異：例如有學者主張，自由證明即對於探知證據資料所使用的證據方法及其調查證據程序並不特別限制，因而法院就調查證據的方法與程序，享有較為充分的選擇自由。就其適用範圍而言，程序爭點之證明，僅須適用自由證明之程序即為已足<sup>188</sup>。循此而論，同屬程序爭點之違法證據排除的證明，理應亦以自由證明即可。另有論者主張，形式裁判以外之其他訴訟程序上事實，以經自由證明為已足<sup>189</sup>。證明程序上事實，固應依證據認定，惟此項證據，並不受證據能力之限制，亦不以經合法調查為必要。被告對於程序上事項所為之承認，為自述，亦即為證明程序事實之方法。同理可證，違法證據排除之證明活動，屬

<sup>188</sup> 林鈺雄，前揭註 71 書，頁 479-480；林鈺雄，自由證明法則之新開展——最高法院近年裁判新趨勢之綜合評釋，台灣本土法學雜誌，第 96 期，2007 年 7 月，頁 118。

<sup>189</sup> 陳樸生，前揭註 40 書，頁 135；褚劍鴻，刑事訴訟法論（上冊），臺灣商務，2001 年 9 月，頁 266。

於其他訴訟程序上事實之證明，亦以自由證明為已足。惟仍有學者主張，在須以判決為裁判之情形，仍須經合法之調查由當事人言詞辯論，較為妥適<sup>190</sup>。

比較法上之觀察，美國加州法規定，被告須證明搜索票存在與否，且是根據搜索票所為之執行者，則被告律師必須找出必要之證人並將其傳喚到庭，同時於直接詢問時，使其陳述之事實得支持被告方面之聲請<sup>191</sup>。斯項觀點，相較於上開國內部分學者所持自由證明之見解，更進一步要求被告律師必須找出必要之證人，並將其傳喚到庭作證，可謂是較有限度的自由證明。

#### 第四項 本文評析

本文以為，關於某一事實之證明活動究竟應採嚴格證明或自由證明，本質上應從保障被告防禦權與發現真實的觀點出發判斷，視待證事實採取嚴格或自由證明法則是否會對於被告防禦權益與真實發現有重大影響而定。據此，違法證據排除之證明方法，原則上以自由證明即可。是以搜索、扣押之程序是否合法或第158條之2第1項但書之證明等，原則上以自由證明之方式即可。準此以言，台灣高等法院94年度上訴字第3817號判決、桃園地方法院94年度訴字第658號判決、台北地方法院99年度訴字第556號判決及台東地方法院97年度訴字第55號判決，分別就「搜索程序是否合法」、「有無違法侵害被告選任辯護人之權利」等事項之證明上，認為僅屬「程序爭點」、「程序法上事實之證明」，以自由證明即為已足，基本上可茲贊同。

然而，雖然透過自由證明即可，仍須特別注意的是，自由證明僅是適度放寬嚴格證明法則所要求的要件，而非法院得以全憑主觀意思恣意認定，若對被告防禦權益與真實發現有重大影響，則仍應合乎一定合理正當的調查程序，較為妥適。準此以觀，最高法院100年度台上字第6922號判決逕由法院依卷內資料職權調

<sup>190</sup> 黃東熊、吳景芳合著，前揭註31書，頁330。

<sup>191</sup> Brian Kennedy 著、關重熙譯、蔡兆誠校訂，證據排除法則—以美國加州法為例，律師雜誌，第232期，1999年1月，頁98。

查後指摘：「本件既經警在上訴人自強一路租處查獲數量甚鉅之毒品海洛因，而運輸之毒品如交付第三人，證據自有湮滅或隱匿之可能，已符合急迫性而有逕行搜索另一租處之必要，上訴意旨所指搜索未有急迫性云云，顯有誤會。」再者，同院 101 年度台上字第 2194 號判決亦自行閱卷後，於判決理由說明：「……被告黃炤欽因而向戴鬧旺自白表示其弟黃煒強在上開公園被打，並承認自己有打人等情，已據戴鬧旺、莊佳銘、高翊峻等人證述明確，互核相符，是戴鬧旺當時未踐行刑事訴訟法第九十五條『權利告知』之規定，即直接詢問黃炤欽有無本案毆打被害人之犯行，縱有未洽，但其違背上開『權利告知』法定程序，並非出於惡意，且黃炤欽向戴鬧旺自白其有打人等情，係出於自由意志，原判決亦已載述甚詳。上訴意旨持憑己見，任意指摘，亦非適法之上訴第三審理由。」由是觀之，由法院依職權調查，且未賦予當事人詰問之調查方法，不啻全憑法院主觀意思恣意認定，明顯對被告防禦權益有重大侵害，並非妥適，宜允修正。

本文認為，在證明「搜索是否合法」之情形，負證明負擔者，除須提出搜索票外，更應提出搜索、扣押之筆錄並且聲請傳喚見證搜索經過之人到庭作證，例如執行搜索之員警及其相關第三人，並賦予對造詰問之機會，另外，若本案搜索存有相關錄影資料，亦應一併提出並聲請調查，始為適法。其次，在證明有無違反「夜間詢問禁止」之情形，負責舉證者必須提出相關錄音、錄影資料以為證明。再者，證明有無違反第 95 條「權利告知義務」或者第 100 條之 1 第 1 項之「全程連續錄音」之法定程序，則須提出筆錄及其相關錄音等資料並聲請調查之。準此以言，最高法院 100 年度台上字第 6227 號判決就被告抗辯「違反全程連續錄音」之規定時，法院依職權勘驗警詢筆錄之錄音內容，以及 99 年度台上字第 1917 號判決就被告辯稱違反「夜間詢問禁止」規定，依職權勘驗相關錄影資料等調查方式，就證明方法上而言，屬於較妥適之調查方法。

## 第四節 證明程度

### 第一項 基本觀察

為能完整蒐集最高法院有關違法證據排除之證明程度的見解，本文援引其在刑事訴訟法上之依據為關鍵詞進行搜尋，亦即以「第一百三十一條&第四項」、「第四百一十六條&第二項」、「第一百五十八條之二」、「第一百五十八條之四」及「搜索&舉證」為全文檢索語詞，並搭配民國 92 年 9 月 1 日至 102 年 3 月 31 日為裁判日期之組合搜尋，大致搜得 821 筆判決。

本文研究發現，並未有判決表示違法證據排除之證明程度應達到使法院「確信」、「優越性」或「釋明」之程度。基此，本文嘗試以相同檢索語詞，再往下級審法院進行搜尋，亦僅搜得 2 筆判決，分別為台灣高等法院 94 年度上訴字第 3817 號判決及桃園地方法院 94 年度訴字第 658 號判決。此 2 筆判決皆認為「搜索是否合法」之證明程度，負擔證明責任者，毋庸說服法院到無合理懷疑之心證程度，僅須證明至使法院「大致相信」之程度，即為已足。

## 第二項 實務立場

台灣高等法院 94 年度上訴字第 3817 號判決針對搜索是否合法之證明時，指出以自由證明即為已足，並說服法院至「大致相信」的程度即可。細查該號判決說道：「按搜索等之刑事訴訟法上強制處分，其審查程序並非認定被告有無犯罪之實體審判程序，其證據法則毋須嚴格證明，僅以自由證明為已足，此觀諸刑事訴訟法第 159 條之立法理由已有述明，而搜索是否合法，既屬程序爭點，僅以自由證明已足，程序上得以查閱卷宗以探求證據資料並形成心證；而除程序上有別於嚴格證明外，其心證程度亦毋須如嚴格證明須達到『確信』之程度，法院在心證上認為『大致相信』之程度即可認定，合先敘明。<sup>192</sup>」至於「大致相信」程度之內涵為何？本號判決並未更進一步闡明，殊為可惜！

關此，不仿借鏡台灣高等法院 98 年度上訴字第 2327 號判決在處理「搜索票之核發審查程序」時說道：「按搜索票之核發審查程序，是強制處分發動與否之

---

<sup>192</sup> 桃園地方法院 94 年度訴字第 658 號判決，亦同斯旨。

程序問題，屬於審判期日以外之程序，通常具有時間上的急迫性，因此其證據法則，僅以自由證明為已足，無庸經過嚴格證明程序。而自由證明法則並不要求至『無合理懷疑之確信程度』，只要對於發動搜索的門檻，已證明至令法院『大致相信』的程度，亦即相當於『釋明』的程度即可。故法院係依據聲請人聲請搜索票時所檢附之資料，判斷是否已符合上述『釋明』程度之要求，此觀法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 63 條之規定即明。」由是觀之，斯項見解幾乎是將「大致相信」與「釋明」畫上等號，職是，負擔證明責任者，僅須證明至使法院瞭解主張其所在的程度即可。

然而，僅要求負舉證責任者證明至「大致相信」、「釋明」之程度，是否妥適？誠值懷疑。蓋實務運作上因僅要求負舉證責任者說服至使法院大致相信之釋明程度，法院即可核發搜索票，若加上有心人士故意捏造相關證據提出聲請，不免容易產生違法搜索，甚至嚴重侵害人權。此項顧慮，觀察新竹地方法院 94 年度易字第 225 號判決指摘：「……故法院係依據聲請人聲請搜索票時所檢附之資料，判斷是否已符合上述『釋明』程度之要求，此觀法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第五十九條之規定即明。從而，在聲請搜索票之資料中，警察必須提出對檢舉人比較詳細的資料，即為何檢舉人值得相信，檢舉人如何得知此一訊息，如此始可防止警察捏造檢舉人存在以掩飾其非法取得證據之可能。所以當法官有懷疑檢舉人根本不存在之情形，法院自得要求知悉檢舉人之身分。本案經訊問證人庚○○後，證人仍然支吾而無法說出檢舉人之身分，益徵，上開檢附之檢舉人筆錄及與依據檢舉人所述而製作之有關資料例如：查證報告、指認口卡等，均是警員捏造或為不實記載之結果。證人庚○○甚至參與聲請本案搜索票之其他員警，故意以捏造或虛偽記載之資料（上述受搜索人「許文賓」之口卡、戶籍謄本、檢舉人筆錄等），加上現場勘查所拍攝之相片作為補強上開虛偽資料之證據，致檢察官及本院因均遭矇蔽而誤信為真實、且符合釋明之程度，檢察官審核後認無誤，本院並進而予以核發搜索票，縱該搜索票係法院依法核發，然係在聲請人提出內容虛偽不實之資料的聲請下所為，故本院認警員依據該搜索票所為之搜索行為，基於人權之保障，為法所不許，屬違法之搜索。」甚為明瞭。

## 第三項 學說見解

### 第一款 確信

本文研究發現，目前國內並無學者提出至使法院達「確信」之心證程度的見解。於比較法上，美國法認為若搜索、逮捕、扣押之行為係依令狀原則所為時，則基於有效推定原則，該等行為原則上被推定為合憲有效，被告負有指陳「該令狀之發出無相當理由存在」的舉證責任，亦即被告須舉證證明該搜索票之核發並無「犯罪容信事由」(probable cause)存在。此種舉證責任對被告而言，屬於重大負擔。為證明相當理由之不存在，被告通常要提出「充分明白且確信之證據」(clear and convincing evidence)<sup>193</sup>。

### 第二款 優越性

主張僅須證明至優越性程度之學者認為，受拘捕之被告主張司法警察未為第 95 條之權利告知，而請求依第 158 條之 2 第 2 項規定排除證據時，警察反駁已為權利告知，此時，仍應由檢察官負提出證據責任及說服責任。至於，說服責任之程度，無須要求檢察官證明至毋庸置疑的程度，只要證明證據優勢即可，因為第 158 條之 2 的規定為「預防性」法則，未為權利之告知非必然導致非任意性自白。對於第 93 條之 1 第 2 項「嚇阻性」規定而排除的自白，如有爭執，仍應由檢察官負提出證據責任及說服責任。至於，說服責任之程度，無須要求檢察官證明至毋庸置疑的程度，同樣地只需要證明證據優勢即可，因為這些自白排除法則之目的在嚇阻先前之違法行為，與自白之任意性無關<sup>194</sup>。再者，第 158 條之 2 第 1 項但書(善意例外)之規定，因非關於有罪與否之證明，自無採行「毫無合理懷疑」最高證明門檻之可言，僅涉及證據能力有無之事項，負舉證責任者，至

<sup>193</sup> 黃朝義，前揭註 166 書，頁 58；黃朝義，前揭註 183 書，頁 267；黃朝義，前揭註 183 書，頁 44-45；蔡秋明，美國刑事程序中之證據排除法則簡介，律師雜誌，第 232 期，1999 年 1 月，頁 40。

<sup>194</sup> 王兆鵬，前揭註 38 書，頁 684-685。有關預防性法則及嚇阻性法則的相關介紹，可參閱王兆鵬，開創自白法理的新紀元，收錄於一事不再理，自版，2008 年 4 月，頁 291-301、301-310。

多僅須證明到「證據優勢」之證明程度即可<sup>195</sup>。除此之外，就物證排除部分，檢察官對於證據合法取得，負有提出證據責任及說服責任。但說服責任之程度，不應要求檢察官證明至毋庸置疑的程度，僅證明至證據優勢即可。亦即證據為合法取得之可能性，較非法取得之可能性為高，證據即無須排除。此一結果雖然會導致某些不合法的物證成為證據，但因物證皆為客觀真實，不會導致無辜被告的冤獄產生<sup>196</sup>。

另外，於比較法觀點，美國法上認為若是執行搜索係依無令狀進行時，則反由檢察官對於相當理由之存在與否有舉證責任，為證明搜索之合憲與有效，警察人員通常須在證據排除之聲請程序中證明，而該證明之適法性，以「證據優越的限度」(a preponderance of the evidence)加以證明即可<sup>197</sup>。此外，美國法基本上肯認，檢察官對被告自白之取得符合 *Miranda* 規定有提出證據責任及說服責任，但說服責任依憲法規定僅需有證據優勢程度即可，而各州得自行就檢察官之說服責任程度，為更嚴格的要求<sup>198</sup>。

#### 第四項 本文評析

關於違法證據排除之證明程度，應證明至何等程度，方為妥適？我國現行法並未有明文規範可資依循，又目前實務見解亦僅有 2 筆相關判決並皆表示：「搜索是否合法，既屬程序爭點，僅以自由證明已足，程序上得以查閱卷宗以探求證據資料並形成心證；而除程序上有別於嚴格證明外，其心證程度亦毋須如嚴格證明須達到『確信』之程度，法院在心證上認為『大致相信』之程度即可認定。」此有台灣高等法院 94 年度上訴字第 3817 號判決與桃園地方法院 94 年度訴字第 658 號判決，可資參照。至於，學說上，無論是國內外學者，大多指向僅須證明至「優越性」之程度即可。惟在理由上分從不同角度出發，例如有從「預防性」、

<sup>195</sup> 林輝煌，前揭註 181 書，頁 170-171。

<sup>196</sup> 王兆鵬，前揭註 38 書，頁 682；王兆鵬，前揭註 185 書，頁 250-251；王兆鵬、張明偉、李榮耕合著，前揭註 152 書，頁 230。

<sup>197</sup> 黃朝義，前揭註 166 書，頁 58；黃朝義，前揭註 183 書，頁 267；黃朝義，前揭註 183 書，頁 44-45；蔡秋明，前揭註 193 文，頁 40。

<sup>198</sup> 王兆鵬，前揭註 42 書，頁 714；王兆鵬，前揭註 185 書，頁 249。

「嚇阻性」、有無令狀（即搜索票）、僅涉及證據能力有無之事項或是否造成無辜被告的冤獄產生等，可謂百家爭鳴。就結論上而言，值得贊同。

本文以為，在判決理由之構成上，應從待證事實與犯罪事實之存在與否有無重要關係以及當事人有無提出證據證明之可能，做個別判斷。申言之，應依據待證事項以及犯罪事實存在與否是否具有重要關聯性，並且根據當事人舉證之公平性以及技術上是否可行之觀點出發論斷。再者，立法政策上「嚇阻偵查機關將來違法偵查」之觀點特別斟酌下，不宜僅要求負責舉證者僅須證明至「釋明」或是「大致相信」之程度即足，仍應要求至少證明至「優越性」之程度，始為合理。

據上論結，有關偵查機關有無非法搜索、扣押之事實之證明程度，要求證明至「優越性」之程度，即屬妥適。蓋此項事實之證明對於被告之犯罪事實存在與否，難謂有直接重要關連性可言。相對的，若是就有無違反第 100 條之 1 第 1 項須全程連續錄音、第 100 條之 3 第 1 項夜間詢問禁止，或是第 95 條之權利告知義務等法定程序並依此取得自白之證明，基於自白在我國審判實務上仍具有「證據女王」之地位，難謂與犯罪事實存在與否不具有重要關聯性，又若屬檢察官須負證明負擔之場合，就檢察官舉證技術上而言，並無特別困難之處。職是，仍應要求舉證者必須證明至使法院達「確信」之程度，方為合理。準此以言，台灣高等法院 94 年度上訴字第 3817 號判決及桃園地方法院 94 年度訴字第 658 號判決所採，**其心證程度亦毋須如嚴格證明須達到「確信」之程度，法院在心證上認為「大致相信」之程度即可認定之見解，並非妥適。**

## 第五節 結語

首先，證明負擔之歸屬的問題，根據【圖 5】統計數據顯示，最高法院仍有將近八成的判決（77.77%）是認為應由法院逕依職權調查者。惟此等作法不但與民國 92 年由當事人主導證據調查之修法意旨背道而馳，再者，對於立法政策倡議「嚇阻偵查機關將來違法偵查」之正當取證程序，助益不大，更甚者，法院

也常會因綜合其他證據取捨之心證立場，而溯及影響本案是否違反法定程序之判斷。亦即，法院容易因其他證據證明力的判斷問題，進而影響作為證據能力之前提違法事實有無的認定。職是之故，我國法院應建立如遇被告抗辯檢察官聲請調查之證據係違反法定程序所取得而加以形成爭點者，此時，法院應命檢察官負證明負擔，證明其所聲請調查之證據係依法定程序取得之運作模式，使證明負擔回歸使用該證據之偵查機關，對於落實檢察官監督司法警察人員的適法偵查，亦較能發揮效果。

其次，於證明方法的層次上，本文研究發現，實務判決皆表示以「自由證明」即為已足。然而，所謂自由證明，並非謂法院得以據此即全憑主觀意思恣意認定，實則，若對被告防禦權益與真實發現有重大影響之證據，則仍應合乎一定正當的調查程序，較為妥適。準此，就實務上常見的以「自行閱卷後於判決理由中說明」之調查方式，諸如最高法院 101 年度台上字第 2194 號、100 年度台上字第 6922 號、99 年度台上字第 3390 號判決及台灣高等法院高雄分院 100 年度上更（一）字第 5 號判決，允宜儘速改善。應有的作法是，例如在證明「搜索是否合法」之情形，檢察官除提出搜索票外，更應提出搜索、扣押筆錄等紀錄資料，並聲請傳喚見證搜索經過之人到庭作證（如執行搜索之員警或其相關第三人），且賦予被告詰問之機會，另外，若本案搜索存有相關錄影資料，亦應一併聲請調查，始為適法。再者，在證明無違反「夜間詢問禁止」規定之情形，檢察官必須提出並聲請調查相關錄音、錄影資料及當天日沒的相關資料。倘若是要證明無違反第 95 條「權利告知義務」或是第 100 條之 1 第 1 項須「全程連續錄音」之法定程序規範，則須提出相關筆錄及錄音等資料並聲請調查之。

最後，就證明程度之層次而言，由於違法證據排除所要證明之待證事實與被告犯罪實存在與否之間，除違反法定程序所取得之自白外，難謂有直接重要的關聯性，且要完全證明較具急迫性之搜索等執法過程的適法性，有一定之困難，是以毋庸要求應證明至確信之程度，惟特別考量「嚇阻將來違法偵查」之政策下，仍應要求檢察官證明至「優越性」之程度，較為妥適。職是之故，台灣高等法院

94 年度上訴字第 3817 號判決及桃園地方法院 94 年度訴字第 658 號判決所採之「大致相信」(即「釋明」)之程度，即非屬妥適之見解。另一方面，關於被告或辯護人爭執偵查機關違反第 100 條之 1 第 1 項全程連續錄音之規定、第 100 條之 3 第 1 項禁止夜間詢問之規定或違反第 95 條之權利告知義務等法定程序，而主張取得之自白無證據能力時，仍應要求負舉證者必須證明至「確信」之程度，較為合理。



## 第五章 傳聞例外要件可信性之證明

民國 100 年 7 月間，扁案中吵得沸沸揚揚之「特偵組檢察官教唆偽證」的問題<sup>199</sup>，以及在 102 年 3 月 26 日，台灣高等法院審理前中信金控副董事長辜仲諒先生所涉及的「紅火案」，辜先生的委任律師當庭指控，其實辜咬扁家的證詞都是特偵組檢察官以「條件交換」教唆的不實陳述，不具有證據能力<sup>200</sup>。若此情屬實，則當初辜在特偵組證詞的外部客觀環境，顯然存有不可信的風險，對於扁案中涉嫌金改收賄事實的證明而言，依法應無證據能力。由此可知，傳聞證據本身即具相當程度的風險，允宜慎重其事，否則例外變相地成為原則，不啻嚴重侵害憲法保障被告的「反對詰問權」，更甚者，冤獄之產生亦非不可能。準此，本章先予（第一節）扼要論述傳聞例外之規定後，便就「證明負擔之歸屬」（第二節）、「證明方法」（第三節）及「證明程度」（第四節）分別進行探討研究。

### 第一節 排除傳聞證據之論據與傳聞法則之例外

#### 第一項 排除傳聞證據之論據

所謂傳聞證據（hearsay），係指陳述人於審判期日作證時所為陳述以外之陳述，而提出作為證據以證明其所敘述事項為真實者。亦即，未經體驗事實者本身於審判期日到庭陳述，而以其他方法提出於法庭之證據，又稱聽聞證據<sup>201</sup>。為何必須將傳聞證據予以排除而無證據能力？蓋其可能存在著某些風險，若使用該項證據可能產生誤判之情形。例如陳述人是否正確地敘述其所欲陳述的內容；其是否照著記憶忠實的陳述；其所憑之記憶有無錯誤，有無將他人之經驗與自己之經驗混淆；其是否正確地認知事實，其知覺之能力、條件有無問題等<sup>202</sup>。是以

<sup>199</sup> 自由時報電子報，論特偵組教唆偽證案，<http://www.libertytimes.com.tw/2011/new/jul/6/today-o2.htm#>，最後瀏覽日 2013 年 5 月 24 日。

<sup>200</sup> NOWnews.com 今日新聞網，辜仲諒控訴特偵組利誘他回台咬扁案，<http://www.nownews.com/2013/03/27/91-2918889.htm>，最後瀏覽日 2013 年 3 月 9 日。

<sup>201</sup> 陳運財，直接審理與傳聞法則，五南，2001 年 11 月，頁 70。

<sup>202</sup> 陳運財，傳聞法則之理論與實踐，收錄於傳聞法則理論與實踐，元照，2004 年 9 月，頁 44-47。有關傳聞證據可能存在的風險，亦可參閱黃東熊、吳景芳合著，前揭註 31 書，頁 408；黃東熊，從傳聞法則之基礎知識談起，收錄於刑事法學現代化動向－黃東熊教授八秩華誕祝壽論文集一，台灣法學，2012 年 11 月，頁 4-5；黃東熊，談傳聞法則，軍法專刊，第 35 卷 1 期，1989 年 1

要如何克服此之風險，即為重要之問題。關此，本文認為，實有必要使原知覺、記憶者，於審判期日到庭具結，且經由當事人行交互詰問，並由法院直接觀察證人陳述時的反應與態度來認定風險得否排除，亦即由法院透過傳喚證人到庭具結後的詰問以推敲其從知覺至敘述過程的正確性及信賴性<sup>203</sup>。

實務見解有主張為保障被告之反對詰問權，認傳聞證據原則上無證據能力。例如最高法院 93 年度台上字第 6713 號判決有云：「證人係以陳述其親身之經歷為證據方法，故如證人之證言係聽聞自他人之傳述，並非親身之經歷，**因該傳聞證據不能經由交互詰問等調查程序，擔保證言之真實性，即乏證據能力，不能採為判決基礎。**」另外，有立於直接審理主義與確保被告反對詰問權之觀點而採行傳聞法則者，如 93 年度台上字第 667 號判決有謂：「我國刑事審判，採直接審理原則及言詞審理原則，使法官從直接審理及言詞審理中有關人員之陳述，獲致態度證據，以形成正確之心證。**若偵查機關訊問證人後制作之筆錄，乃該證人轉述傳聞自他人之陳述，法院就該傳聞陳述無從依傳喚該證人採直接及言詞審理之方式，予以調查以形成正確之心證，復不能使被告行使正當法律程序所保障之反對詰問權，該傳聞陳述原則上應無證據能力。**」

## 第二項 傳聞法則之例外規定

為避免造成誤判、冤獄的發生，有必要將傳聞證據予以排除。惟若某些證據具備「可信性」及「必要性」之要件，仍應例外地承認有證據能力，以符合發現真實之要求。本文擬就現行傳聞法則例外規定中涉及「可信性」要件之證明的規

---

月，頁 16；黃朝義，前揭註 36 書，頁 562-563；黃朝義，前揭註 166 書，頁 114；黃朝義，論刑事證據法上之傳聞法則，東海大學法學研究，第 13 期，1998 年 12 月，頁 168-169；王兆鵬，前揭註 38 書，頁 688-690；王兆鵬，前揭註 42 書，頁 508-511；王兆鵬，對質詰問權與強制取證權，收錄於刑事被告的憲法權利，自版，2004 年 5 月，頁 129-133；王兆鵬、張明偉、李榮耕合著，前揭註 152 書，頁 237-239；李榮耕，傳聞文書，月旦法學教室，第 111 期，2012 年 1 月，頁 48；林俊益，論修正刑訴法之傳聞法則及其例外，全國律師，第 6 卷 9 期，2002 年 9 月，頁 33-34。

<sup>203</sup> 於英美法，目擊事實者於審判期日到庭作證，透過科以偽證效果之宣誓（oath, affidavit），由認定事實者直接觀察其態度、要求到庭之證人就其認知事實之背景更為詳細之說明以及因該證言而受不利認定之他造當事人行交互詰問等保障措施確認其證言的真實性。

定，依序扼要敘述如下：

### 第一款 在檢察官面前所為之陳述

按第 159 條之 1 第 2 項規定：「被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據。」揆諸其立法意旨，檢察官於偵查中對被告以外之人所為之偵查筆錄或書面陳述，性質上均屬於傳聞證據，原則上應無證據能力。然而，現階段刑事訴訟法規定檢察官代表國家偵查犯罪、實施公訴，依法其有訊問被告、證人及鑑定人之權，證人、鑑定人且須具結，而實務運作時，偵查中檢察官向被告以外之人所取得之陳述，原則上均能遵守法律規定，不致違法取供，其可信性極高，為兼顧理論與實務，反而原則上肯認有證據能力，除顯有不可信之情況者外，方不得作為證據。本文以為，此項規定係根據取供者的身分有別而賦予不同的證據資格<sup>204</sup>，可謂係檢察官優越的立法。相較於由司法警察詢問所得之證據，若要有證據能力，依第 159 條之 3 的規定，須符合傳喚不能或供述不能、特信性及必要性等要件，始足當之。反觀本項訊問筆錄，除顯有不可信之情況外，原則上有證據能力，明顯寬鬆許多。誠然，判斷是否符合傳聞之例外規定，應有的立場是，回到供述者陳述當時的外部客觀環境做一綜合的判斷，實非應因人而異，較為妥適。

再者，就被告或辯護人自行調查之人證的陳述，並未設有例外規定，造成調查證據上武器的不平等。又檢察官係偵查機關，性質上與被告對立，又於偵查不公開的情況下具結訊問證人，某種程度具誘導或強制色彩，證人之陳述是否自然任意，存有疑義，而且無被告或辯護人在場詰問，陳述的危險性無從推敲辨明，可信性也更難確保。準此，第 159 條之 1 第 2 項不論證人是否能傳喚到庭，原則上均認有證據能力，顯然不當侵害憲法正當程序保障被告詰問權之意旨<sup>205</sup>。

<sup>204</sup> 何賴傑，傳聞法則下證人陳述之證據能力，月旦法學教室，第 9 期，2003 年 7 月，頁 22。

<sup>205</sup> 反觀司法院釋字第 582 號解釋理由書揭載被告以外之人（含證人、共同被告等）於審判外之陳述，依第 159 條第 1 項特別規定得作為證據者，除客觀上不能受詰問者外，於審判中，仍應依法踐行詰問程序之要旨，則顯得難能可貴。

至於，本法條不可信之情況的判斷，應屬於證據能力之規定，而非陳述內容證明力之問題<sup>206</sup>。法院應審酌被告以外之人於陳述時之外在環境及情況，例如陳述時之心理狀況、有無受到外力干擾等，以為判斷之依據<sup>207</sup>。實務運作上針對檢察官訊問筆錄有無證據能力的判斷標準，相當紛歧，約略可分為下述幾種<sup>208</sup>：其一，僅引用法條而完全未附理由者。其二，以證人所述與事實是否相符為斷。其三，以證人所述是否經具結為斷（100 台上 5433、100 台上 4574 及 98 台上 4540）<sup>209</sup>。其四，以證人陳述作成之客觀條件及環境為斷（101 台上 4108）。其五，以被告對該證人之詰問是否獲得妥適保障為斷（97 台上 356）<sup>210</sup>。本文以為，參酌司法院釋字第 582 號解釋理由書之意旨，應以原陳述人是否因死亡、精神、身體之障礙、所在不明或滯留國外而無法於審判期日到庭陳述之傳喚不能的情形為要素判斷之。然而，司法院釋字理由書並無憲法層次的拘束力，對實務運作的影響仍屬有限，是以第 159 條之 1 第 2 項的根本解決之道，仍有待未來修法改善，或是透過大法官直接針對本條是否不當侵害被告受憲法第 8 條第 1 項正當法律程序及第 16 條訴訟權所保障依法詰問證人之權利，進行違憲審查，以徹底釐清爭議。

## 第二款 審判外不一致陳述

<sup>206</sup> 最高法院 101 年度台上字第 1398 號及 94 年度台上字第 1776 號判決。

<sup>207</sup> 最高法院 101 年度台上字第 1483 號及 100 年度台上字第 3316 號判決；法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 89 點。

<sup>208</sup> 陳運財，傳聞法則及其例外之實務運作問題檢討，台灣本土法學雜誌，第 94 期，2007 年 5 月，頁 140-141；陳運財，第 159 條之 1 第 2 項檢訊筆錄實務爭議問題檢討，收錄於刑事法學現代化動向—黃東熊教授八秩華誕祝壽論文集一，台灣法學，2012 年 11 月，頁 134-136。

<sup>209</sup> 有學者主張第 158 條之 3 於偵查中檢察官訊問證人時並無適用，其證據能力之判斷應回歸傳聞法則及其例外之規定，本文從之。參照陳運財，偵查中證人之具結與傳聞例外之適用—評九四年台上字三二七七號刑事判決，台灣本土法學雜誌，第 93 期，2007 年 4 月，頁 253；陳運財，證人未經具結之檢訊筆錄之效力，月旦法學教室，第 49 期，2006 年 11 月，頁 20-21；陳運財，共同被告於檢察官偵查訊問時所為之陳述之證據能力—評九八年度台上字第四四三七號判決，台灣法學雜誌，第 153 期，2010 年 6 月 1 日，頁 221。

<sup>210</sup> 至於，偵查中訊問證人時，有無賦予被告或其辯護人行使詰問之機會，固可作為認定外部情況是否可信的要素，惟並非絕對。蓋偵查中證據仍具流動性，且在偵查不公開原則下以及閱卷權未獲保障的情況下，被告或辯護人準備防禦行使詰問的機會，實質上仍無法與審判中詰問證人的權利相提併論。

按第 159 條之 2 規定：「被告以外之人於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，與審判中不符時，其先前之陳述具有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據。」由此可知，被告以外之人（含共同被告、共犯、證人、鑑定人及被害人等）於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，與審判中不符時，其先前之陳述具有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據。故被告以外之人於審判中之陳述與其先前在檢察事務官、司法警察（官）調查中所為陳述不符時，其先前陳述必須具備「特別可信性」及「必要性」兩項要件，始得作為證據<sup>211</sup>。

所稱「具有可信之特別情況」係屬於證據能力之要件，惟現行法就此類型並無明文規定，其內涵完全委由法院就個案主客觀的外部情況，依事物之一般性、通常性與邏輯之合理性為審酌判斷（100 台上 6699 及 100 台上 6177）。申言之，法院應比較其前後陳述時之外在客觀環境及情況，以判斷何者較為自然可信（102 台上 236）。除詢問有無出於不正方法、陳述是否出於非任意性外，兼須就有無違反法定障礙事由期間不得詢問及禁止夜間詢問之規定、詢問時是否踐行告知義務、警詢筆錄所載與錄音或錄影內容是否相符等各項，為整體之考量（101 台上 1606 及 95 台上 5523）。再者，亦須考量陳述時有無其他訴訟關係人在場，陳述時之心理狀況、有無受到強暴、脅迫、詐欺、利誘等外力之干擾（97 台上 5560 及 97 台上 1738）。另外，法院在調查被告以外之人先前不一致陳述是否具有特別可信情況時，亦應注意保障被告詰問之權利，並賦予被告陳述意見之機會，倘採用先前不一致陳述為判決基礎時，並須將其理由載明，以昭公信<sup>212</sup>。換言之，對於該審判外之陳述，法院應當庭賦予當事人或辯護人對到庭證人行反對詰問之機會，始得採為判決之基礎，而非僅在之後判決理由書中交代，否則連被告及辯護人都可能不知法院竟捨棄審判中之陳述而採取警詢陳述，而不及於審判中進一步行使辯明或防禦。

<sup>211</sup> 最高法院 101 年度台上字第 167 號、100 年度台上字第 6629 號、100 年度台上字第 2379 號、100 年度台上字第 2006 號、99 年度台上字第 4470 號及 96 年度台上字第 4159 號判決。

<sup>212</sup> 法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 90 點。

### 第三款 在司法警察人員面前所為之陳述筆錄

按第 159 條之 3 規定：「被告以外之人於審判中有下列情形之一，其於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，經證明具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，得為證據：一、死亡者。二、身心障礙致記憶喪失或無法陳述者。三、滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到者。四、到庭後無正當理由拒絕陳述者。」所謂「可信之特別情況」，雖然不具同法第 159 條之 4 相同高度的可信情況，惟該陳述人已不復得，因基於使用證據的必要性，故不得不接受該項陳述人之傳聞證據。職是，其要件應可作如下之解釋（96 台上 5572）：一、傳喚不能或供述不能：此之傳喚不能之事由必須是繼續存在達一定程度以上，而且不得有試圖人為介入故意造成傳喚不能之鑽法律漏洞之情形<sup>213</sup>。二、特信性：以其陳述係在特別可信之情況下所為者為限。三、必要性：其陳述係為證明犯罪事實存否所不可或缺者。

至於，本條所謂「具有可信之特別情況」之意涵為何？本文以為，仍應重視陳述的時點，較為穩妥，例如犯罪後被害人當場立即向警察所回答的內容，或是案發後目擊者馬上至派出所陳述的內容，是在觀察認知上較無其他因素參雜在內的情形下所作的供述。最高法院有判決認為，解釋上可參考外國立法例上構成傳聞例外之規定，諸如出於當場印象之立即陳述（自然之發言）、相信自己臨終前所為之陳述及違反己身利益之陳述等審酌判斷（99 台上 1892、98 台上 7015 及 98 台上 5955）。其判斷標準應視陳述者是否出於供述者之真意、有無違法取供之情事（100 台上 3514），兼須就有無違反法定障礙事由期間不得詢問及禁止夜

<sup>213</sup> 最高法院 102 年度台上字第 236 號判決指摘：「刑事訴訟法第一百五十九條之三，係為補救採納傳聞法則，實務上所可能發生蒐證困難之問題，於本條所列各款原始陳述人於審判中無法到庭或雖到庭而無法陳述或無正當理由拒絕陳述之情形下，承認該等審判外之陳述，於具備『絕對的特別可信情況』與『使用證據之必要性』要件時，得為證據之規定。此等法律規定之例外，既係出於犧牲被告之反對詰問權，且與直接審理、言詞審理諸原則有悖之不得已措施，則原始陳述人之於審判中不能到庭，自應以非可歸責於國家機關之事由所造成者，始有其適用。倘因檢察官或法院違背義務法則，於審判中未盡其舉證聲請或傳拘證人（原始陳述人）之努力，導致有證據滅失或原始陳述人無從為傳喚調查之情形，即無予容許其例外而令被告負擔不利益結果之餘地。至於原始陳述人之不能到庭，是否可歸責於國家機關之事由造成，依案內資料加以判斷。」同院 100 年度台上字第 992 號判決亦同此旨。

間詢問之規定、詢問時是否踐行告知義務、警詢筆錄所載與錄音或錄影內容是否相符等各項為整體之考量（99 台上 5860）。故應就調查筆錄製作之原因、過程及其功能等加以觀察其信用性，據以判斷該傳聞證據是否具有可信之特別情況而例外具有證據能力，不得僅以證人於警詢之陳述與案發時間接近為由，遽認有證據能力，否則證人於警詢之陳述恆較審判時接近案發時間，實無異直接容許證人之警詢筆錄得為證據（100 台上 5944、95 台上 6489 及 95 台非 204）。

#### 第四款 特信性文書

按第 159 條之 4 規定，除前三條之情形外，下列文書亦得為證據：一、除顯有不可信之情況外，公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書。例如戶籍謄本、公證書。二、除顯有不可信之情況外，從事業務之人於業務上或通常業務過程所須製作之紀錄文書、證明文書。諸如醫師診斷病歷（101 台上 4199）、商業帳簿，航海日誌等。三、除前二款之情形外，其他於可信之特別情況下所製作之文書。譬如政府公報、家族譜、商業調查報告、統計表、商品行情表、曆書、學術論文、日內瓦大學研究院鑑定報告（97 台上 3508）等<sup>214</sup>。考其立法理由指出：「公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書如被提出於法院，用以證明文書所載事項真實者，性質上亦不失為傳聞證據之一種，但因該等文書係公務員依其職權所為，與其責任、信譽攸關，若有錯誤、虛偽，公務員可能因此負擔刑事及行政責任，從而其正確性高，且該等文書經常處於可受公開檢查（Public Inspection）之狀態，設有錯誤，甚易發現而予及時糾正，是以，除顯有不可信之情況外，其真實之保

<sup>214</sup> 法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 92 點。基於「備忘」之目的所製作之日記帳，除已該當於商業帳簿之性質，可認係第 2 款特信性文書外，是否屬於第 3 款其他特信性文書？對此，最高法院 100 年度台上字第 5502 號判決認為必須就其製作過程具體地進行特別可信性之情況保障性判斷，方足以確定，無從單憑文書本身為確認，亦與第 1、2 款之文書一般均無庸傳訊其製作人到庭重述已往事實或數據之必要者有別。再者，該判決參照英美法之「備忘理論」，指出此類型文書可信性情況之保障，應就其內容是否為供述人自己經歷之事實（不論出於供述人本人或他人之記載），是否係在印象清晰時所為之記載，及其記述有無具備準確性等外部條件為立證。從而製作人（或供述人）在審判中之供述，如與備忘文書之內容相同者，逕以其之供述為據即足，該文書是否符合傳聞之例外，即不具重要性（是否作為非供述證據之證據物使用，係另一問題），必也在提示備忘文書後，仍然不能使製作人（或供述人）喚起記憶之情形，該文書乃屬過去記憶之紀錄，即有作為證據之必要性，如其又已具備符合與第一、二款文書同樣高度可信性之情況保障，始屬第三款其他可信性文書。

障極高。從事業務之人在業務上或通常業務過程所製作之紀錄文書、證明文書，因係於通常業務過程不間斷、有規律而準確之記載，通常有會計人員或記帳人員等校對其正確性，大部分紀錄係完成於業務終了前後，無預見日後可能會被提供作為證據之偽造動機，其虛偽之可能性小，何況如讓製作者以口頭方式於法庭上再重現過去之事實或數據亦有困難，因此其亦具有一定程度之不可代替性，除非該等紀錄文書或證明文書有顯然不可信之情況，否則有承認其為證據之必要。另除前二款之情形外，與公務員職務上製作之文書及業務文件具有同等程度可信性之文書，基於前開相同之理由，亦應准其有證據能力。」由是觀之，此種例行性之事業活動過程中之證明或紀錄文書，類型上虛偽之可能性極低<sup>215</sup>，具有足以取代對造當事人反對詰問之特別可信的情況保證。更何況即便於審判中傳喚文書之製作人到庭作證，亦不足以獲得較當時記憶猶新之際所製作文書更可信的證言。因此，現行法例外的容許此種特信性文書得作為證據。

應特別注意者係，容許此種特信性文書的要件，必須該文書之製作係基於例行性的公務，或執行業務過程中，基於觀察或發現而當場或即時記載的類型化特徵。是以審判外之文書如屬針對個案所為，或預見該項文書內容將提出於刑事程序中作為證據使用而作成者，一般即不具例行性之要件。誠如最高法院 101 年度台上字第 4245 號判決所指：「醫院診斷證明書係病患就診或就醫，醫師就其診斷治療病患結果，所出具之證明書。醫師係從事醫療業務之人，病患如純為查明病因並以接受治療為目的，而到醫療院所就醫診治，醫師於例行性之診療過程中，對該病患所為醫療行為，於業務上出具之診斷書，屬於醫療業務上或通常醫療業務過程所製作之證明文書，自該當於刑事訴訟法第一百五十九條之四第二款所稱從事業務之人於業務上所須製作之證明文書。**如為特定之目的（如訴訟之用）而就醫，醫師為其診療，應病患之要求並出具診斷證明書，因其所記載之內容，具有個案性質，應屬被告以外之人於審判外之陳述，且不符上開條款所稱之特信性文書要件，自不得為證據。**<sup>216</sup>」

<sup>215</sup> 特信性文書具有公示性、例行性或機械性、良心性及制裁性等特徵，足以排除虛假不真實之風險。

<sup>216</sup> 最高法院 100 年度台上字第 6954 號、99 年度台上字第 2748 號及 95 年度台上字第 5026 號判決亦同斯旨。

## 第二節 證明負擔之歸屬

### 第一項 基本觀察

#### 第一款 在檢察官面前所為之陳述

本文以「第一百五十九條之一第二項&（舉證+釋明）」為全文檢索語詞，輔以民國 92 年 9 月 1 日至 102 年 3 月 31 日為判決日期進行搜尋，大約搜得 261 筆最高法院判決。本文研究發現，主張應由檢察官負擔證明者：共有 60 筆。此 60 筆又可細分為 4 種類型：其一，指出被告如未主張、釋明顯有不可信之情況時，檢察官自無須就該例外情形而為舉證，法院亦無庸在判決中說明無例外情形存在之必要者：有 56 筆<sup>217</sup>。其二，倘被告未主張並釋明顯有不可信之情況，檢察官自無須就無該例外情形為舉證者：有 2 筆<sup>218</sup>。其三，若其任意性無虞，不具有顯然不可信之情況，原則上當屬適格之證據，檢察官毋庸就無顯然不可信之消極情事負責舉證者：有 1 筆<sup>219</sup>。其四，最高法院指摘事實審的作法不但倒置檢察官應負之實質舉證責任而違悖證據法則者：有 1 筆<sup>220</sup>。屬於法院職權調查事項者：共有 16 筆，又此 16 筆亦可細分為 4 種類型：其一，最高法院肯認事實審逕依職權閱卷後並於判決理由中交代之作法者：有 10 筆<sup>221</sup>。其二，最高法院

<sup>217</sup> 最高法院 102 年度台上字第 1203 號、102 年度台上字第 639 號、102 年度台上字第 207 號、102 年度台上字第 176 號、101 年度台上字第 6200 號、101 年度台上字第 6203 號、101 年度台上字第 5991 號、101 年度台上字第 5292 號、101 年度台上字第 5207 號、101 年度台上字第 4944 號、101 年度台上字第 4953 號、101 年度台上字第 3961 號、101 年度台上字第 3433 號、101 年度台上字第 3287 號、101 年度台上字第 2457 號、101 年度台上字第 2395 號、101 年度台上字第 2019 號、101 年度台上字第 1894 號、101 年度台上字第 1895 號、101 年度台上字第 941 號、101 年度台上字第 348 號、101 年度台上字第 350 號、101 年度台上字第 352 號、101 年度台上字第 167 號、100 年度台上字第 7248 號、100 年度台上字第 6767 號、100 年度台上字第 6665 號、100 年度台上字第 6322 號、100 年度台上字第 6265 號、100 年度台上字第 5980 號、100 年度台上字第 5561 號、100 年度台上字第 5285 號、100 年度台上字第 5024 號、100 年度台上字第 4422 號、100 年度台上字第 3923 號、100 年度台上字第 3725 號、100 年度台上字第 3568 號、100 年度台上字第 3236 號、100 年度台上字第 2949 號、100 年度台上字第 2379 號、100 年度台上字第 2430 號、100 年度台上字第 2029 號、100 年度台上字第 1202 號、100 年度台上字第 183 號、99 年度台上字第 8155 號、99 年度台上字第 5432 號、99 年度台上字第 5297 號、99 年度台上字第 3339 號、99 年度台上字第 1868 號、99 年度台上字第 1386 號、99 年度台上字第 659 號、98 年度台上字第 5589 號、98 年度台上字第 4539 號、98 年度台上字第 3945 號、98 年度台上字第 3413 號及 97 年度台上字第 1069 號判決。

<sup>218</sup> 最高法院 99 年度台上字第 3996 號及 101 年度台上字第 6065 號判決。

<sup>219</sup> 最高法院 95 年度台上字第 362 號判決。

<sup>220</sup> 最高法院 100 年度台上字第 4971 號判決。

<sup>221</sup> 最高法院 101 年度台上字第 5161 號、101 年度台上字第 4095 號、101 年度台上字第 2465 號、

明確指出事實審法院就此爭議，當依卷內訴訟資料判斷之：有 3 筆<sup>222</sup>。其三，法院僅在被告主張並釋明有「顯不可信之情況」時，始應就有無該例外情形為調查審認者：有 2 筆<sup>223</sup>。其四，最高法院指摘是否具有「顯有不可信」之情形，法院應就偵查筆錄製作之原因、過程及其功能等加以觀察其信用性，據以判斷之，被告對此並不負舉證證明之義務者：有 1 筆<sup>224</sup>。認為應由被告自行舉證者：共有 39 筆。此 39 筆判決亦可細分為 13 種類型：其一，被告、辯護人、輔佐人若主張其顯有不可信之情形時，本乎當事人主導證據調查原則，自應負舉證責任者：有 8 筆<sup>225</sup>。其二，當事人若主張「依法具結」之陳述顯有不可信之情形者，本乎當事人主導證據調查原則，即應負舉證責任者：有 4 筆<sup>226</sup>。其三，證人於偵查中之證言已經具結，因此應由主張其為不可信積極存在之一方應予證明者：有 1 筆<sup>227</sup>。其四，當事人若主張「依法具結」之陳述顯有不可信之情形時，本乎當事人主導證據調查原則，固應負舉證責任。惟檢察官倘非以證人之身分傳喚共同被告、告訴人等，而未依法具結所為之陳述，如被告已釋明因該等陳述未經具結而欠缺可信性時，即應改由檢察官負舉證責任者：有 2 筆<sup>228</sup>。其五，被告無法釋明有顯不可信情況之證人偵訊中所為陳述，縱然被告反對其證據適格，法院仍然不受其影響，依然可以認定具有證據能力者：有 1 筆<sup>229</sup>。其六，上訴人及辯護人亦未能釋明其於偵訊具結之證述有何「顯不可信之情況」，應認有證據能力者：有 1 筆<sup>230</sup>。其七，除反對該項供述具有證據能力之一方，已釋明「顯有不可信之情況」外，不得遽指該證人於偵查中之陳述不具證據能力者：有 2 筆<sup>231</sup>。

---

100 年度台上字第 824 號、101 年度台上字第 1077 號、101 年度台上字第 248 號、100 年度台上字第 5433 號、100 年度台上字第 3316 號、100 年度台上字第 1409 號及 101 年度台上字第 1483 號判決。

<sup>222</sup> 最高法院 100 年度台上字第 5796 號、96 年度台上字第 5559 號及 99 年度台上字第 1981 號判決。

<sup>223</sup> 最高法院 101 年度台上字第 3581 號及 100 年度台上字第 3633 號判決。

<sup>224</sup> 最高法院 96 年度台上字第 1407 號判決。

<sup>225</sup> 最高法院 101 年度台上字第 3413 號、101 年度台上字第 1606 號、99 年度台上字第 3851 號、99 年度台上字第 1135 號、98 年度台上字第 7312 號、98 年度台上字第 6888 號、96 年度台上字第 5684 號及 98 年度台上字第 4785 號判決。

<sup>226</sup> 最高法院 102 年度台上字第 897 號、102 年度台上字第 39 號、100 年度台上字第 5925 號及 101 年度台上字第 6007 號判決。

<sup>227</sup> 最高法院 97 年度台上字第 5973 號判決。

<sup>228</sup> 最高法院 101 年度台上字第 6007 號及 100 年度台上字第 5925 號判決。

<sup>229</sup> 最高法院 102 年度台上字第 533 號判決。

<sup>230</sup> 最高法院 101 年度台上字第 6028 號判決。

<sup>231</sup> 最高法院 95 年度台上字第 6923 號及 101 年度台上字第 5720 號判決。

其八，主張其為不可信積極存在之一方（顯有不可信之情況之訴訟當事人），自應就此欠缺可信性外部保障之情形負舉證責任者：有 13 筆<sup>232</sup>。其九，最高法院指摘被告或其辯護人未提出或主張任何可供證明證人於檢察官偵訊時所為之陳述，究有如何之「顯有不可信之客觀情況」以供調查者：有 2 筆<sup>233</sup>。其十，應由主張此審判外陳述無證據能力之一方當事人負舉證責任者：有 2 筆<sup>234</sup>。其十一，反對使用者，則應就其主張有此例外之情形為「釋明」：有 1 筆<sup>235</sup>。其十二，主張無證據能力之一方當事人須就「顯有不可信之情況」負舉證責任，必其舉證足以證明「顯有不可信之情況」，此項證據始例外不具有證據能力：有 1 筆<sup>236</sup>。其十三，若當事人未舉證主張具顯有不可信之例外情況時，自無於理由內就「無顯有不可信之情況」特為說明之必要：有 1 筆<sup>237</sup>。參【表 7】與【圖 6】。

【表 7：在檢察官面前所為之陳述之證明負擔歸屬的判決數量統計】

	判決數（單位：筆）	百分比 （單位：%）	
檢察官	被告如未主張、釋明顯有不可信之情況時，檢察官自無須就該例外情形而為舉證，法院亦無庸在判決中說明無例外情形存在之必要	56	52.17
	倘被告未主張並釋明顯有不可信之情況，檢察官自無須就該例外情形為舉證	2	
	其任意性無虞，不具有顯然不可信之情況，原則上當屬適格之證據，檢察官毋庸就無顯然不可信之消極情事，負責舉證	1	
	最高法院指摘事實審的作法不但倒置檢察官應負之實質舉證責任，違悖證據法則	1	
	最高法院肯認事實審依職權閱卷後並於理由交代之作法	10	13.91
	最高法院指出事實審法院就此爭議，當依卷內訴訟	3	

<sup>232</sup> 最高法院 101 年度台上字第 4296 號、101 年度台上字第 4108 號、100 年度台上字第 2235 號、100 年度台上字第 255 號、99 年度台上字第 3142 號、99 年度台上字第 2208 號、99 年度台上字第 2080 號、99 年度台上字第 2007 號、99 年度台上字第 741 號、99 年度台上字第 488 號、98 年度台上字第 6820 號、98 年度台上字第 4711 號及 98 年度台上字第 2904 號判決。

<sup>233</sup> 最高法院 100 年度台上字第 533 號及 101 年度台上字第 458 號判決。

<sup>234</sup> 最高法院 100 年度台上字第 3335 號及 97 年度台非字第 131 號判決。

<sup>235</sup> 最高法院 96 年度台上字第 3128 號判決。

<sup>236</sup> 最高法院 98 年度台上字第 4046 號判決。

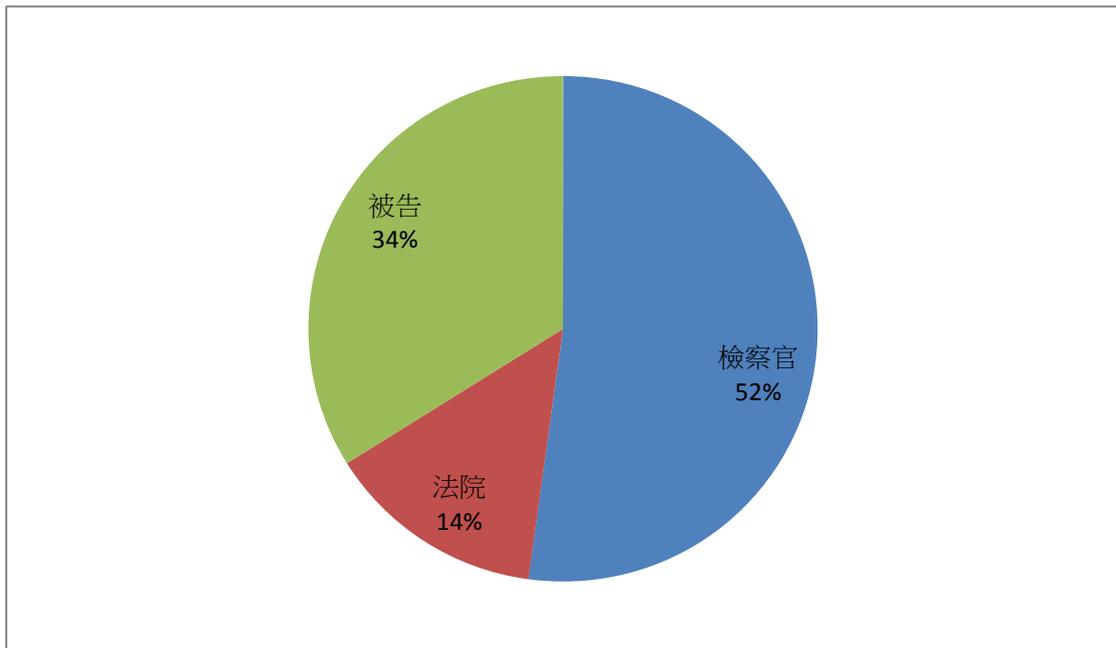
<sup>237</sup> 最高法院 100 年度台上字第 2428 號判決。

法院	資料判斷之		
	法院僅在被告主張並釋明有「顯不可信之情況」時，始應就有無該例外情形，為調查審認	2	
	最高法院指摘其是否具有「顯有不可信性」之例外情形，法院應就偵查筆錄製作之原因、過程及其功能等加以觀察其信用性，據以判斷之，被告對此並不負舉證證明之義務	1	
被告	被告或其辯護人若主張顯有不可信之情形時，本乎當事人主導證據調查原則，自應負舉證責任	8	33.91
	當事人若主張「依法具結」之陳述顯有不可信之情形者，本乎當事人主導證據調查原則，即應負舉證責任	4	
	證人於偵查中之證言已經具結，因此應由主張其為不可信積極存在之一方應予證明	1	
	當事人若主張「依法具結」之陳述顯有不可信之情形者，本乎當事人主導證據調查原則，固應負舉證責任。惟檢察官倘非以證人之身分傳喚共同被告、告訴人等，而未依法具結所為之陳述，如被告已釋明因該等陳述未經具結而欠缺可信性時，即應改由檢察官負舉證責任	2	
	被告無法釋明有顯不可信情況之證人偵訊中所為陳述，縱然被告反對其證據適格，法院仍然不受其影響，依然可以認定具有證據能力	1	
	上訴人及辯護人亦未能釋明其於偵訊具結之證述有何「顯不可信之情況」，應認有證據能力	1	
	除反對該項供述具有證據能力之一方，已釋明「顯有不可信之情況」外，不得遽指該證人於偵查中之陳述不具證據能力	2	
	主張其為不可信積極存在之一方(顯有不可信之情況之訴訟當事人)，自應就此欠缺可信性外部保障之情形負舉證責任	13	
	最高法院指摘被告或其辯護人未提出或主張任何可供證明證人於檢察官偵訊時所為之陳述，究有如何之「顯有不可信之客觀情況」以供調查	2	
	應由主張此審判外陳述無證據能力之一方當事人負舉證責任	2	
	反對使用者，應就其主張有此例外之情形為釋明	1	
	主張無證據能力之一方當事人須就「顯有不可信之	1	

	情況」負舉證責任，必其舉證足以證明「顯有不可信之情況」，此項證據始例外不具證據能力		
	若當事人未舉證主張具顯有不可信之例外情況時，自無於理由內就「無顯有不可信之情況」特為說明之必要	1	

資料來源：本文自行製作

【圖 6：在檢察官面前所為之陳述之證明負擔歸屬的百分比】



資料來源：本文自行製作

## 第二款 審判外不一致陳述

本文以「第一百五十九條之二&（舉證+釋明）」為全文檢索語詞，並輔以民國 92 年 9 月 1 日至 102 年 3 月 31 日為判決日期進行搜尋，大約搜得 164 筆最高法院判決。其中主張應由檢察官負舉證責任者：有 8 筆。又可細分為 4 種類型：其一，法院或受命法官於被告或辯護人對於上開傳聞證據表示不同意作為證據使用時，即應依第 273 條第 1 項第 5 款規定，曉諭提出該項證據之檢察官為證據調查之聲請，俾憑供為審認判斷有無同法第 159 條之 2 及第 159 條之 3 規定之適用，

其提出證據之舉證始謂已盡者：有 2 筆<sup>238</sup>。其二，最高法院指摘事實審未命檢察官舉證者：有 3 筆<sup>239</sup>。其三，倘該被告以外之人於審判外之先前陳述，係檢察官所提出者，自亦不能豁免其就證據適格之要件盡舉證之責任者：有 2 筆<sup>240</sup>。其四，使用該項證據者，應就該陳述具備特信性要件，盡其提出證據適格之形式舉證者：有 1 筆<sup>241</sup>。認為應由法院職權調查者：有 16 筆。又可分為 3 種類型：其一，最高法院肯認事實審依職權閱卷後並於判決理由中交代之作法者：有 9 筆<sup>242</sup>。其二，最高法院明確指出屬法院應依職權調查審酌之程序事項，並不因檢察官、自訴人、被告或其他訴訟關係人就該等要件未能舉證或指出證明方法，法院即得認定其無證據能力，而豁免調查之責：有 6 筆<sup>243</sup>。其三，最高法院指摘證據之取捨，屬於事實審法院之職權，故卷內與待證事實有關之證據資料，其有無證據能力，應由事實審法院依職權調查及審酌，不能諉由檢察官或其他當事人舉證證明其證據能力存在之情況，而以此作為判斷有無證據能力之唯一依據者：有 1 筆<sup>244</sup>。認為應由被告自行舉證者：為 0 筆。參【表 8】與【圖 7】。

【表 8：審判外不一致陳述之證明負擔歸屬的判決數量統計】

	判決數（單位：筆）	百分比 （單位：%）
檢察官	法院或受命法官於被告或辯護人對於上開傳聞證據表示不同意作為證據使用時，即應依刑事訴訟法第 273 條第 1 項第 5 款規定，曉諭提出該項證據之檢察官為證據調查之聲請，俾憑供為審認判斷有無同法第 159 條之 2、第 159 條之 3 規定之適用，其提出證據之舉證始謂已盡	2 33.33
	最高法院指摘事實審未命檢察官舉證	3

<sup>238</sup> 最高法院 100 年度台上字第 4256 號及 100 年度台上字第 699 號判決。

<sup>239</sup> 最高法院 99 年度台上字第 3899 號、98 年度台上字第 7405 號及 99 年度台上字第 1102 號判決。

<sup>240</sup> 最高法院 99 年度台上字第 1721 號及 99 年度台上字第 1718 號判決。

<sup>241</sup> 最高法院 98 年度台上字第 7970 號判決。

<sup>242</sup> 最高法院 100 年度台上字第 6957 號、100 年度台上字第 6699 號、100 年度台上字第 6177 號、100 年度台上字第 6224 號、100 年度台上字第 3166 號、99 年度台上字第 5695 號、99 年度台上字第 4498 號、99 年度台上字第 2208 號及 97 年度台上字第 4185 號判決。

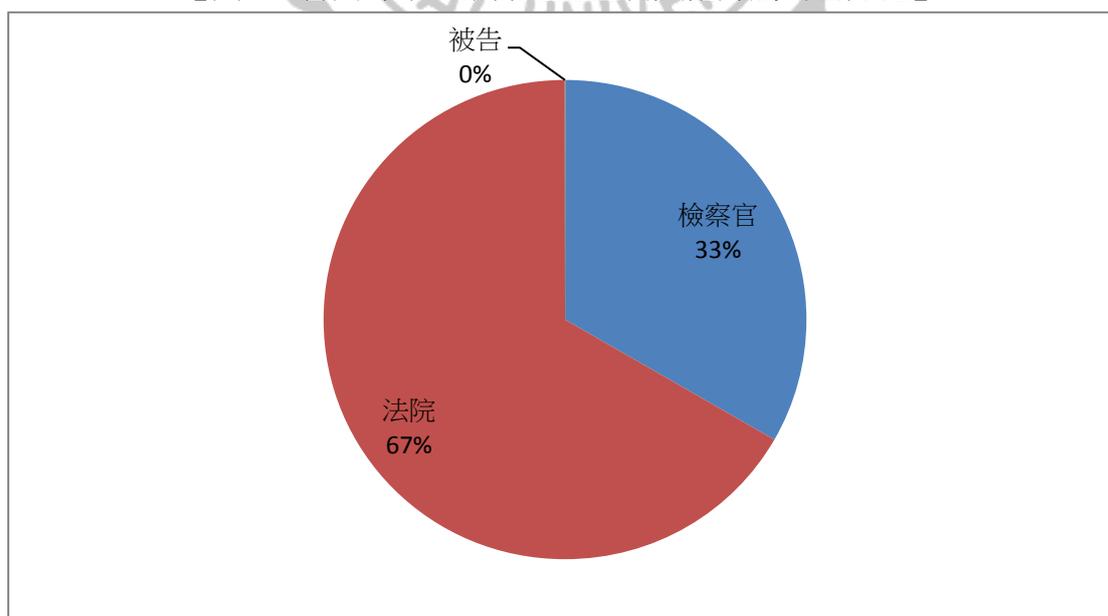
<sup>243</sup> 最高法院 100 年度台上字第 4168 號、98 年度台上字第 5228 號、97 年度台上字第 1902 號、97 年度台上字第 553 號、96 年度台上字第 3922 號及 97 年度台上字第 1373 號判決。

<sup>244</sup> 最高法院 97 年度台上字第 3181 號判決。

	倘該被告以外之人於審判外之先前陳述，係檢察官所提出者，自亦不能豁免其就證據適格之要件應盡舉證之責任	2	
	使用該項證據者，應就該陳述具備特信性要件，盡其提出證據適格之形式舉證	1	
法院	最高法院肯認事實審依職權閱卷後並於理由交代之作法	9	66.66
	最高法院明確指出屬法院應依職權調查審酌之程序事項，並不因檢察官、自訴人、被告或其他訴訟關係人就該等要件未能舉證或指出證明方法，法院即得認定其無證據能力，而豁免調查之責	6	
	最高法院指摘證據之取捨，屬於事實審法院之職權，故卷內與待證事實有關之證據資料，其有無證據能力，應由事實審法院依職權調查及審酌，不能諉由檢察官或其他當事人舉證證明其證據能力存在之情況，而以此作為判斷有無證據能力之唯一依據	1	
被告		0	0

資料來源：本文自行製作

【圖 7：審判外不一致陳述之證明負擔歸屬的百分比】



資料來源：本文自行製作

### 第三款 在司法警察人員面前所為之陳述筆錄

本文以「第一百五十九條之三& (舉證+釋明)」為全文檢索語詞，輔以民國92年9月1日至102年3月31日為判決日期進行搜尋，大約搜得76筆最高法院判決。當中認為應由檢察官負證明負擔者：有3筆<sup>245</sup>。法院職權調查者：有18筆，又此18筆判決可再細分為3種類型：其一，最高法院明確指出屬於法院應依職權調查審酌之程序事項者：有3筆<sup>246</sup>。其二，最高法院主張待被告釋明後，再由法院介入為必要之調查者：有3筆<sup>247</sup>。其三，最高法院肯認事實審依職權閱卷後並於理由交代之作法者：有12筆<sup>248</sup>。認為應由被告自行舉證者：有1筆<sup>249</sup>。參【表9】與【圖8】。

【表9：在司法警察人員面前所為之陳述筆錄之證明負擔歸屬的判決數量統計】

	判決數 (單位：筆)	百分比 (單位：%)
檢察官	3	13.63
法院	最高法院明確指出屬於法院應依職權調查審酌之程序事項	3
	最高法院主張於被告釋明後，再由法院介入為必要之調查	3
	最高法院肯認事實審依職權閱卷後並於理由交代之作法	12
被告	1	4.54

資料來源：本文自行製作

<sup>245</sup> 最高法院100年度台上字第4256號、100年度台上字第699號及100年度台上字第3514號判決。

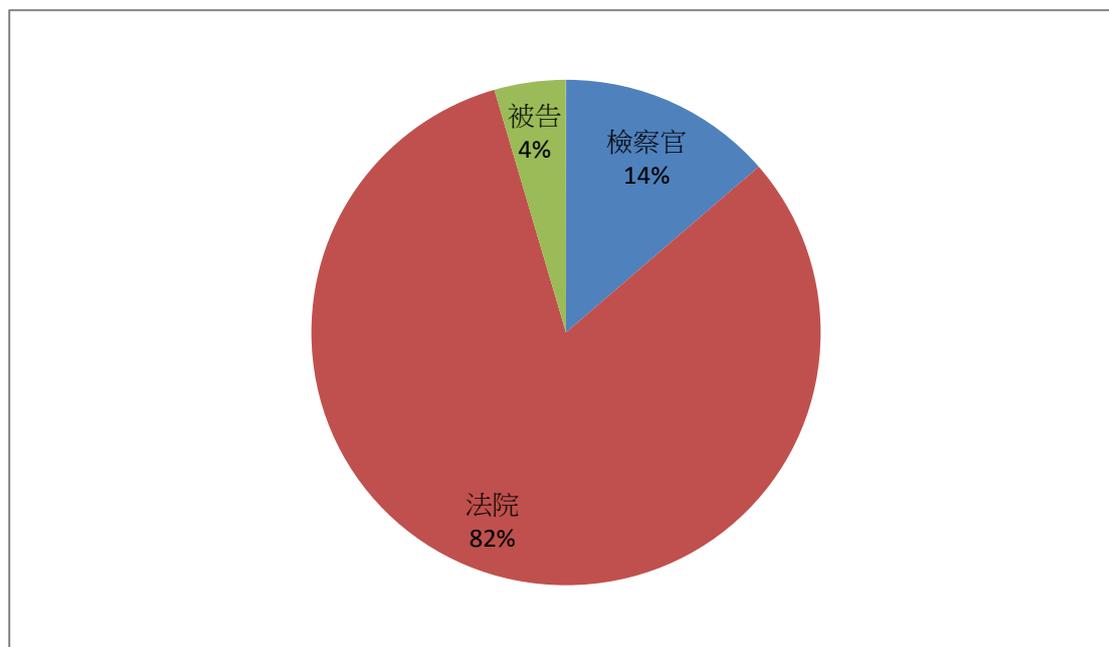
<sup>246</sup> 最高法院100年度台上字第4168號、96年度台上字第3922號及98年度台上字第5228號判決。

<sup>247</sup> 最高法院99年度台上字第1892號、98年度台上字第7015號及98年度台上字第5955號判決。

<sup>248</sup> 最高法院101年度台上字第6064號、101年度台上字第5868號、101年度台上字第5363號、101年度台上字第2019號、100年度台上字第6957號、100年度台上字第5173號、100年度台上字第3107號、100年度台上字第2698號、99年度台上字第4231號、98年度台上字第7149號、98年度台上字第6764號及98年度台上字第5860號判決。

<sup>249</sup> 最高法院102年度台上字第692號判決。

【圖 8：在司法警察人員面前所為之陳述筆錄之證明負擔歸屬的百分比】



資料來源：本文自行製作

#### 第四款 特信性文書

本文以「第一百五十九條之四&（舉證+釋明）」為全文檢索語詞，輔以民國 92 年 9 月 1 日至 102 年 3 月 31 日為判決日期進行搜尋，大約搜得 73 筆最高法院判決。其中涉及證明負擔之決定者：第一，就第 1 款「公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書」而言：有 3 筆。當中認為由檢察官證明者：為 0 筆。事實審逕依職權調查並獲得最高法院認同者：有 2 筆<sup>250</sup>。認為應由被告自行舉證者：有 1 筆<sup>251</sup>。第二，第 2 款「從事業務之人於業務上或通常業務過程所須製作之紀錄文書、證明文書」而言：有 10 筆。當中主張應由檢察官證明者：有 1 筆<sup>252</sup>。最高法院肯認事實審逕依職權調查者：有 7 筆<sup>253</sup>。認為應由被告自行舉證者：

<sup>250</sup> 最高法院 101 年度台上字第 6000 號及 101 年度台上字第 1633 號判決。

<sup>251</sup> 最高法院 96 年度台上字第 3126 號判決。

<sup>252</sup> 最高法院 97 年度台上字第 4315 號判決。

<sup>253</sup> 最高法院 101 年度台上字第 6599 號、101 年度台上字第 6000 號、101 年度台上字第 5867 號、101 年度台上字第 5868 號、101 年度台上字第 3581 號、98 年度台上字第 7970 號及 100 年度台上字第 3633 號判決。

有 2 筆<sup>254</sup>。第三，第 3 款「其他於可信之特別情況下所製作之文書」而言：有 6 筆。主張應由檢察官舉證者：有 1 筆<sup>255</sup>。最高法院肯認事實審逕依職權調查者：有 5 筆<sup>256</sup>。認為應由被告自行舉證者：為 0 筆。參【表 10】與【圖 9】、【圖 10】及【圖 11】。

【表 10：特信性文書之證明負擔歸屬的判決數量統計】

	舉證分配	判決數（單位：筆）	百分比 （單位：%）
第 1 款	檢察官	0	0
	法院	2	66.66
	被告	1	33.33
第 2 款	檢察官	1	10
	法院	7	70
	被告	2	20
第 3 款	檢察官	1	16.66
	法院	5	83.33
	被告	0	0

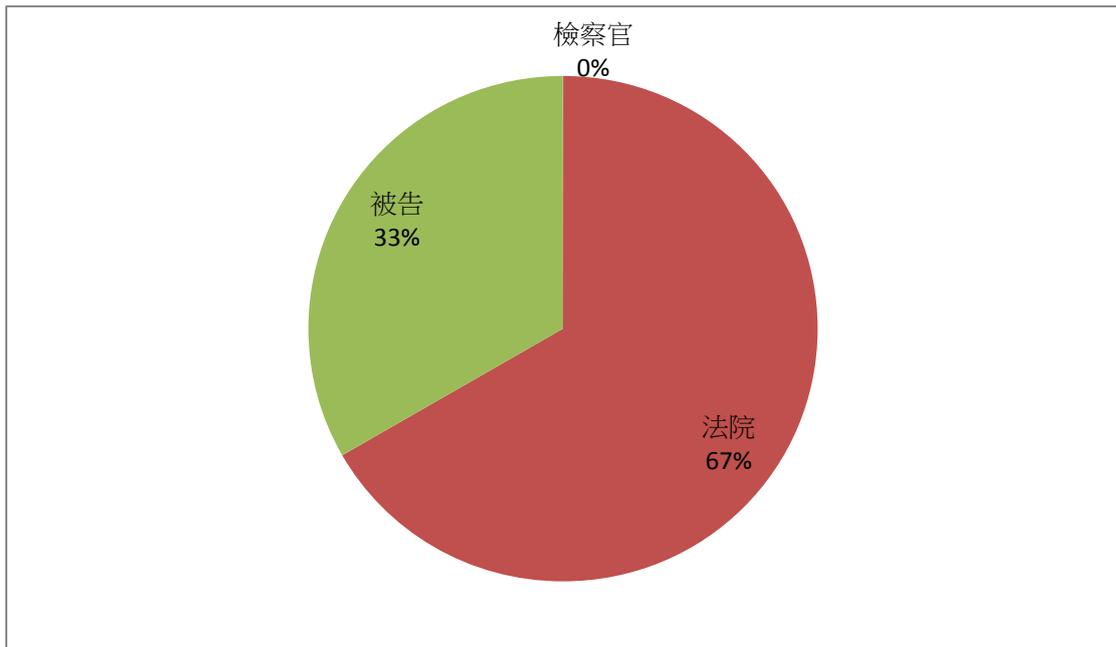
資料來源：本文自行製作

<sup>254</sup> 最高法院 98 年度台上字第 4222 號及 94 年度台上字第 4584 號判決。

<sup>255</sup> 最高法院 94 年度台上字第 4584 號判決。

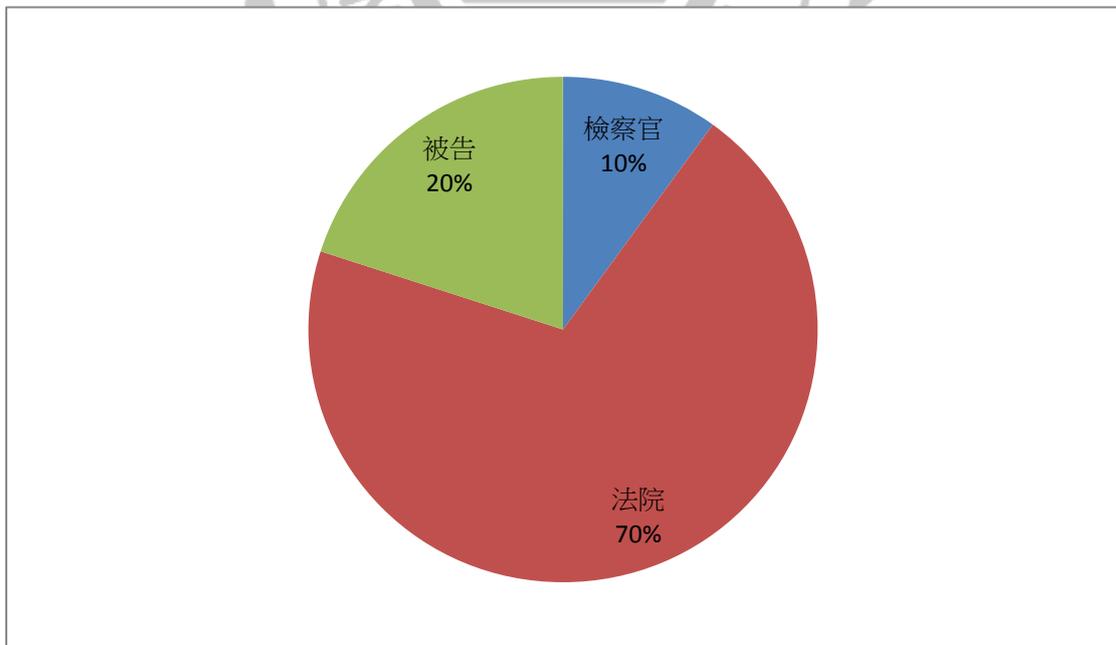
<sup>256</sup> 最高法院 102 年度台上字第 639 號、101 年度台上字第 6554 號、98 年度台上字第 7970 號、97 年度台上字第 3508 號及 97 年度台上字第 2093 號判決。

【圖 9：公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書之證明負擔歸屬的百分比】



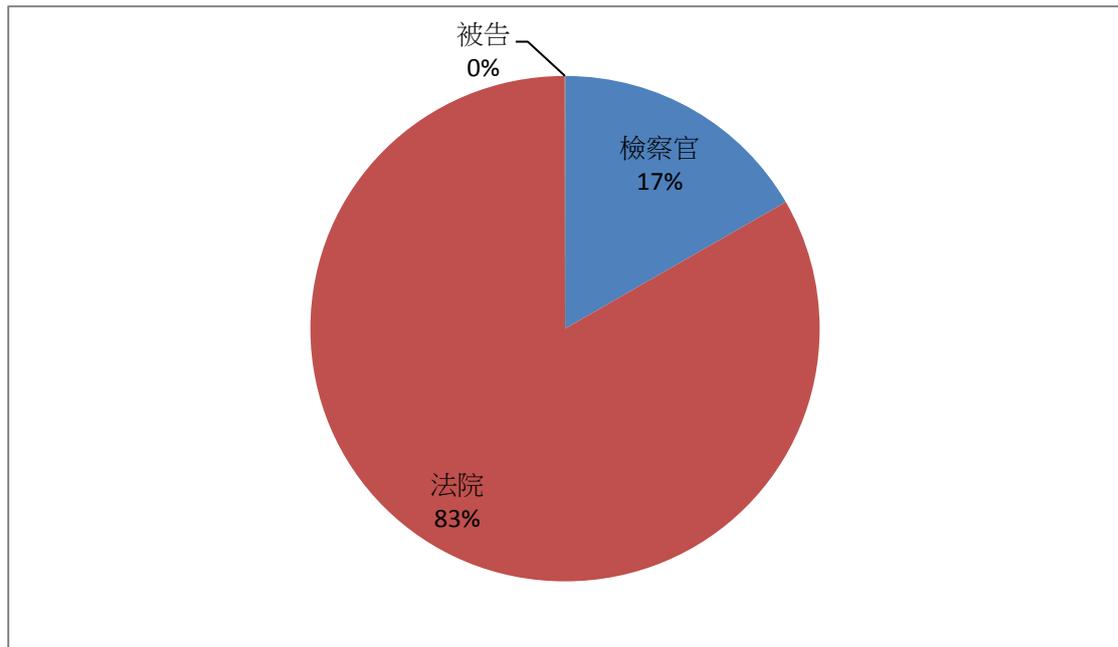
資料來源：本文自行製作

【圖 10：從事業務之人於業務上或通常業務過程所須製作之紀錄文書、證明文書之證明負擔歸屬的百分比】



資料來源：本文自行製作

【圖 11：其他於可信之特別情況下所製作之文書之證明負擔歸屬的百分比】



資料來源：本文自行製作

## 第二項 實務立場

### 第一款 在檢察官面前所為之陳述

#### 壹、主張應由檢察官負證明負擔者

最高法院之基本立場認為，法院僅在被告主張並釋明有「不可信之情況」時，始應就有無該例外情形為調查審認，並由檢察官就無該例外情形為舉證。例如最高法院 100 年度台上字第 2949 號判決指出：「刑事訴訟法第一百五十九條之一第二項規定：『被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據。』已揭示被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，原則上有證據能力，僅於顯有不可信之情況者，始例外否定其得為證據。**是被告如未主張並釋明顯有不可信之情況時，檢察官自無須再就無該例外情形為舉證，法院亦無庸在判決中為無益之說明。**換言之，法院僅在被告主張並釋明有『不可信之情況』時，始應就有無該例外情形，為調查審認。」最高法院另有判決認為證人於檢察官面前之供述任意性無虞，不具有顯然不可信之情況，原則上當屬適格之證據，檢察官毋庸就無顯然不可信之消極情事負責舉證，100 年度台上字第 4971

號判決，足資參照。據此反面解釋，若該證人之供述情狀，有顯然不可信時，則檢察官自應負證明負擔。值得一提的是，最高法院有判決指摘部分下級審法院將此證明歸由被告負擔，是顛倒舉證責任之分配，而有違證據法則。例如最高法院 95 年度台上字第 362 號判決有謂：「甲○○之選任辯護人於原審具狀稱：呂長松、侯雪玉在偵查中之證言，未經具結，檢察官復未證明其陳述並無顯不可信之情況，應無證據能力等語。原判決對於此項抗辯，**恣置不論，僅泛謂呂長松、侯雪玉在偵查中向檢察官所為之陳述，辯護人未提出其陳述有何顯不可信之情況，依刑事訴訟法第一百五十九條之一第二項規定，應認有證據能力，並採為判決之基礎，不但倒置檢察官應負之實質舉證責任，違悖證據法則，併有判決不載理由之當然違背法令。**」

## 貳、由法院職權調查者

最高法院亦有判決指出，就證據能力有無之爭議，法院應依職權按卷內訴訟資料予以判斷之。例如最高法院 100 年度台上字第 5796 號判決有云：「被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據，為刑事訴訟法第一百五十九條之一第二項所明定，乃因檢察官享有傳喚、拘提、訊問、命具結等強制處分權，是類程序不乏人權保障機制，所為之不起訴處分更具有實質確定力，尚與法官考訓合一，司法之屬性甚強，實際踐行訴訟程序時，復多能遵守法律規定，其取供之環境和附隨條件，通常無違法、不正之虞，故以正面、肯定方式，賦予其證據能力，祇以顯然不可信之情況者除外之。此所稱顯然，係指從卷存資料作形式觀察，至為顯著，無待更查，已足判定；所謂不可信之情況，則從信用性著眼，例如由筆錄內容，或相關錄音、錄影資料檢視、播放，存有強暴、脅迫、非法利誘等不正情形之文字、音聲、影像。**此種除外情況是否存在，因尚不涉及被訴實體認定之事實，僅以自由證明即足，被告或其辯護人雖可主張，但須約略釋明，不能憑空一概否定，法院就此爭議，當依卷內訴訟資料判斷之，非謂當事人一有爭執，即應排除其證據之適格。**」再者，最高法院部分判決主張是否具有「顯有不可信性」之例外情形，法院應就偵查筆錄製作之原因、

過程及其功能等加以觀察其信用性，據以判斷之，被告對此並不負舉證證明之義務。譬如最高法院 96 年度台上字第 1407 號判決所指：「刑事訴訟法第一百五十九條之一第二項規定：『被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據』；其是否具有『顯有不可信性』之例外情形，法院應就偵查筆錄製作之原因、過程及其功能等加以觀察其信用性，據以判斷之，被告對此並不負舉證證明之義務。」

### 參、須由被告自行舉證者

最高法院另有判決指出，主張不可信積極存在之一方（顯有不可信之情況之訴訟當事人），自應就欠缺可信性之情況負舉證責任。例如最高法院 98 年度台上字第 2904 號判決有謂：「被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據，刑事訴訟法第一百五十九條之一第二項定有明文。蓋現行法之檢察官仍有訊問被告、證人及鑑定人之權限，其應踐行之程序又多有保障被告或被害人之規定，證人、鑑定人於偵查中亦均須具結，就刑事訴訟而言，其司法屬性甚高；而檢察官於偵查程序取得之供述證據，其過程復尚能遵守法令之規定，是其訊問時之外部情況，積極上具有某程度之可信性，除消極上顯有不可信之情況者外，均得為證據。故主張其為不可信積極存在之一方，自應就此欠缺可信性外部保障之情形負舉證責任。」另外，亦有判決指摘被告、辯護人、輔佐人若主張其顯有不可信之情形者，本乎當事人主導證據調查原則，自應負舉證責任者，諸如最高法院 98 年度台上字第 4785 號及 96 年度台上字第 5684 號判決說道：「……然因檢察官訊問證人、鑑定人等被告以外之人時，均能遵守法律規定而不致違法取供，並令具結，可信性極高，為兼顧理論與實務，乃於同法第一百五十九條之一明定檢察官於偵查程序取得被告以外之人所為陳述，除顯有不可信之情況者外，均有證據能力，得為證據。故被告等當事人、代理人、辯護人、輔佐人若主張其顯有不可信之情形者，本乎當事人主導證據調查原則，自應負舉證責任，否則，被告以外之人向檢察官所為之陳述，毋庸另為證明，即得作為認定被告犯罪之證據。」

除此之外，最高法院亦有判決採取本案是否經「依法具結」，而異其證明負擔之決定的情形。譬如最高法院 100 年度台上字第 6007 號判決所指：「……是以被告以外之人在檢察官偵查中所為之陳述，若有『顯有不可信』之情況者，即無上開規定之適用。至於有無不可信之情況，法院應依卷證資料，就該被告以外之人於陳述時之外在環境及情況(諸如：陳述時之心理狀況、有無受到外力干擾等)，予以綜合觀察審酌，而為判斷之依據。故當事人若主張『依法具結』之陳述顯有不可信之情形者，本乎當事人主導證據調查原則，固應負舉證責任。惟檢察官倘非以證人之身分傳喚共同被告、告訴人等，而未依法具結所為之陳述，如被告已釋明因該等陳述未經具結而欠缺可信性時，即應改由檢察官負舉證責任。<sup>257</sup>」

## 第二款 審判外不一致陳述

### 壹、主張應由檢察官負證明負擔者

最高法院有判決指摘使用該項證據者，應就該陳述具備特信性要件，盡其提出證據適格之形式舉證。例如最高法院 98 年度台上字第 7970 號判決有云：「刑事訴訟法第一百五十九條之二規定，被告以外之人於司法警察(官)調查中所為之陳述，原則上無證據能力，僅於該陳述與審判中不符，並具有較可信性之特別情況(下稱特信性)及為證明犯罪事實存否所必要時，始例外承認得為證據。故使用該項證據者，應就該陳述具備特信性要件，盡其提出證據適格之形式舉證；然後再由法院就其排除或滿足證據能力條件之存否，為必要之調查、審認，並為扼要之說明。」準此以言，倘該被告以外之人於審判外之先前陳述，係檢察官所提出者，自亦不能豁免其就證據適格之要件應盡舉證之責任，最高法院 99 年度台上字第 1721 號及 99 年度台上字第 1718 號判決亦同此旨，值得參照。

據上所述，事實審法院就此項證據能力有無之爭議，若未命檢察官負擔證明責任，經被告上訴最高法院後，極有可能被撤銷發回。例如最高法院 99 年度台

<sup>257</sup> 最高法院 102 年度台上字第 897 號及 102 年度台上字第 39 號判決同此意旨，足供參佐。

上字第 3899 號判決指摘：「原判決認證人高嘉宏關於究係向上訴人購買，或委託合買第三級毒品一節，因高嘉宏於原審否認向上訴人購買毒品，並證稱其警詢曾遭警逼供、刑求等語，其警詢陳述與審判中證言不符，則高嘉宏之警詢有何特別可信之情況，即應調查。原審未就高嘉宏警詢陳述之證據適格要件為調查，亦未令提出該項傳聞證據之檢察官為舉證，逕以高嘉宏於檢察官偵查時之陳述與警詢供述內容相符，及警詢證述距案發日較近，記憶自較深刻，較無來自上訴人在場之壓力而出於虛偽不實之指證，或事後串謀而故為迴護上訴人之機會等語，而認其警詢陳述具有較可信之特別情況，自有可議。<sup>258</sup>」

## 貳、由法院職權調查者

最高法院有判決明確指摘證據能力之有無屬於法院應依職權調查審酌之程序事項，並不因檢察官、自訴人、被告或其他訴訟關係人就該等要件未能舉證或指出證明方法，法院即得認定其無證據能力，而豁免調查之責。譬如最高法院 100 年度台上字第 4168 號判決指出：「被告以外之人於檢察事務官、司法警察(官)調查中所為之陳述，因屬傳聞證據，其證據能力之有無，悉依刑事訴訟法第一百五十九條之二、第一百五十九條之三、第一百五十九條之五等相關規定所定之要件是否充足為判斷，且屬法院應依職權調查審酌之程序事項，並不因檢察官、自訴人、被告或其他訴訟關係人就該等要件未能舉證或指出證明方法，法院即得認定其無證據能力，而豁免調查之責。此與同法第一百五十六條第三項，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，指出證明之方法之規定，尚有不同。」另外，實務運作上，由事實審逕依職權閱卷後並於理由交代有無證據能力之作法並獲得最高法院之認可者，亦屬常態<sup>259</sup>。

<sup>258</sup> 最高法院 99 年度台上字第 1102 號及 98 年度台上字第 7405 號判決亦同此旨。

<sup>259</sup> 最高法院 100 年度台上字第 6957 號、99 年度台上字第 5695 號及 97 年度台上字第 4185 號判決，足資參照。

### 第三款 在司法警察人員面前所為之陳述筆錄

#### 壹、主張應由檢察官負證明負擔者

最高法院 100 年度台上字第 699 號判決理由指出，按檢察官依第 161 條第 1 項前段規定就被告犯罪事實，應負舉證責任，必須盡其提出證據之形式舉證責任，主張所謂提出證據，應包括該證據具備證據適格（證據能力）之舉證。該號判決指出：「被告以外之人於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，係屬傳聞證據，於符合法律特別規定得為證據之情形，始取得證據適格。是法院或受命法官於被告或辯護人對於上開傳聞證據表示不同意作為證據時，即應依刑事訴訟法第二百七十三條第一項第五款規定，曉諭提出該項證據之檢察官為證據調查之聲請，俾憑供為審認判斷有無同法第一百五十九條之二、第一百五十九條之三規定之適用，其提出證據之舉證始謂已盡。<sup>260</sup>」

#### 貳、由法院職權調查者

最高法院有判決認為傳聞證據有無證據能力，係屬於法院職權調查之事項，不因檢察官、自訴人、被告或其他訴訟關係人就該等要件未能舉證或指出證明方法，法院即得認定其無證據能力，而豁免調查之責。諸如最高法院 96 年度台上第 3922 號判決有謂：「被告以外之人於檢察事務官、司法警察（官）調查中所為之陳述，因屬傳聞證據，其證據能力之有無，悉依刑事訴訟法第一百五十九條之二、第一百五十九條之三、第一百五十九條之五等相關規定所定之要件是否充足為判斷，且屬法院應依職權調查審酌之程序事項，並不因檢察官、自訴人、被告或其他訴訟關係人就該等要件未能舉證或指出證明方法，法院即得認定其無證據能力，而豁免調查之責。此與同法第一百五十六條第三項，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，指出證明之方法之規定，尚有不同。」另外，最高法院亦有判決主張，應由主張該項陳述得為證據之一方先為之釋明，再

<sup>260</sup> 最高法院 100 年度台上字第 4256 號判決同此意旨。

由法院介入為必要之調查，並扼要說明其得為證據之理由者。例如最高法院 98 年度台上字第 7015 號判決說道：「刑事訴訟法第一百五十九條之三，係為補救採納傳聞法則，實務上所可能發生蒐證困難之問題，於本條所列各款原始陳述人於審判中無法到庭或雖到庭而無法陳述或無正當理由拒絕陳述之情形下，承認該等審判外之陳述，於具備『絕對的特別可信情況』與『使用證據之必要性』要件時，得為證據之規定。……凡此概屬構成傳聞例外證據能力之要件，係屬於對訴訟事實之證明，雖以自由證明為已足，但仍應由主張該項陳述得為證據之一方先為之釋明，再由法院介入為必要之調查，並扼要說明其得為證據之理由，始為適法。」

### 參、須由被告自行舉證者

台灣高等法院 100 年度重上更（二）字第 18 號判決有謂：「**被告及其辯護人並未提出事證足以說明 A 女警詢時有受不當外力干擾情形**，另據證人即製作 A 女警詢筆錄之警員劉文錦於偵訊時證稱 A 女警詢筆錄是在 A 女自由意志下所為之紀錄，堪認 A 女警詢筆錄有值得信賴合法之外觀，其證述應出於『任意性』，復 A 女於歷審法院審理期間，因出入境頻繁或滯留國外而傳喚不到，被告及辯護人亦捨棄傳喚，有 A 女之入出境資訊連結作業、A 女回證資料在卷可查，本院自無從於審理中再取得 A 女證述被告犯罪等與警詢相同內容之陳述，其警詢所述顯有證明被告犯罪事實存否所必要，A 女警詢陳述依刑事訴訟法第 159 條之 3 第 3 款規定，自有證據能力。」此項須由被告或其辯護人提出證據證明之見解，獲得本案最高法院 102 年度台上字第 692 號判決支持。

## 第四款 特信性文書

### 壹、公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書

究竟第 159 條之 4 第 1 款規定「公務員職務上製作之特信性文書」之可信性的證明負擔之決定為何？本文研究發現，最高法院鮮少判決就此表示意見，僅有

2 筆判決是間接肯認事實審逕依職權調查的作法。例如台灣高等法院台中分院 100 年度重上更（四）16 號判決指出：「按除顯有不可信之情況外，公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書；從事業務之人於業務上或通常業務過程所須製作之紀錄文書、證明文書，得為證據，刑事訴訟法第一百五十九條之四第一、二款定有明文。因公務文書、業務之紀錄文書，在兼具公示性、例行性或機械性、良心性及制裁性等原則下，雖屬傳聞證據，例外容許作為證據使用。因此，採取容許特信性文書作為證據，應注意該文書之製作，是否係於例行性的公務或業務過程中，不間斷、有規律而準確之記載，因其無預見日後可能會被提供作為證據之偽造動機，其虛偽之可能性小，除非該等紀錄文書有顯然不可信之情況，否則有承認其為證據之必要。本案中臺中縣議會分層負責明細表、臺中縣議會中華民國八十七年度、八十八年下半年及八十九年度、九十年度的預算表、臺中縣議會報銷黏貼憑證用紙及用餐人員名單、高雄市議會粘貼憑證用紙、高雄市議會議長宴客名單及高雄市議會公關室組員崔萱傑之簽認單均屬例行性的公務紀錄文書；……均本於日常業務所為之紀錄文書，尚無顯有不可信之情況，均應認為具有證據能力。<sup>261</sup>」

反之，最高法院亦有判決認為應由提出異議之被告自行舉證者，譬如最高法院 96 年度台上字第 3126 號判決指摘：「另公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書，除顯有不可信之情況外，得為證據，刑事訴訟法第一百五十九條之四第一款定有明文。是上開文書原則上具證據能力，當事人若未舉證主張顯有不可信之例外情況時，自無於理由內就『無顯有不可信之情況』再為說明之必要。」

## 貳、從事業務之人於業務上或通常業務過程所須製作之紀錄文書、證明文書

有關第 159 條之 4 第 2 款所謂「業務上製作之特信性文書」之可信性的證明負擔之決定？關此，有主張應由檢察官負擔證明責任者，例如台灣高等法院台南分院 96 年度金上重訴 220 號判決說道：「經查，被告申○○雖自承該名冊係因為

<sup>261</sup> 此由法院逕依職權調查之作法獲得本案最高法院 101 年度台上字第 6000 號判決之認同。

其於九十一年十月間將阜東證券股份有限公司的申請案送審，為了阜東證券公司將來的運作，預設之職位其令員工製作，但該名冊並無具體製作人之簽章，係屬何人何時製作，是否該人業務上之製作之文書，均屬不明，從而難認係從事業務之人於業務上或通常業務過程所須製作之紀錄文書、證明文書，況該名冊亦非通常業務過程不間斷、有規律而準確之記載，自非屬上開條項規定之業務文書，而查公訴人亦未舉證證明有何可信性，且申○○於原審及本院均稱該名冊係為籌設阜東證券公司預設職位所用，是亦無從證明與本案詐欺等犯行有何關聯性，故無證據能力。<sup>262</sup>」

另外，最高法院亦有判決認為應由被告自行舉證者，比如最高法院 98 年度台上字第 4222 號判決稱謂：「第一百五十九條之四第二款仿效日本傳聞例外容許之立法例，基於傳聞證據本質上固有之可信賴性，從事業務之人於業務上或通常業務過程所須製作之紀錄文書、證明文書，除顯有不可信之情況外，具有證據能力。原判決所採認綵帝、禾星、開天地公司及相關機關從事業務之人於業務上或通常業務過程所須製作之紀錄文書或證明文書，凡一百七十一件，核屬刑事訴訟法第一百五十九條之四第二款規定例外容許之傳聞證據，乙○○對之亦未舉證證明有何顯有不可信之情況，所為無證據能力之主張，亦不足取。」

### 參、其他於可信之特別情況下所製作之文書

關於第 159 條之 4 第 3 款所謂「特別可信文書」之可信性之證明負擔的決定為何？就此，最高法院 94 年度台上字第 4584 號判決指摘，應由檢察官就此例外要件負擔證明責任，系爭判決說道：「刑事訴訟法第一百五十九條之四規定『除前三條之情形外，下列文書亦得為證據：一、除顯有不可信之情況外，公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書。二、除顯有不可信之情況外，從事業務之人於業務上或通常業務過程所須製作之紀錄文書、證明文書。三、除前二款之情形外，其他於可信之特別情況下所製作之文書。』上開從事業務之人於業務上或通常業

<sup>262</sup> 本案最高法院 97 年度台上字第 4315 號判決就此觀點予以贊同。

務過程所需製作之文書例如商業帳簿、航海日誌等，原則上得為證據，反對之一方必須證明該文書顯有不可信之情況，始能排除該文書作為證據；至於第三款之其他文書，係指必須具備與公務員職務上製作之文書及業務文件具有同等程度可信性之文書，如官方公報、統計表、體育紀錄等，但此必須由提出之人證明該文書係在『可信之特別情況下所製作』，始得作為證據。」

除認為須由檢察官負證明負擔者外，最高法院多數意見則係肯認事實審依職權閱卷並於理由交代之作法。諸如最高法院 102 年度台上字第 639 號、101 年度台上字第 6554 號、98 年度台上字第 7970 號、97 年度台上字第 3508 號及 97 年度台上字第 2093 號及判決，足供參佐。

### 第三項 學說見解

第一，遇被告抗辯證人在檢察官面前所為之陳述「顯有不可信之情況」而無證據能力時，就此爭議之證明負擔決定為何？學理上有認為，提出該項證據調查聲請之當事人應負舉證責任<sup>263</sup>。亦即應由檢察官就該訊問筆錄具有「可信性之特別情況」（所謂「可信性之特別情況」，係指陳述經過沒有受其他外力影響而可信，指作陳述之情況，尚未到證據價值判斷）之客觀事實證明之，如此始符檢察官就被告犯罪事實負舉證責任之真意<sup>264</sup>。惟應由主張證據排除之一方（即被告）釋明之，再由檢察官舉證證明此項情況之不存在<sup>265</sup>。

另有學者持相反的意見，認為應由提出異議之被告負擔證明，例如主張所謂被告不負舉證責任者，對照第 161 條及第 161 條之 1 可知，乃係針對被訴事實而言，倘若主張第 159 條之 1 第 2 項「顯有不可信之情況」者，應仍有指出證明方

<sup>263</sup> 黃朝義，前揭註 36 書，頁 498；黃朝義，前揭註 166 書，頁 220。

<sup>264</sup> 林俊益，我國傳聞法則之例外規定，收錄於傳聞法則理論與實踐，元照，2004 年 9 月，頁 137；林俊益，本土化傳聞法則之實踐—實施一年後之實務分析，月旦法學雜誌，第 114 期，2004 年 11 月，頁 111-112；林俊益，我國傳聞法則之研究，法官協會雜誌，第 5 卷 2 期，2003 年 12 月，頁 51。

<sup>265</sup> 蔡碧玉，二 0 0 三年刑事訴訟法新修正條文簡介（五），法務通訊，第 2143 期，2003 年 7 月，頁 3。

法之責任<sup>266</sup>。另外，有論者就此不甚明確地傾向由異議者負擔證明責任認為，第 159 條之 1 第 2 項乃附加「無顯有不可信之情況」為條件而賦予證據能力。所謂「顯有不可信」者，係指其無待進一步調查，從卷證本身作形式上觀察，一望即可就其陳述予以發現者而言，此除主張其為不可信積極存在之一方應予證明或是該供述者本身所指明者外，其為法院依職權所發現者，仍亦有其適用<sup>267</sup>。

第二，在證明證人於審判中與審判外不一致陳述（翻供）之情形，多數意見認為由於第 159 條之 2「可信性之情況保證」屬於證據能力之要件，應由主張該項陳述得為證據之人負擔證明<sup>268</sup>。亦即檢察官應就此「有較可信之特別情況」客觀事實負舉證責任。法院應就該審判外之陳述（例如市調處之調查筆錄），如何符合例外規定方有證據能力，於判決理由說明之<sup>269</sup>。此外，另有論者於解釋第 159 條之 2 規定時，先說明所謂「與審判中不符」、「較可信之特別情況」及「證明犯罪事實存否所必要」等三項要件後，指出是否為證明犯罪事實存否所必要，則應就具體案情及相關證據予以判斷。此等要件之存在，應由主張其得作為證據者負舉證責任<sup>270</sup>。

第三，當被告主張在司法警察人員面前所為之陳述筆錄無證據能力時，有學者認為，檢察官必須就「具有可信之特別情況」且「為證明犯罪事實之存否所必要」與第 159 條之 3 的四款原因之一的事實，負舉證責任<sup>271</sup>。惟另有論者指出，被告雖無舉證責任，但法院仍應促其指出證明方法以提出有利證據（第 95 條第 4 款、第 96 條、第 161 條之 1 及第 288 條之 1 第 2 項參照）<sup>272</sup>。

第四，在檢察官主張使用特信性文書之情形，有學者針對第 159 條之 4 第 1 款的文書，認為有此「不可信」之一方，固應負舉證責任，惟由法院亦可本於職

<sup>266</sup> 朱石炎，前揭註 129 書，頁 185。

<sup>267</sup> 林永謀，前揭註 69 書，頁 104。

<sup>268</sup> 林俊益，前揭註 264 書，頁 187；蔡碧玉，前揭註 265 文，頁 4；吳巡龍，刑事證據法入門：第二講—傳聞法則，月旦法學教室，第 55 期，2007 年 5 月，頁 57。

<sup>269</sup> 林俊益，前揭註 264 文，頁 113。

<sup>270</sup> 林永謀，前揭註 69 書，頁 107。

<sup>271</sup> 林俊益，前揭註 264 文，頁 114-115；林俊益，前揭註 264 文，頁 67。

<sup>272</sup> 朱石炎，前揭註 129 書，頁 188-189。

權予以發現<sup>273</sup>。亦有主張第 159 條之 4 第 1 款與第 2 款規定，公務員或從事業務之人職務上或業務上作成之文書，原則上得為證據，反對之一方必須證明該文書「顯有不可信之情況」，始能排除該文書證據。至於其他文書，依第 3 款規定，必須由提出人證明文書係在「可信之特別情況下所製作」，始得為證據<sup>274</sup>。另有學者立於檢察官及司法警察皆具有公務員之性質與保障被告反對詰問權之觀點出發，認為第 159 條之 4 第 1 款及第 2 款之文書，均具有高度之正確性，故不妨將其採為證據。然而，檢察官及司法警察官員均屬於公務人員，故如許檢察官或司法警察官員以傳聞法則之例外，使用公務機關或公務人員所製作之文書作為證據，而使製作人就其文書之記載內容得不經被告或其辯護人之反對詢問，則對被告甚為不公，因此，檢察官方面如欲以上述諸文書作為證據時，必須聲請傳喚製作該文書之公務人員到庭，以供被告方面反對詢問<sup>275</sup>。

#### 第四項 本文評析

本文以為，理論上基於舉證之公平性原則及當事人進行之訴訟架構，於刑事程序中提出證據聲請調查之當事人本應就其所提證據具備於法庭上調查之資格，負證明負擔，較為合理。蓋提出證據聲請調查之當事人，對於證據取得的過程及其內容如何，相較於有異議之當事人而言，知之甚稔，使其證明該證據有無瑕疵，較無困難之處；反之，如當庭要求聲明異議之當事人證明該證據係不具可信之情況，顯屬過重而不合理的負擔，實質上亦構成了對反對詰問權的侵害。詳言之，倘若要求提出異議之當事人負擔證明責任，其勢必得去瞭解整個訊問過程，然而，基於偵查不公開原則，被告通常不會在訊問的現場，職是，責由有異議者負擔證明責任，無異是強人所難，有失公允，另外，法院可能須要展延審判期日以騰出時間進行準備，如此亦將不當造成訴訟之延滯。職是之故，應有的作法是，遇被告陳述該證據係為傳聞證據，或是不具可信之特別情況並加以形成爭點時，自應由使用該項證據者就傳聞證據具有可信性之要件盡其證明負擔。

<sup>273</sup> 林永謀，前揭註 69 書，頁 110。

<sup>274</sup> 王兆鵬，論最新修正刑事訴訟法之傳聞法則，萬國法律，第 128 期，2003 年 4 月，頁 9。

<sup>275</sup> 黃東熊、吳景芳合著，前揭註 31 書，頁 416；黃東熊，前揭註 108 書，頁 77。

另外，有必要說明者係，此項證明活動，不宜由法院本於職權調查的理由，越俎代庖地逕為必要的調查。蓋逕依職權調查的作法不僅與由當事人主導證據調查之修法精神不符，同時難免發生審判者對於證據證明力之自由心證的判斷前置影響到證據能力有無的認定，尤其在第 264 條第 3 項「卷證併送」的影響下，是否採用審判外之傳聞證據，容易因為法院職權調查的結果，繫於傳聞證據的內容有無一定證據價值，而非其外部情況的可信性。

### 第一款 在檢察官面前所為之陳述

從【圖 6】顯示，最高法院面對第 159 條之 1 第 2 項訊問筆錄之證明時，有逾半數（52.17%）的判決認為，應由主張適用該傳聞陳述之當事人證明該陳述具有可信之情況。將近 34 個百分比（33.91%）的判決認為，應由聲明異議之當事人舉證證明該傳聞陳述係為顯有不可信之情況。至於，主張應由法院或支持事實審法院職權調查者，則有將近 14 個百分比（13.91%）。由是觀之，最高法院仍有將近一半的判決並非由使用該項證據之檢察官就其具有可信之特別情況負擔證明責任，揆諸上開說明，並非妥適，宜儘速修正。

準此以觀，最高法院 95 年度台上字第 362 號判決略謂：「何季芳之選任辯護人於原審具狀稱：呂長松、侯雪玉在偵查中之證言，未經具結，檢察官復未證明其陳述並無顯不可信之情況，應無證據能力等語。原判決對於此項抗辯，恣置不論，僅泛謂呂長松、侯雪玉在偵查中向檢察官所為之陳述，辯護人未提出其陳述有何顯不可信之情況，依刑事訴訟法第一百五十九條之一第二項規定，應認有證據能力，並採為判決之基礎，不但倒置檢察官應負之實質舉證責任，違悖證據法則，併有判決不載理由之當然違背法令。上訴意旨指摘原判決違背法令，尚非全無理由，應認仍有撤銷發回更審之原因。」此項見解認為應由檢察官就具有可信之情況應負擔證明責任，方符證據法則，洵屬的論。

再者，最高法院有判決依據是否「依法具結」而異其證明負擔之結果，認為

當事人若主張「依法具結」之陳述顯有不可信之情形者，本乎當事人主導證據調查原則，應負舉證責任。惟檢察官如非以證人之身分傳喚共同被告、告訴人等，而未依法具結所為之陳述，如被告已釋明因該等陳述未經具結而欠缺可信性時，即應改由檢察官負舉證責任（102 台上 897、101 台上 6007、100 台上 5925 及 97 台上 5973）。惟以是否「具結」作為標準，不無疑義。蓋具結僅能作為可信性的判斷標準之一，而非絕對且唯一。申言之，檢察官要求證人具結此一程序，雖可以擔保證人到庭陳述的真實性，惟如此反而更具有強制色彩，亦即在偵查不公開的原則下，命證人具結，本質上即具有一定程度的誘導或強制性，而且當事人或其辯護人並未在場，此時證人陳述可能非出於任意，其可信性難以擔保。職是，最高法院部分判決以是否「依法具結」此唯一標準決定證明負擔，難謂妥適。

最高法院有 33.91% 的判決主張必須由異議之被告負擔證明責任，委實不當。蓋不論第 159 條之 1 第 2 項之條文用語如何，訊問筆錄本質上仍屬傳聞證據，由聲請調查訊問筆錄之檢察官負證明責任，較合乎證明負擔之公平性原則。試想偵查中檢察官訊問證人時，被告原則上並未參與其中，其如何充分證明有何不可信之情況。職是之故，應由提出證據聲請調查之當事人（檢察官或自訴人）就其所提之證據係具有證據能力乙事，負擔證明責任，方屬正辦。

## 第二款 審判外不一致陳述

依據【圖 7】顯示，最高法院有將近 67 個百分比（66.66%）的判決認為，傳聞證據，其證據能力之有無，悉依刑事訴訟法第一百五十九條之二、第一百五十九條之三、第一百五十九條之五等相關規定所定之要件是否充足為判斷，且屬法院應依職權調查審酌之程序事項，並不因檢察官、自訴人、被告或其他訴訟關係人就該等要件未能舉證或指出證明方法，法院即得認定其無證據能力，而豁免調查之責。此項由法院職權調查義務之立場，容有斟酌餘地。蓋有無可信情況的爭議，如歸由法院逕依職權調查，與由當事人主導證據調查之修法意旨不符，此外，在卷證併送的影響下，法院是否採用審判外之傳聞證據，容易因職權調查而

取決於傳聞證據的內容有無一定的證據價值，而非其外部情況的可信性。

相對於法院職權調查的作法，最高法院 98 年度台上字第 7970 號判決指出：「刑事訴訟法第一百五十九條之二規定，被告以外之人於司法警察（官）調查中所為之陳述，原則上無證據能力，僅於該陳述與審判中不符，並具有較可信性之特別情況（下稱特信性）及為證明犯罪事實存否所必要時，始例外承認得為證據。**故使用該項證據者，應就該陳述具備特信性要件，盡其提出證據適格之形式舉證；**然後再由法院就其排除或滿足證據能力條件之存否，為必要之調查、審認，並為扼要之說明。」再者，同院 99 年度台上字第 1721 號及 99 年度台上字第 1718 號判決更進一步說道：「**倘該被告以外之人於審判外之先前陳述，係檢察官所提出者，自亦不能豁免其就證據適格之要件應盡舉證之責任。**」此項由使用該項證據者負擔證明責任的見解，洵屬的論，殊值可採。

最後，值得附帶一提的是，在最高法院 95 年度台非字第 204 號判決中，連身為原告的檢察總長於提起非常上訴時，亦明確表示關於第 159 條之 2 及同條之 3 所定可信之特別情況，如為檢察官提出該審判外之陳述並聲請調查者，應由檢察官負擔證明責任。惟最高法院仍支持原審判決採職權調查的作法，此之運作方式不免讓人有角色顛倒的錯覺，並非穩妥。

### 第三款 在司法警察人員面前所為之陳述筆錄

最高法院有將近 82 個百分比（81.81%）的判決（參【表 9】與【圖 8】）認為，應由法院職權調查或是支持事實審法院逕依職權調查之作法。目前多數法院偏重職權調查的立場，委實不妥，宜儘速改採以曉諭聲請調查傳聞證據之當事人負擔證明責任的方式為之，方為正辦。例如最高法院 100 年度台上字第 699 號判決所指：「**是法院或受命法官於被告或辯護人對於上開傳聞證據表示不同意作為證據時，即應依刑事訴訟法第二百七十三條第一項第五款規定，曉諭提出該項證據之檢察官為證據調查之聲請，俾憑供為審認判斷有無同法第一百五十九條之二、**

第一百五十九條之三規定之適用，其提出證據之舉證始謂已盡。」附言者係，主張使用傳聞證據之當事人負證明負擔的依據，乃基於證明負擔的合理性及公平性之考量，而非逕援引第 161 條第 1 項作為依據。

#### 第四款 特信性文書

關於第 159 條之 4 第 1 款「公務員職務上製作之特信性文書」、第 2 款「業務上製作之特信性文書」及第 3 款「特別可信文書」之特別可信之證明活動為何。本文認為，應由聲請證據調查之一方當事人負責證明，較為妥適。倘非如是，由異議之當事人去設法證明對造所使用的文書之製作過程有何不可信之情況，實際上有其困難之處，難以想像。職是，檢察官於審判期日聲請調查某項公務員執行職務所製作之文書時，遇被告異議無證據能力時，自應由檢察官就此等文書具備「可信性之情況保證」負證明負擔，較為合理。

勘查最高法院 96 年度台上字第 3126 號判決指出：「公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書，除顯有不可信之情況外，得為證據，刑事訴訟法第一百五十九條之四第一款定有明文。是上開文書原則上具證據能力，當事人若未舉證主張顯有不可信之例外情況時，自無於理由內就『無顯有不可信之情況』再為說明之必要。」斯項見解誤解為應由被告負擔證明責任，宜允改正。另外，同院 98 年度台上字第 4222 號判決認為，應由異議之被告就第 159 條之 4 第 2 款具有顯不可信一事，負擔證明責任，亦宜儘速修正。

值得贊同的是，最高法院 94 年度台上字第 4584 號判決肯認應由使用該項證據者，須證明第 159 條之 4 第 3 款之文書係在可信之特別情況下所製作，始得作為證據。又本號判決基本上是採二分法之模式：其一，第 1 款及第 2 款：應由聲明異議之當事人證明有不可信之情況。其二，第 3 款：應由聲請調查之當事人證明該文書具有特信性。有趣的是，為何同屬第 159 條之 4 所定之特信性文書卻有不同的證明負擔？就此，該號判決並未有明確的論述。若僅是單純因為條文的差

異，亦即第 1 款與第 2 款有「除顯有不可信之情況外」之明文規定，而第 3 款則無此明文，其論證上顯有不足之處。實則，第 159 條之 4 第 3 款之文書之所以與同條第 1 款公務員職務上製作之文書及第 2 款從事業務之人業務上製作之文書同屬傳聞之例外規定，其理由在於，此三款文書均因具有公示性、例行性等特徵，具備「特信性之情況保證」而有證據能力。循此而論，實務運作上就第 159 條之 4 的三款特信性文書之證明負擔決定，理應一視同仁，不應有不合理的差別待遇，而係均應歸由聲請調查之當事人負擔證明該文書係在「可信之特別情況下」所製作，使其具有證據能力。

### 第三節 證明方法

#### 第一項 基本觀察

本文先以「第一百五十九條之一第二項&（舉證+釋明）」、「第一百五十九條之二&（舉證+釋明）」、「第一百五十九條之三&（舉證+釋明）」及「第一百五十九條之四&（舉證+釋明）」為全文檢索語詞，輔以民國 92 年 9 月 1 日至 102 年 3 月 31 日為裁判日期進行搜尋，大約搜得 574 筆最高法院判決。又學理上有關證明方法，基本上有「嚴格證明」與「自由證明」之區別，爰再以「第一百五十九條&（嚴格證明+嚴格的證明+嚴格之證明）」及「第一百五十九條&（自由證明+自由的證明+自由之證明）」兩組關鍵詞搜尋，約略搜得 186 筆判決。

本文研究發現，主張第 159 條之 1 第 2 項「顯有不可信」之證明方法以「自由證明」即可者：有 2 筆<sup>276</sup>。第 159 條之 2「其先前之陳述具有較可信之特別情況」，以「自由證明」即為充足者：有 25 筆<sup>277</sup>。第 159 條之 3「經證明具有可信

<sup>276</sup> 最高法院 100 年度台上字第 5796 號及 101 年度台上字第 5182 號判決。

<sup>277</sup> 最高法院 101 年度台上字第 5856 號、101 年度台上字第 2858 號、101 年度台上字第 2359 號、100 年度台上字第 6970 號、100 年度台上字第 6527 號、100 年度台上字第 1977 號、100 年度台上字第 1594 號、100 年度台上字第 1339 號、100 年度台上字第 284 號、99 年度台上字第 7035 號、99 年度台上字第 6772 號、99 年度台上字第 4631 號、99 年度台上字第 4269 號、99 年度台上字第 4123 號、99 年度台上字第 2825 號、99 年度台上字第 2279 號、99 年度台上字第 2030 號、99 年度台上字第 1919 號、99 年度台上字第 1718 號、99 年度台上字第 1721 號、99 年度台上字第 106 號、98 年度台上字第 7662 號、98 年度台上字第 6398 號、98 年度台上字第 5851 號及 97 年度台上字第 1321 號判決。

之特別情況」之要件事實，透過「自由證明」即為已足者：有 5 筆<sup>278</sup>。值得關注的是，另有判決指出第 159 條之 2「可信性」之證明方法，須經過「嚴格證明」始足當之者：有 3 筆<sup>279</sup>。至於，第 159 條之 4 的三款特信性文書的證明方法，目前最高法院並無相關判決表示意見。

## 第二項 實務立場

有關第 159 條之 1 第 2 項「顯有不可信」要件之證明方法，經查最高法院 101 年度台上字第 5182 號判決指出：「**惟證據適格與否，以自由證明為足**。本院審酌葉榮宗於檢察官訊問時，其選任辯護人始終在場，故其自白之出於任意性，應足以擔保，而其之陳述，更與外國立法例上構成傳聞例外之『違反己身利益之陳述』情形相當。是其先前之陳述具有較可信之特別情況，且有使用該證據之必要性，自仍無損其得為證據之本質。」再者，同院 100 年度台上字第 5796 號判決有謂：「……此所稱顯然，係指從卷存資料作形式觀察，至為顯著，無待更查，已足判定；所謂不可信之情況，則從信用性著眼，例如由筆錄內容，或相關錄音、錄影資料檢視、播放，存有強暴、脅迫、非法利誘等不正情形之文字、音聲、影像。**此種除外情況是否存在，因尚不涉及被訴實體認定之事實，僅以自由證明即足**，被告或其辯護人雖可主張，但須約略釋明，不能憑空一概否定，法院就此爭議，當依卷內訴訟資料判斷之，非謂當事人一有爭執，即應排除其證據之適格。」

其次，關於第 159 條之 2「其先前之陳述具有較可信之特別情況」之證明方法，最高法院多數意見認為僅需透過「自由證明」即為已足。例如最高法院 101 年度台上字第 5856 號判決所指：「……**又該條所定傳聞例外之『具有較可信之特別情況』要件，係就被告以外之人在檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中與審判中所為陳述之背景，依事物之一般性、通常性與邏輯之合理性為比較、判斷何者具有信用性，純屬就供述任意性以外證據能力之審查，無關乎證據憑信**

<sup>278</sup> 最高法院 100 年度台上字第 4521 號、100 年度台上字第 1914 號、99 年度台上字第 1892 號、98 年度台上字第 7015 號及 98 年度台上字第 5955 號判決。

<sup>279</sup> 最高法院 101 年度台上字第 442 號、99 年度台上字第 6611 號及 93 年度台上字第 2645 號判決。

性之衡量，此一要件之具備，雖以自由證明為已足，但所謂自由證明，僅係所使用之證據，其證據能力或證據調查之方式不受嚴格限制而已，仍必須與卷存證據相符，不得憑空想像，失之抽象，或為例稿式之記載。」另外，台灣高等法院暨所屬法院 94 年度法律座談會刑事類提案第 24 號多數意見亦認為，第 159 條之 2 所謂「具有較可信之特別情況」之事實，是屬於程序事項之爭議，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<sup>280</sup>。

然而，另有少數最高法院判決認為「具有較可信」之例外要件，應經過嚴格證明之方式，始足當之。例如最高法院 99 年度台上字第 6611 號判決指摘：「……惟所謂『具有較可信之特別情況』係指被告以外之人於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，從客觀上之環境或條件等情況加以觀察，有足以取代審判中反對詰問之可信性保證者而言；與一般供述證據必須具備任意性之證據能力要件有別，二者不可混為一談，且此係屬證據能力之規定，非屬證據證明力之問題。又此例外情形，自應有嚴格之證明，始符合上開規定，不得單憑警詢距案發時間較近，即逕謂該陳述較為可採。<sup>281</sup>」

<sup>280</sup> 臺灣高等法院暨所屬法院 94 年法律座談會刑事類提案第 24 號：

法律問題：被告以外之人於司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，與審判中不符時，其先前之陳述具有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據，刑事訴訟法第 159 條之 2 定有明文。至於「具有較可信之特別情況」之事實，應依嚴格證明法則或自由證明法則？討論意見：應依自由證明法則。

按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（最高法院 93 年度台上字第 2251 號判決參照）。至於刑事訴訟法第 159 條之 2 所謂「具有較可信之特別情況」，係指證人於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，與審判中不符，而其先前之陳述，從客觀上之環境或條件等情況加以觀察，有足以取代審判中反對詰問之可信性保證者而言。證人所為之先前陳述，相較於審判中之陳述，是否具有更可信之特別情況，應依其陳述時外部之客觀情況，綜合比較判斷之，不得僅以證人之先前陳述與案發時間接近，記憶清晰為由，遽認有證據能力；否則，警詢中之陳述恆較於審判中接近案發時間，無異直接容許證人在警詢中之陳述為證據，剝奪被告在審判中詰問證人之權利，有悖於直接審理主義及言詞審理主義，影響程序正義之實現（最高法院 94 年度台上字第 1785 號判決參照）。由此可知，「具有較可信之特別情況」之事實，是屬於程序事項之爭議，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。

提案機關：臺灣高等法院。

<sup>281</sup> 最高法院 101 年度台上字第 442 號及 93 年度台上字第 2645 號判決同此判決意旨，足資參照。

最後，有關第 159 條之 3 例外要件可信性之證明方法，勘察最高法院 99 年度台上字第 1892 號判決指出：「凡此概屬構成傳聞例外證據能力之要件，係屬於對訴訟事實之證明，雖以自由證明為已足。」同院 98 年度台上字第 7015 號及 98 年度台上字第 5955 號判決，亦同斯旨，足堪佐照。

### 第三項 學說見解

國內學者多數意見普遍認為，在判斷某項證據之證據能力時，因不涉及實體犯罪事實，僅為訴訟法上之證明，故以自由證明即為已足。我國法律雖未有明文規定，解釋上應也不受傳聞法則之規範。例如證人從海外寄信給警察，說明其因受被告威脅，不敢回國出庭，該信件雖是傳聞，但應可用來證明陳述人因可歸責於對造之事由而不能出庭，可據以考慮賦予其警詢筆錄證據能力<sup>282</sup>。準此以言，第 159 條之 1 第 2 項「顯有不可信之情況」，除主張其為不可信積極存在之一方，應予證明或是該供述者本身所指明者外，其為法院依職權所發現者，仍亦有其適用。因其係訴訟法上之事實，非關乎實體的問題，故以自由證明為已足<sup>283</sup>。再者，由於第 159 條之 2「可信性之情況保證」屬於證據能力之要件，其證明係屬於對訴訟事實之證明，以自由證明即可<sup>284</sup>。

比較法之觀點，日本實務審判上，有判決認為就存在特別可信情況是證據能力的要件，其證明屬於對訴訟事實的證明，以自由證明即可。此外，法院不需要使檢察官證明特別可信性（大阪高判昭 24・11・28 判特 10・40）而可以採取任意的調查（名谷屋高判昭 26・5・7 判特 27・88）<sup>285</sup>。附言者係，日本刑事訴訟法第 325 條之「任意性」的調查<sup>286</sup>，與自白任意性的證明方法相同，以

<sup>282</sup> 吳巡龍，我國傳聞法則實務問題的探討，收錄於刑事訴訟與證據法全集，新學林，2008 年 11 月，頁 471；吳巡龍，前揭註 268 文，頁 60。

<sup>283</sup> 林永謀，前揭註 69 書，頁 104。

<sup>284</sup> 丁中原，我國傳聞法則之例外規定，收錄於傳聞法則理論與實踐，元照，2004 年 9 月，頁 187；林永謀，前揭註 69 書，頁 107。

<sup>285</sup> 土本武司著，董璠與、宋英輝譯，前揭註 29 書，頁 361。

<sup>286</sup> 日本刑事訴訟法第 325 條規定：「裁判所は、第三百二十一条から前条までの規定により証拠とすることができる書面又は供述であつても、あらかじめ、その書面に記載された供述又は公判準備若しくは公判期日における供述の内容となつた他の者の供述が任意にされたものかど

適當的方法，亦即自由證明即可（最判昭 28・2・12 刑集 7・2・204）。

#### 第四項 本文評析

究竟傳聞例外要件「可信性」之證明，應採嚴格證明始足當之，或是自由證明即為已足？不無疑問。關此，本文以為，應從保障被告防禦權與發現真實的觀點出發判斷，視待證事實採取嚴格或自由證明法則是否會對於被告防禦權益與真實發現有重大影響而定。循此而論，可信性之證明是在判斷有無證據能力之問題，與國家刑罰權存在與否及其範圍之一切情狀並無直接必然的關聯，因無涉犯罪事實本身之認定，是故，原則上以自由證明即可。綜觀最高法院在處理此項證明活動時，基本上是採「**因不涉及被訴實體認定之事實，僅以自由證明即足**」之立場，就結論上而言，值得肯定。無庸如同最高法院 101 年度台上字第 442 號、99 年度台上字第 6611 號及 93 年度台上字第 2645 號判決所指須透過「嚴格證明」之方式為之。

有必要說明者係，雖以自由證明為已足，然而，自由證明毋寧僅是適度放寬嚴格證明法則之要件，而非謂法院得以全憑主觀意思恣意決定，倘若對於被告防禦權益與真實發現有重大影響之證據，則仍應合乎一定正當的調查程序，較為妥適。勘查最高法院 101 年度台上字第 5856 號判決所指摘，**此一要件之具備，雖以自由證明為已足，但所謂自由證明，僅係所使用之證據，其證據能力或證據調查之方式不受嚴格限制而已，仍必須與卷存證據相符，不得憑空想像，失之抽象，或為例稿式之記載。**此項觀點明確闡述自由證明仍有一定的限度，而非得以天馬行空，恣意認定，洵屬的論。

舉例言之，在最高法院 101 年度台上字第 2465 號判決中，事實審法院即依職權調閱相關卷宗資料，並勘驗檢察官之訊問光碟，以調查證人陳述時其外部附隨環境是否「顯有不可信」。其次，於證明第 159 條之 2「具有較可信」之場合，

---

うかを調査した後でなければ、これを証拠とすることができない。」

同院 100 年度台上字第 4256 號判決也指出，**法院或受命法官即應曉諭檢察官聲請傳喚該被告以外之人於審判程序為調查**，俾供定其審判外之陳述已否滿足刑事訴訟法第一百五十九條之二或第一百五十九條之三得為證據之傳聞例外。

值得提出說明的是，實務運作上，多數意見僅要求檢察官提出「具結文」即足以證明具有可信之情況保證，惟此項見解是不充分的。蓋傳聞證據是經由被告以外之人就某一事實或情狀先「知覺」後「記憶」再為「陳述」等一連串具有相當程度風險的過程所組合而成。職是，就主張適用第 159 條之 1 第 2 項、第 159 條之 2 及之 3 等傳聞證據的檢察官，就符合傳聞例外要件「可信性」之證明，除提出「具結文」以證明證人無虛偽陳述外，若被告說明該證人於陳述時之外部附隨情況不具有可信性之保證，並加以形成爭點時，例如抗辯案發當時天色昏暗、當時下著大雨而視線不清、證人的視覺存有障礙（如深度近視、色盲、閃光等），或是證人腦部曾經受有創傷而記憶力已明顯衰退等情形。此時，檢察官即必須更進一步就證人之「知覺」或「記憶」上並無錯誤風險乙事進行證明。質言之，檢察官必須提出案發當時的「天氣紀錄資料」、證人的相關「健康檢查報告」以證明其視覺或記憶力是屬於健全正常之狀態。另外，倘若被告陳述第 159 條之 4 的文書不具有可信性之情形，則檢察官必須提出該項文書之製作準則（要點）及性質上相同文書，以證明製作人員就相關文書的製作過程係符合機械性、例示性及規律性等特性。

綜上所述，雖然傳聞例外要件「可信性」的證明活動無庸進行嚴格證明，本文以為，仍須以適當的證明方式為之，較為妥適。職是，檢察官除了必須提出證人訊問筆錄、相關的錄音、錄影等資料並傳喚承辦筆錄之人員或在場之第三人到庭作證以證明具有可信的情況保證外，若被告就證人之「知覺」或「記憶」有異議並已加以陳述而形成爭點者，則檢察官必須更進一步的提出該證人的相關健康檢查報告、病歷並輔以相關資料（如案發時之氣象紀錄等），以證明其並無「知覺」或「記憶」上之風險存在。當然，法院在審斷有無證據能力以前，必須賦予提出異議之當事人有辯明及防禦之機會，並聽完其陳述後，方能決定有無證據能

力，自不待言。

## 第四節 證明程度

### 第一項 基本觀察

除先前以「第一百五十九條之一第二項& (舉證+釋明)」、「第一百五十九條之二& (舉證+釋明)」、「第一百五十九條之三& (舉證+釋明)」及「第一百五十九條之四& (舉證+釋明)」為全文檢索語詞所搜得之 574 筆最高法院判決外。關於證明程度，基本上有「確信」、「優越性」及「釋明」之區別，爰再以「第一百五十九條&程度&(確信+無合理懷疑+毋庸置疑)」、「第一百五十九條&程度&(優越+優勢+過半)」及「第一百五十九條&程度&(釋明+相當程度)」為關鍵詞，並以同樣的裁判日期進行搜尋，又約莫搜得 579 筆判決。惟本文研究發現，最高法院並無判決就此表示意見。

有鑑於此，本文又以「(159+一百五十九)&(確信程度+無合理懷疑程度+無庸置疑程度+優越程度+優勢程度+過半程度+釋明+自由證明程度)」為關鍵詞，往下級審法院搜尋，約莫搜得 448 筆判決。本文研究發現，主張第 159 條之 1 第 2 項「除顯有不可信」之證明程度，以「釋明」之程度即可者：有 35 筆<sup>287</sup>。認為第 159 條之 2「具有較為可信之特別情況」的證明程度，公訴人應舉證證明

<sup>287</sup> 台灣高等法院 101 年度侵上訴字第 124 號、100 年度上訴字第 2547 號、100 年度上訴字第 2461 號、100 年度上訴字第 1778 號、100 年度侵上訴字第 124 號、99 年度上訴字第 2155 號、99 年度上訴字第 1345 號、99 年度上易字第 269、98 年度重上更(一)字第 98 號、98 年度金上重訴字第 19 號、98 年度上訴字第 2231 號、98 年度上易字第 1268 號、98 年度上訴字第 595 號、97 年度上訴字第 1843 號、97 年度上易字第 48 號、95 年度曠上訴字第 1 號、台灣高等法院台中分院 99 年度重上更(二)字第 7 號判決、99 年度上更(一)字第 58 號、99 年度上訴字第 828 號、99 年度上訴字第 688 號、99 年度上訴字第 120 號、98 年度上訴字第 2216 號、98 年度上易字第 782 號、98 年度上易字第 188 號、97 年度上訴字第 2136 號、97 年度上易字第 682 號、台灣高等法院高雄高分院 95 年度上訴字第 1774 號、95 年度上易字第 53 號及台灣高等法院花蓮分院 99 年度上訴字第 199 號判決。

至「自由證明之程度」者：有 4 筆<sup>288</sup>。另外，亦有判決指出，僅需達到「過半程度」即為已足者：有 2 筆<sup>289</sup>。

## 第二項 實務立場

有關第 159 條之 1 第 2 項「除顯有不可信」之證明程度，經查台灣高等法院 100 年度上訴字第 2461 號判決說道：「檢察官職司追訴犯罪，……原則上均能遵守法律規定，不致違法取供，其可信性極高，為兼顧理論與實務，乃於修正刑事訴訟法時，增列第 159 條之 1 第 2 項，明定被告以外之人（含被害人、證人等）於偵查中向檢察官所為陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據。查本案證人羅梓嘉、鄭桂月、潘玉真、丁黃美琴、鄭柔君、林秀琴、趙俸玉、林玫伶等，**被告及其辯護人未舉證釋明有何顯不可信之特別情形，且該等證人復均係具結後始行作證，有該等證人之結文在卷可稽，足資擔保應無編織誣陷被告之疑，而上開證人又均經原審或本院交互詰問程序，被告之反對詰問權亦獲確保，從而揆諸前開法文及最高法院判決意旨，上開供述自有證據能力。**」

其次，關於第 159 條之 2「具有較為可信之特別情況」的證明程度，勘察台灣高等法院台南分院 100 年度重侵上更（二）字第 74 號判決指摘：「被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據，刑事訴訟法第一百五十九條第一項定有明文。被告之選任辯護人主張告訴人 A 女於 94 年 1 月 18 日、同年 3 月 24 日；證人 A 女之父 B 男於 94 年 1 月 18 日、同年 4 月 24 日、證人陳金蓮於 94 年 1 月 22 日、王崑龍於 94 年 2 月 1 日警訊中向司法警察所為之陳述及和解書等，均係被告以外之人於審判外之陳述，而公訴人就上開告訴人及證人先前於警詢中之陳述，**是否具有較為可信之特別情況，並未提出訴訟上可供作為自由證明程度之舉證，依前開規定，該部分審判之陳述自無證據能力，**

<sup>288</sup> 台灣高等法院台中分院 97 年度上更（一）字第 313 號判決、台灣高等法院台南分院 100 年度重侵上更（二）字第 74 號判決、高雄地方法院 94 年度簡上字第 1117 號判決及屏東地方法院 95 年度易字第 116 號判決。

<sup>289</sup> 福建高等法院金門分院 99 年度上重訴字第 2 號判決及金門地方法院 98 年度訴字第 33 號判決。

不得為本案證據。」至於，自由證明程序之心證程度為何？下級審法院多認為以「大致相信」之心證程度為標準，又「大致相信」之心證程度相當於學理上之「釋明」程度，此有台灣高等法院 95 年度上易字第 169 號及 97 年度上易字第 30 號判決，足供參照。是以斯項判決應認為僅須證明至使法院達「釋明」的程度即可。

再者，亦有下級審法院判決指出：「關於證據能力有無之判斷，乃決定可否作為法院認定犯罪事實之依據，並非用以證明犯罪事實本身；且就此項證據之資格若設定過高之標準，會讓許多有證據價值之證據無法進入審判程序，阻礙發現真實，提高有罪被告脫罪之機率，故用以認定有無證據能力之合法取得、具有可信性、符合法定程序等要件事實之證據，其證據能力自無須加以嚴格限制；其證明之心證門檻，亦祇需達到『過半程度』為已足。」福建高等法院金門分院 99 年度上重訴字第 2 號判決及金門地方法院 98 年度訴字第 33 號判決，足供參佐。

### 第三項 學說見解

綜覽國內相關文獻，甚少學者直接針對傳聞例外要件可信性之證明程度提出觀點，僅有認為訴訟法上事實只要達到「證據優越」之程度（即肯定之證據超越否定證據之心證程度）的標準即可，而非「超越合理的可疑程度」（不容有合理的懷疑成分而近似真實之心證程度）。惟訴訟法上事實亦非全部得以自由證明加以說明，亦即在某些情況之下，仍須依據各個事實之重要度、特性而為個別的考查判斷<sup>290</sup>。

另外，比較法上的觀點上，日本刑事訴訟規則及刑事訴訟法規定，只需陳明的事實（刑訴規則第 9 條第 3 項、第 179 條之 4 第 1 項；刑訴法第 19 條第 3 項、第 206 條第 1 項、第 227 條第 2 項、第 376 條第 2 項、第 382 條之 2 第 3 項、第 383 條參照），其心證程度為推斷即可。法律條文上未使用陳明的用語，但同樣屬於訴訟程序上的事實之證明，也只需具備陳明（所謂陳明，限於使用訴訟程序

<sup>290</sup> 黃朝義，前揭註 36 書，頁 499；黃朝義，前揭註 166 書，頁 221；黃朝義，前揭註 183 書，頁 187。

事項的證明方法，其心證的程度為以大致確定為基準的推斷)<sup>291</sup>。

#### 第四項 本文評析

關於傳聞例外要件可信性之證明程度，本文以為，應從待證事實與犯罪事實之存在與否有無重要關係，以及當事人有無提出證據證明之可能，做個別判斷。申言之，應依據待證事項與犯罪事實存在與否是否具有重要關聯性，並且根據當事人舉證之公平性及技術上是否可行之觀點出發，較為妥適。

由於傳聞例外要件之證明本身與犯罪事實之存在與否並無直接重要關係，是以原則上無庸要求證明到確信之程度，且要求證明至「無合理懷疑」之確信程度，實際上不僅難以達成，亦無必要。職是之故，關此證明程度，以證明至「優越性」之程度即可。蓋由使用該項證據之檢察官舉證至優越性之程度，應無特別困難之處，且傳聞證據依法原則上本無證據能力，僅於符合第 159 條之 1 以下之例外要件時，始例外地承認有證據能力，準此，若僅要求證明至「釋明」之程度，則可以想見的是，實務上絕大多數的傳聞證據便可輕鬆地通過例外規定之證明，而輕易地取得證據能力，長此以往，將不當侵害憲法所保障被告之「反對詰問權」，不可不慎。故僅要求證明至「釋明」之程度，絕非妥適的標準。是故，下級審法院多僅要求證明至「釋明」程度的立場<sup>292</sup>，揆之上開說明，誠非妥適。

據上論結，第 159 條之 1 第 2 項、第 159 條之 4 第 1 款及第 2 款「除顯有不可信之情況者外」此等負面表列的敘述方式，僅在闡明證明之程度僅需達證據優越性之程度即可，無庸達到確信之程度。申言之，所謂「除顯有不可信之情況者外」，僅在確認此種檢察官面前之陳述可信性的證明，毋庸證明到足以取代當事人的反對詰問之特別可信的程度而已。再者，第 159 條之 2 所定之例外要件之證明程度，同樣亦非用於實體犯罪事實之判斷，而僅在證明證人於審判外之陳述的

<sup>291</sup> 石井一正著，陳浩然譯，前揭註 29 書，頁 324-325。

<sup>292</sup> 例如台灣高等法院台中高分院 97 年度上更（一）字第 313 號判決、台灣高等法院台南分院 100 年度重侵上更（二）字第 74 號判決、高雄地方法院 94 年度簡上字第 1117 號判決以及屏東地方法院 95 年度易字第 116 號判決。

外部附隨環境是否可信，若要求應證明至確信之程度，並不合理。而且第 159 條之 2 所定之例外要件，係相對比較審判外與審判中之陳述的外部可信情況，因此，本項規定所要求之證明程度，以具有優越性為已足。最後，證明第 159 條之 3「具有可信性之特別情況」之情形，因為係針對審判外之陳述的外部附隨環境是否可信進行舉證，無涉實體犯罪事實，所以並不要求應證明至確信的程度。然而，若僅由負擔證明之當事人以說明理由之方式，釋明有容許例外之情事，仍有未足。蓋第 159 條之 3 所定「具有可信性之特別情況」本應要求相當程度之可信性的情況保證，且輕易容許該項傳聞證據，亦有不當侵害當事人反對詰問權之虞，職是，應使主張適用該傳聞證據之當事人負擔證明該傳聞陳述具有可信性之特別情況，並證明至具有證據優越性為必要。

## 第五節 結語

現行法第 159 條之 1 第 2 項「除顯有不可信外」之證明活動、第 159 條之 2「其先前之陳述具有較可信之特別情況」、第 159 條之 3 所定之「經證明具有可信之特別情況」、第 159 條之 4 第 1 款所謂「公務員職務上製作之特信性文書」、第 2 款所謂「業務上製作之特信性文書」以及第 3 款所稱「特別可信文書」等傳聞例外之要件事實之相關證明活動應有之內涵為何？綜上所述，本文以為，當被告提出異議時，即應由使用該項證據之當事人（檢察官或自訴人）就該項傳聞證據具有各該條款所要求之可信性等要件，負證明負擔，較為妥適。準此，最高法院就證明第 159 條之 1 第 2 項「除顯有不可信」之要件時，有逾半數比例的判決（52.17%）認為，應由檢察官負擔證明，此之運作方式，值得讚許，惟此項比例期待應再提高。反觀最高法院針對第 159 條之 2、第 159 條之 3 及第 159 條之 4 第 1 款、第 2 款及第 3 款之例外要件「可信性」之證明時，較高比例都是肯認由法院依職權的調查方式為之即可，參【圖 7】、【圖 8】、【圖 9】、【圖 10】及【圖 11】。然而，此項見解不啻與證明負擔的公平原則有違，更與證據調查採行當事人進行的訴訟結構不符，同時難免發生審判者對於證據證明力之判斷前置影響到證據能力有無的認定，尤其在卷證併送的影響下，是否採用審判外之傳

聞證據，容易因法院職權調查而繫於傳聞陳述的內容有無證據價值，而非其外部情況的可信性。

其次，於證明之方法上，依據本文統計資料顯示，大多數的最高法院判決皆認為以透過「自由證明」之方法，即為已足。此項見解之結論上，固然可採。惟若對被告防禦權益與真實發現有重大影響之證據，則仍應合乎一定正當的調查程序，較為妥適。申言之，遇被告或辯護人爭執為傳聞證據或不具可信性者，檢察官除了必須提出證人之具結文、警詢筆錄、偵訊筆錄及其相關的錄音、錄影等資料外，必要時並應傳喚承辦筆錄之人員或在場之第三人到庭作證以證明系爭傳聞筆錄具有可信的情況保證。另外，倘被告或其辯護人就證人之「知覺」或「記憶」有異議並已加以陳述形成爭點者，則檢察官必須更進一步提出該證人的相關健康檢查報告、病歷並輔以相關資料（如案發時之氣象紀錄等）以證明該證人目擊待證事實後迄製作筆錄陳述時，並無「知覺」或「記憶」上之風險。

最後，有關證明之程度，由於傳聞法則例外要件的證明，本質上與犯罪事實之存在與否並無直接重要關係，原則上無庸要求舉證者必須證明達到確信之程度不可。再者，若要求證明至「無合理懷疑」之程度，亦無必要。職是之故，有關傳聞例外要件「可信性」之證明，以證明至證據優越性之程度即為已足。

## 第六章 結論

### 一、研究發現

民國 91 年修正第 161 條及第 163 條以後，有關被告實體犯罪事實之證明，基本上已有明文規範，適用上自然較無爭議。然而，與此相對的訴訟程序上「證據能力有無」之證明問題，即便於該次修法後，仍有諸多疑點須待釐清。

證據能力有無之證明活動，雖然對於被告刑罰權是否存在，並無直接必然的關連，惟在證據裁判主義的影響下，涉及認定事實之調查證據的範圍，因此扮演著重要的角色。觀諸我國現行法制對於此項議題仍未有完善的規範，足資因應。放眼望去，僅於第 156 條第 3 項就「非任意性自白」設有證明負擔之決定及調查順序之規定，與其相關且須一併釐清之「證明方法」及「證明程度」，則尚付闕如。至於，「違法證據排除」及「傳聞例外要件『可信性』」之證明，現行法則是全無規範。偏偏此項立法缺漏卻常常造成下級審法官及當事人無法可資依循的窘態。是以，此項重要議題，有必要徹底解決。

首先，第 156 條第 3 項於修法後已明文規定：「該自白如係經檢察官提出者，法院應命檢察官就自白係出於自由意志，指出證明之方法。」惟本文研究發現，修法後並非所有最高法院判決皆依此標準決定證明之負擔，實際上仍有 14.28% 的判決認為屬於法院職權調查事項，或是肯認事實審逕依職權調查；另有 5.71% 的判決主張應由被告自行負證明負擔。在證明方法之問題上，僅發現 1 筆最高法院判決（94 台上 275）指出，以「自由證明」之方式即可，此外，無最高法院判決明確表示應透過何種證明方式，始為適法。又最高法院有 3 筆判決要求檢察官，就自白係出於任意性應證明至使法院產生「確信」之心證程度，是相當值得注意觀察的見解。

其次，在「違法證據排除之證明活動」之相關問題上。就證明負擔之決定而

言，我國最高法院有將近八成（77.77%）的判決認為，應由法院依職權調查，或是肯認事實審法院逕依職權調查。另外，經本文過濾相關實務裁判後，僅有少數的下級審法院判決認為透過「自由證明」方法即為已足，並且僅須證明至使法院「大致相信」之程度即可。就此，最高法院目前並未有相關判決表示意見。

再者，我國最高法院針對第 159 條之 2、第 159 條之 3、第 159 條之 4 第 1 款、第 2 款及第 3 款的例外要件「可信性」之證明，相對多數比例是肯認由法院依職權調查的方式為之。本文以為，應導正由主張待證事實並聲請使用該項證據之當事人負證明負擔，較為妥適。關於第 159 條之 1 第 2 項「除顯有不可信」之要件，最高法院有 52.17%的判決認為應由檢察官負擔證明，此種運作模式，值得讚許。至於證明方法上，最高法院的基本立場係，傳聞例外要件之證明屬於訴訟法上之事實，本身不涉及實體事項，故以「自由證明」之方法，即為已足。值得注意的是，最高法院另有 3 筆判決主張（101 台上 442、99 台上 6611 及 93 台上 2645），在證明第 159 條之 2 的例外要件「可信性」時，應透過「嚴格證明」，始足當之。最後，在證明之程度上，最高法院對此尚無判決表示意見，然而，事實審法院多數判決主張舉證者應證明至「釋明」之程度，例如台灣高等法院台中分院 97 年度上更（一）字第 313 號判決、台灣高等法院台南分院 100 年度重侵上更（二）字第 74 號判決、高雄地方法院 94 年度簡上字第 1117 號判決及屏東地方法院 95 年度易字第 116 號判決，足資參照。

## 二、本文建議

針對上述之研究結果，本文建議，關於證明負擔之歸屬，應立基於舉證之公平性觀點出發，應由主張待證事項並聲請調查該項證據者，負證明負擔。蓋使用該項證據者，理論上，對於證據之取得來源過程，相較於異議之對造來說，知之甚詳，責由其證明並無特別困難之處。又此項證明活動不宜由法院逕依職權調查，應由法院以曉諭當事人之方式為之，較為妥適。其次，於證明方法的層次上，證據能力有無之證明本身無涉實體犯罪事實之認定，原則上依自由證明之方式即為

已足，無庸採取嚴格證明。然而，雖謂自由證明不以合法調查程序為必要，惟如對被告之防禦權益有重大影響之證據，其證據能力有無之調查程序仍應踐行正當之調查程序，較為妥適。最後，關於證明之程度，仍應視其與犯罪事實之存在與否有無重要關係，以及當事人有無提出證據證明之可能，為個別之判斷，而非以「嚴格證明須以確信程度為必要」、「自由證明僅以釋明程度即可」之二分模式，一概而論。

據上論結，本文有三點建議如下：

第一，關於自白任意性之證明活動，依法應由檢察官負擔證明，固無爭議，惟在證明方法上，原則以自由證明即可，惟仍應透過適當之證明方式，較為妥適。詳言之，除要求檢察官提出相關筆錄、錄音、錄影等資料以證明其自白具任意性之主張外，仍應搭配聲請傳喚調查當時在場之辯護人或其他第三人等到庭作證，始可謂已盡其指出證明方法之義務。另外，須特別說明的是，實務上常見之「刑求」抗辯之證明方法，除要求檢察官提出相關筆錄、錄音、錄影等資料外，倘若本案存在被告看守所之內、外傷紀錄表、醫院診斷證明書、相關病歷表或是就診病歷單等，亦應一併提出並聲請調查，再者，檢察官也應聲請傳喚承辦員警、醫生或目擊刑求等證人到庭作證，並賦予被告詰問之機會，始足恰當。最後，於證明程度上，亦應要求檢察官必須證明至使法院達「確信」被告自白係出於任意所為之程度，始足當之。蓋在目前實務運作上自白仍不減其「證據女王」之影響力下，被告之自白與其犯罪事實之存在與否仍具有重要關聯，且要求檢察官提出證據證明被告之自白係出於任意性之事，對於檢察官而言，實際上並無特別困難之處。準此，在本文研究脈絡底下，僅有的3筆最高法院判決明文指出，檢察官必須就自白具任意性證明至確信之程度，值得稱許。

第二，關於違法證據排除之證明活動，最高法院之見解有將近八成的比例是認為由法院逕依職權調查，惟此與證明負擔之公平性原則及由當事人主導證據調查之修法精神，不免相悖；更甚者，由法院逕依職權調查亦難免令人產生法院會

因綜合其他證據取捨之心證立場，或者因其他證據證明力的判斷問題，導致影響作為證據能力之前提的違法事實有無之認定的疑慮，並可能對於嚇阻偵查機關將來違法偵查之立法政策有所阻礙。準此，本文建議，審判實務應導正改由使用該項證據之檢察官，負證明負擔，並透過適當的證明方法以說服法院偵查機關之偵查行為係屬合法。詳言之，所謂適當之證明方法，例如檢察官除了須提出「搜索票」等法定要件之證明外，更應進一步提出「搜索、扣押筆錄」等紀錄，並聲請傳喚見證搜索扣押等執法過程之人到庭作證，譬如執行搜索之員警及在現場之第三人等，並賦予被告詰問之機會。另外，若本案執行搜索或扣押時存有相關錄影資料，亦應一併提出並聲請調查，始為適當。至於，證明之程度上，除在證明並無違法搜索、扣押之場合，僅要求證明至「優越性」之程度外，違反法定程序所取得之被告自白，則必須要求證明至「確信」之程度。蓋自白與被告犯罪事實存在與否具有重要關連，且要求檢察官提出證據以證明偵查機關未違反「全程連續錄音」、「夜間詢問禁止」或「權利告知義務」等規定，應無特別困難之處。職是之故，仍應要求檢察官證明至「確信」之程度，始足當之。

第三，關於傳聞例外要件「可信性」之證明活動，最高法院之基本立場為，除第 159 條之 1 第 2 項有逾半數的判決認為應由使用該項證據之檢察官負證明負擔外，其餘第 159 條之 2、第 159 條之 3、第 159 條之 4 第 1 款、第 2 款及第 3 款之例外要件「可信性」之證明，相對多數的判決是肯認由法院依職權的調查方式為之，此有【圖 7】、【圖 8】、【圖 9】、【圖 10】及【圖 11】可資參照。其次，在證明方法上，如對於被告防禦權益與真實發現有重大影響之證據，則仍應合乎一定正當的調查程序，較為妥適。具體言之，雖然傳聞例外要件「可信性」的證明無庸進行嚴格證明，惟仍應以適當的證明較為妥適，職是，檢察官除了必須提出證人之具結文、警詢筆錄、偵訊筆錄、相關的錄音、錄影等資料、傳喚承辦筆錄之人員或在場之第三人（如法警、書記官等）到庭作證以證明其陳述是具有可信的情況保證外，倘若被告或其辯護人就證人之「知覺」或「記憶」有異議並加以陳述形成爭點者，則檢察官必須更進一步的提出該證人的相關健康檢查報告、病歷並輔以相關資料（如案發時之氣象紀錄等）以證明其並無「知覺」或「記憶」

上之風險，始為妥適。最後，由於傳聞例外要件之證明本身與犯罪事實存在與否並直接無重要關係，原則上無庸要求證明達到確信之程度。職是，有關傳聞之例外要件「可信性」之證明，以證明至證據「優越性」之程度即為已足。

綜上所言，於立法論上，首先，本文主張於現行第 156 條第 3 項之後增訂：  
「前項情形，檢察官除提出相關筆錄、錄音及錄影等資料證明外，仍應聲請傳喚調查當時在場之辯護人或其他第三人等到庭作證。並證明至使法院達到確信被告自白係出於任意之程度，始為適法。」

其次，於現行第 273 條第 2 項有關證據能力之處理規定之後接續增訂：

- 1、「該項證據如係經檢察官提出者，若當事人對證據能力有異議並陳述說明，或者當事人未為異議，若受命法官認為此屬於對被告之利益有重大關係事項，應即命檢察官就該項證據具有證據能力，負證明負擔，並以適當之證明方式指出其證明之方法。除違反法定程序之自白排除，應證明至確信之程度外，使法院形成優越性之心證，即為已足。」
- 2、「檢察官指出證明之方法證明偵查機關係合法偵查者，除必須提出搜索票等法定要件之紀錄、搜索、扣押筆錄及聲請傳喚見證搜索扣押等執法過程之人到庭作證外，若有相關錄影資料，亦應一併聲請調查。」
- 3、「於證明傳聞例外要件可信性之情形，聲請調查傳聞證據之當事人除提出具結文、警詢筆錄、訊問筆錄及其相關錄音、錄影等資料外，若他造當事人就證人之記憶或陳述有異議，且加以說明形成爭點者，聲請調查傳聞證據之當事人並應進一步提出其相關健康檢查報告、病歷或天氣紀錄表等資料以為證明。」

## 參考文獻

### 壹、中文（按作者姓氏筆畫遞減排序）

#### 一、教科書與專論

- 1、丁中原，我國傳聞法則之例外規定，收錄於傳聞法則理論與實踐，元照，2004年9月。
- 2、土本武司著，董璠輿、宋英輝譯，日本刑事訴訟法要義，五南，1997年7月。
- 3、王兆鵬，刑事訴訟講義，自版，2010年9月。
- 4、王兆鵬，美國刑事訴訟法，自版，2007年9月。
- 5、王兆鵬，論新法之證據排除法則，收錄於新刑訴·新思維，自版，2004年10月。
- 6、王兆鵬，刑事舉證責任理論，收錄於刑事被告的憲法權利，自版，2004年5月。
- 7、王兆鵬，開創自白法理的新紀元，收錄於一事不再理，自版，2008年4月。
- 8、王兆鵬，對質詰問權與強制取證權，收錄於刑事被告的憲法權利，自版，2004年5月。
- 9、王兆鵬、張明偉、李榮耕合著，刑事訴訟法（上冊），承法，2012年9月。
- 10、王兆鵬、張明偉、李榮耕合著，刑事訴訟法（下冊），承法，2012年9月。
- 11、王甲乙、楊建華、鄭健才合著，民事訴訟法新論，三民，2010年6月。
- 12、石木欽，改良式當事人進行主義之證據法則－以審判實務為中心，元照，2008年11月。
- 13、石井一正著，陳浩然譯，日本實用刑事證據法，五南，2000年5月，頁326。
- 14、朱石炎，刑事訴訟法論，三民，2011年4月。
- 15、吳巡龍，刑事舉證責任與幽靈抗辯，收錄於刑事訴訟與證據法全集，新學林，2008年11月。
- 16、吳巡龍，新法施行後錄音（影）有瑕疵時，被告筆錄證據能力的判斷及自白之證明，收錄於刑事訴訟與證據法全集，新學林，2008年11月。
- 17、吳巡龍，緊急搜索之要件及違法蒐證之證據排除，收錄於刑事訴訟與證據法

- 全集，新學林，2008年11月。
- 18、吳巡龍，我國傳聞法則實務問題的探討，收錄於刑事訴訟與證據法全集，新學林，2008年11月。
- 19、李學燈，證據法比較研究，五南，1993年4月。
- 20、林永謀，刑事訴訟法釋論（上冊），自版，2010年12月。
- 21、林永謀，刑事訴訟法釋論（中冊），自版，2010年12月。
- 22、林俊益，刑事訴訟法概論（上冊），新學林，2012年9月。
- 23、林俊益，我國傳聞法則之例外規定，收錄於傳聞法則理論與實踐，元照，2004年9月。
- 24、林鈺雄，刑事訴訟法（上冊），自版，2010年9月。
- 25、林鈺雄，搜索扣押註釋書，自版，2001年12月。
- 26、林鈺雄，從基礎案例談證據禁止之理論與發展，收錄於刑事訴訟之運作－黃東熊教授六秩晉五華誕祝壽論文集，五南，1997年11月。
- 27、林輝煌，刑事審判之證明負擔及證明程度，元照，2011年11月。
- 28、周叔厚，證據法論，自版，1995年1月。
- 29、姜世明，民事訴訟法基礎論，元照，2011年1月。
- 30、姜世明，舉證責任分配法則之體系建構，收錄於舉證責任與真實義務，新學林，2006年3月。
- 31、許澤天，刑事訴訟法論（Ⅱ），自版，2003年8月。
- 32、張麗卿，刑事訴訟法理論與運用，五南，2010年9月。
- 33、黃朝義，刑事訴訟法，新學林，2013年4月。
- 34、黃朝義，刑事訴訟法－證據篇，元照，2002年11月。
- 35、黃朝義，無罪推定-論刑事訴訟程序之運作，五南，2001年8月。
- 36、黃朝義，刑事證據法研究，元照，1999年5月。
- 37、黃東熊、吳景芳合著，刑事訴訟法論（上冊），三民，2010年2月。
- 38、黃東熊、吳景芳合著，刑事訴訟法論，三民，2001年。
- 39、黃東熊，嚴格的證明與自由的證明，收錄於刑事訴訟法研究，三民，1999年10月。

- 40、黃東熊，證據法綱要，中央警官學校編印，1993年。
- 41、黃東熊，從傳聞法則之基礎知識談起，收錄於刑事法學現代化動向－黃東熊教授八秩華誕祝壽論文集－，台灣法學，2012年11月。
- 42、褚劍鴻，刑事訴訟法論（上冊），臺灣商務，2001年9月。
- 43、陳樸生，刑事證據法，自版，1997年5月。
- 44、陳運財，直接審理與傳聞法則，五南，2001年11月。
- 45、陳運財，傳聞法則之理論與實踐，收錄於傳聞法則理論與實踐，元照，2004年9月。
- 46、陳運財，刑事訴訟之舉證責任與推定，收錄於刑事證據法則之新發展：黃東熊教授七秩祝壽論文集，學林文化，2003年6月。
- 47、陳運財，論檢察官舉證責任與法院職權調查之界限－以最高法院92台上128號刑事判例為中心，收錄於刑事證據法－祝賀呂庭長潮澤榮退、紀庭長俊乾優遇，最高法院學術研究會叢書（十六），最高法院學術研究會，2008年12月。
- 48、陳運財，論「改良式」當事人進行原則，收錄於刑事訴訟法之最新增修與實踐，學林文化，2002年9月。
- 49、陳運財，證據能力有無之舉證問題研究，收錄於刑與思－林山田教授紀念論文集，元照，2008年11月。
- 50、陳運財，第159條之1第2項檢訊筆錄實務爭議問題檢討，收錄於刑事法學現代化動向－黃東熊教授八秩華誕祝壽論文集－，台灣法學，2012年11月。
- 51、蔡墩銘，刑事證據法論，五南，1997年12月。

## 二、期刊論文

- 1、王俊力，新修正刑事訴訟法有關被告自白之證據能力及調查，法官協會雜誌，第5卷2期，2003年12月。
- 2、王兆鵬，論最新修正刑事訴訟法之傳聞法則，萬國法律，第128期，2003年4月。
- 3、何賴傑、許澤天、楊雲驊、林麗瑩、尤伯祥，法官調查義務的範圍——以最

- 高法院 101 年度第 2 次刑事庭會議決議為中心座談會，台灣法學雜誌，第 197 期，2012 年 4 月 1 日。
- 4、何賴傑，傳聞法則下證人陳述之證據能力，月旦法學教室，第 9 期，2003 年 7 月。
  - 5、何賴傑，訊問被告未全程連續錄音錄影之法律效果—評最高法院八十八年度台上字第五〇七三、五七六二、六七五二號判決及台北地院八十八年度訴字第八二六號判決，月旦法學雜誌，第 62 期，2000 年 7 月。
  - 6、何賴傑，刑事法院依職權調查證據之範圍與限制，台灣本土法學雜誌，第 2 期，1999 年 6 月。
  - 7、何賴傑，事實審法院蒐集證據之義務 — 評最高法院 87 年度臺非字第 1 號判決，政大法學評論，第 61 期，1999 年 6 月。
  - 8、吳巡龍，舉證責任與法院依職權調查證據，檢察新論，第 12 期，2012 年 7 月。
  - 9、吳巡龍，刑事證據法入門：第一講—刑事舉證責任的分配，月旦法學教室，第 54 期，2007 年 3 月。
  - 10、吳巡龍，刑事證據法入門：第二講—傳聞法則，月旦法學教室，第 55 期，2007 年 5 月。
  - 11、李榮耕，傳聞文書，月旦法學教室，第 111 期，2012 年 1 月。
  - 12、林俊益，本土化傳聞法則之實踐—實施一年後之實務分析，月旦法學雜誌，第 114 期，2004 年 11 月。
  - 13、林俊益，我國傳聞法則之研究，法官協會雜誌，第 5 卷 2 期，2003 年 12 月。
  - 14、林俊益，論修正刑訴法之傳聞法則及其例外，全國律師，第 6 卷 9 期，2002 年 9 月。
  - 15、林鈺雄，自由證明法則之新開展——最高法院近年裁判新趨勢之綜合評釋，台灣本土法學雜誌，第 96 期，2007 年 7 月。
  - 16、林鈺雄，德國證據禁止論之發展與特色，律師雜誌，第 232 期，1999 年 1 月。
  - 17、林輝煌，刑事法院職權調查證據之界限--評最高法院 101 年第 2 次刑事庭會

- 議針對刑事訴訟法第 163 條第 2 項但書之決議，法令月刊，第 63 卷 11 期，2012 年 11 月。
- 18、黃東熊，談傳聞法則，軍法專刊，第 35 卷 1 期，1989 年 1 月。
- 19、黃朝義，檢察官舉證責任與法院職權調查義務，警政論叢，第 12 期，2012 年 12 月。
- 20、黃朝義，證據能力與證明力之區辨——兼評最高法院九三年台上字六六四號裁判例等，台灣法學雜誌，第 141 期，2009 年 12 月 1 日。
- 21、黃朝義，舉證責任與證據調查，台灣本土法學雜誌，第 42 期，2003 年 1 月。
- 22、黃朝義，論刑事證據法上之傳聞法則，東海大學法學研究，第 13 期，1998 年 12 月。
- 23、黃朝義，警訊筆錄的證據法上問題，法學叢刊，第 43 卷 3 期，1998 年 7 月。
- 24、黃朝義，刑事舉證責任與推定，刑事法雜誌，第 42 卷 1 期，1998 年 2 月。
- 25、楊雲驊，新法下檢察官的舉證責任及法院的調查義務——評最高法院九十一年度第四次刑事庭會議，月旦法學雜誌，第 89 期，2002 年 10 月。
- 26、楊雲驊，二〇〇三年初新修正刑事訴訟法被告及共犯自白規定的檢討，月旦法學雜誌，第 97 期，2003 年 6 月。
- 27、楊淑文，從特定類型之實務見解觀察舉證責任分配之判斷標準（上），台灣本土法學雜誌，第 60 期，2004 年 7 月。
- 28、廖元豪，平等權：第一講——憲法平等權之意義，月旦法學教室，第 68 期，2008 年 6 月。
- 29、陳樸生，被告自白任意性之證明方法，刑事法雜誌，第 8 卷 1 期，1964 年 2 月。
- 30、陳運財，傳聞法則及其例外之實務運作問題檢討，台灣本土法學雜誌，第 94 期，2007 年 5 月。
- 31、陳運財，「刑事訴訟新制之檢討與再造」與談書面資料，法官協會雜誌，第 9 卷 2 期，2007 年 12 月。
- 32、陳運財，刑事訴訟制度之改革及其課題，月旦法學雜誌，第 100 期，2003 年 9 月。

- 33、陳運財，論刑事訴訟證據法則之修正—評司法院刑事訴訟法部分條文修正草案，律師雜誌，第 255 期，2000 年 12 月。
- 34、陳運財，刑事程序鑑定之證據法則，萬國法律，第 137 期，2004 年 10 月。
- 35、陳運財，嚴格證明法則，月旦法學教室，第 23 期，2004 年 9 月。
- 36、陳運財，醫療刑事訴訟之證明活動，月旦法學雜誌，第 183 期，2010 年 8 月。
- 37、陳運財，警訊錄音之研究—最高法院八十八年度臺上字第五七六二號刑事判決評釋，台灣本土法學雜誌，第 24 期，2001 年 7 月。
- 38、陳運財，禁止夜間詢問之原則，台灣本土法學雜誌，第 6 期，2000 年 1 月。
- 39、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。
- 40、陳運財，偵查中證人之具結與傳聞例外之適用—評九四年台上字三二七七號刑事判決，台灣本土法學雜誌，第 93 期，2007 年 4 月。
- 41、陳運財，證人未經具結之檢訊筆錄之效力，月旦法學教室，第 49 期，2006 年 11 月。
- 42、陳運財，共同被告於檢察官偵查訊問時所為之陳述之證據能力—評九八年度台上字第四四三七號判決，台灣法學雜誌，第 153 期，2010 年 6 月 1 日。
- 43、陳瑞仁，再評最高法院 101 年刑庭第二次會議決議——法官犯錯，檢察官負責？檢協會訊，第 84 期，2012 年 12 月。
- 44、蔡秋明，舉證責任—兼論刑事被告之地位及其舉證義務，台灣本土法學雜誌，第 55 期，2004 年 2 月。
- 45、蔡秋明，美國刑事程序中之證據排除法則簡介，律師雜誌，第 232 期，1999 年 1 月。
- 46、蔡碧玉，法官的職權調查義務 vs. 公平法院——評最高法院 101 年度第 2 次刑事庭會議決議，檢察新論，第 12 期，2012 年 7 月。
- 47、蔡碧玉，二 0 0 三年刑事訴訟法新修正條文簡介（五），法務通訊，第 2143 期，2003 年 7 月。
- 48、Brian Kennedy 著、關重熙譯、蔡兆誠校訂，證據排除法則—以美國加州法

為例，律師雜誌，第 232 期，1999 年 1 月。

### 三、碩博士論文

- 1、杜逸新，被告自白任意性之擔保－以警詢全程連續錄音為中心，私立東海大學法律學研究所碩士論文，2008 年。

### 四、研究計畫

- 1、刑事訴訟舉證責任於實務運作上之實踐，行政院國家科學委員會補助專題研究計畫成果報告，計畫編號：NSC 95-2414-H-029-002-SSS，執行期間：民國 95 年 8 月 1 日至 98 年 7 月 31 日，計畫主持人：陳運財教授。

## 貳、外文

### 一、日文

- 1、三井誠，科學的證據，法學教室，第 211 期，1998 年 4 月。
- 2、三井誠，舉證責任と推定（2），法學教室，第 217 期，1998 年 10 月。
- 3、三井誠，舉證責任と推定（1），法學教室，第 216 期，1998 年 9 月。
- 4、三井誠，刑事手續法Ⅲ，有斐閣，2004 年 4 月。
- 5、山室惠，刑事尋問技術＜改訂版＞，株式会社ぎょうせい，2007 年 4 月。
- 6、小林秀之，新證據法，弘文堂，1998 年 6 月。
- 7、石井一正，刑事實務證據法，判例タイムズ社，1991 年 1 月。
- 8、田宮裕，刑事訴訟法（新版），有斐閣，1996 年 3 月。
- 9、河上和雄，自白證據法ノート（2），立花書房，1982 年 8 月。
- 10、増井清彦，わかりやすい刑事證據法，立花書房，1992 年 12 月。

### 二、英文

- 1、Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 12.1 (2013)
- 2、In re Winship, 397 U.S. 358, 90 S.Ct. 1068, 1073 (1970)
- 3、California Evidence Code, §500, (2013); California Evidence Code, §115, (2013)

4、404 U.S. 477; 92 S. Ct. 619; 30 L. Ed. 2d 618; 1972 U.S. LEXIS 100.

### 參、網路

- 1、司法院法學資料檢索系統，<http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>
- 2、月旦法學知識庫，  
<http://140.128.103.17:2289/anglekmc/lawkm?8:1905615393:20:/disk1/lawkm/ttswebx.ini::: @SPAWN>
- 3、Lexis.com 法學檢索系統，<http://www.lexisnexis.com/ap/auth/>
- 4、Westlaw International，<http://international.westlaw.com>
- 5、国立国会図書館，<http://www.ndl.go.jp/>
- 6、Ron の六法全書 on line，<http://www.ron.gr.jp/law/>
- 7、YAHOO JAPAN： <http://www.yahoo.co.jp/>
- 8、法源法律網，纏訟 20 年高等法院採納鑑定意見，蘇案再更二審判無罪，<http://www.lawbank.com.tw/news/NewsContent.aspx?NID=87051.00>
- 9、法源法律網，前北市長特別費二審無罪，高檢署決定上訴，<http://www.lawbank.com.tw/news/NewsContent.aspx?NID=55893.00>
- 10、法源法律網，警察違法搜索漫畫書刊 證據無效被告無罪，  
<http://www.lawbank.com.tw/news/NewsContent.aspx?NID=31065.00>。
- 11、「王迎先事件」維基百科，  
<http://zh.wikipedia.org/wiki/%E7%8E%8B%E8%BF%8E%E5%85%88#.E7.8E.8B.E8.BF.8E.E5.85.88.E4.BA.8B.E4.BB.B6>
- 12、「蘇建和案」，維基百科，  
<http://zh.wikipedia.org/wiki/%E8%98%87%E5%BB%BA%E5%92%8C>
- 13、自由時報電子報，論特偵組教唆偽證案，<http://www.libertytimes.com.tw/2011/new/jul/6/today-o2.htm#>
- 14、Now news.com 今日新聞網，辜仲諒控訴特偵組利誘他回台咬扁案，<http://www.nownews.com/2013/03/27/91-2918889.htm>
- 15、Now news.com 今日新聞網，扁案開庭／律師要求提示證據給扁看 蔡守訓

不悅回絕，<http://www.nownews.com/2009/03/10/138-2420018.htm>

16、中廣新聞，二審扁出庭 律師：李界木證詞無證據能力，

<http://www.haixiainfo.com.tw/print80893.html>

