

刑事訴訟法修正後之證據制度

陳 樸 生

一、

英美學者認陪審裁判，爲證據法之母。蓋陪審裁判，係由普通人職司事實之判斷。陪審員對於證據價值之評價，缺乏經驗。事前爲防止陪審員之偏見與預斷，重視證據之許容性；且對於證據價值之判斷，雖由裁判官加以說示，然裁判官僅就實體法及程序法具有專門的知識，究非證明科學之專家，且裁判官時有更易，極少有成爲評價證據價值專家之機會，因認裁判官所說示者，應係基於前輩裁判官之種種經驗留存於記錄之上之一定慣行規則。故陪審裁判，其證據法則之特徵，在證據排除規則(excluding rule)，即排除基於經驗所得，於認定事實上害大於利之證據，爲認定事實之基礎，使負有認定事實之職權者，得本其健全之理性，而爲證據價值之判斷。其證據法則，重在證據能力之限制，其證據制度，力求嚴格周密。而大陸法系諸國，採法官裁判制，係以職業裁判官職司事實之認定，對於證據之證明力如何，本得依其人格的能力及經驗的知識，爲適當之評價，證據排除規則，既有影響裁判官自由心證之形成，且爲適應發見實體的真實之要求，證據之評價固勿論；即證據之採取與否，亦應委諸裁判官之自由裁量。因有認大陸法系之訴訟程序，不應有證據法則之存在者。我國刑事訴訟制度，本屬大陸法型，故對於證據之採捨與評價，悉委諸裁判官之自由裁量，不特對於證據之蒐集與調查，採職權主義，係屬裁判官之職權，並不受證據排除規則之拘束，以限制其證據能力；且對於證據之證明力，採自由心證主義，由法院自由判斷，亦未設有客觀的標準，以限制其心證之形成，殊少證據之規定，即是之故。是大陸法系證據制度之缺點，在證據之蒐集、調查與判斷，集於法官一身，法律並未加以形式的限制，何種證據，應行蒐集與調查，及其證據之證明力應爲如何之判斷，因乏客觀標準，難免發生偏差；且訴訟，並非法院之專任，乃法院與當事人之共同作業，不特應賦與當事人提出證據之機會，並許當事人有聲請法院調查證據之權，以期發見真實，防止職權之濫用與不用。且證據之證明力，雖許自由判斷之；但此項證明力如何，既應予當事人以

辯論之適當機會，並就其判斷，設其客觀標準，力臻合理。加之，近今刑事法思想之趨向，對於被告自由與利益之保護，益見重視。證據法則之確定，尤為必要。我國刑事訴訟法之修正，特設證據專章，加以規定，即本此旨趣。然證據制度之建立，係隨訴訟之基本機構及其程序而定。英美法與大陸法，其證據制度之差異，亦因其對於刑事訴訟之處理，其基本機構及程序之不同有以致之。我國修正刑事訴訟法雖有鑒於大陸法系之證據制度過於簡單，對於被告自由與利益之保護，殊欠周到，乃參酌英美法及日本法之旨趣加以調和；第修正後之基本機構及其程序，仍襲現制，即採法官裁判制及職權進行主義，固與英美法之採陪審裁判制度及當事人處分權主義不同；是英美法之基於陪審裁判及當事人處分權主義所產生之證據制度，自不宜貿然採用；即日本法雖亦採法官裁判制；但其訴訟程序，以當事人主義為其基本，較接近於英美法。是日本法基於當事人主義之理論，斟酌英美制，所釐定之證據制度，與我國之以職權主義為其基本，其程序並不相等，亦不宜完全採用日本現制。因之，修正後刑事訴訟法，其證據制度之特徵，在雖仍保持法官裁判制、職權主義及自由心證主義之現制；並參酌當事人主義之精神，提高當事人在訴訟上之地位與機會，防止職權之濫用與不用，並比照法定證據主義之優點，以間接方法，使證據之證明力，得其合理之判斷。

二、

刑事裁判，應憑證據，即採所謂證據裁判主義，已為近代刑事訴訟上之一定則。我修正刑事訴訟法第一百五十四條前段與修正前第二百六十八條同定曰：「犯罪事實，應依證據認定之」，亦其適例。故無證據之裁判，或僅憑裁判官理想推測之詞，為其裁判之基礎者，均與證據裁判主義之原則有違。實例上不乏本此旨趣。如最高法院二十一年上字第九五八號判決：認定犯罪事實，須依證據；而證據是否可信，更須參酌各方面之情形，尤不能以推測理想之詞，以為科刑判決之基礎；同院二十九年上字第二九九二號判決：刑法上之教唆犯，以對於無犯罪意思之人教唆其實施犯罪為構成要件。此項教唆行為，係屬於教唆犯之犯罪事實，按照刑事訴訟法（舊）第二百六十八條仍應依證據，不容以推測之詞，為判斷資料；同院四十年台上字第八六號判

決：事實之認定，應憑證據。如未能發現相當證據，或證據不足以證明，自不能以推測或擬制之方法，以為裁判基礎諸例是。

證據，乃使事實臻於明瞭之原因。所謂事實，本有實體法上事實與程序法上事實二種。後者，又有形式裁判事實與訴訟程序事實之分。從修正刑事訴訟法第一百五十四條前段「犯罪事實，應依證據認定之」規定之文義解釋，應依證據認定之事實，似專指犯罪事實而言，與修正前之第二百六十八條同，雖未加以修正；然刑事訴訟之裁判，係認定事實，適用法律所為之意思表示。裁判，固不限於實體裁判，其所認定之事實，自亦不限於實體法上事實；該條所以僅及犯罪事實之認定，應依證據。蓋認定犯罪事實之存在，係據以確定刑罰權，其關係個人之自由，較其他事實為鉅。故認定犯罪事實所憑之證據，應較諸認定其他事實為嚴格，並非有罪以外判決之事實，得不依證據而為認定之意。何種資料，始得為認定犯罪事實之基礎。英美法採徹底的當事人主義，重在證據能力，即證據之許容性，凡缺乏許容性之證據，不得據為認定犯罪事實之基礎，大陸法採職權主義，則重在調查證據，非經直接調查，賦與當事人以辯論之機會，其證據不得據以認定犯罪事實。修正刑事訴訟法，仍採現制，以犯罪事實之認定，係屬事實審法院之職權；一般刑事案件，以地方法院為事實初審，高等法院為事實覆審，既不採續審制，亦不採事後審制，使第二審法院對於經上訴之部分所為證據之調查，事實之認定，法律之適用及刑罰之量定，與第一審有同樣之職權，並以第三審法院，為法律審，應以第二審判決所確認之事實為判決基礎（修正第三百九十四條第一項前段），其職權僅在調查下級判決有無違背法令。是必原審判決雖係違背法令，而不影響於事實之確定，可據以為裁判者，第三審法院始應予以撤銷，就該案件自為判決（修正第三百九十八條第一款）。如原審判決並未記載事實，或所載事實不明，第三審法院既無從逕行調查證據，而為事實之認定，祇得依修正第四百零一條以判決將該案件發回原審法院或發交與原審法院同級之他法院更為審判，即使回復第二審之通常程序。最高法院二十二年非字第一二號判決：第三審如以第二審尚有依法於審判期日應行調查之證據未予調查之情形，認為判決不當，即應於撤銷後發回或發交更審，始為適法，不得逕自認定犯罪事實而為判決；同院二十八年上字第二三九五號判決：原審狀態確定事實援用法令之當否，依刑事訴訟法第三百八十五條第四款（修正第三百九十三條第三款），為第三審得依職權調查之事項。核閱原審判決所認被告之犯罪事實均屬含混不明，乃僅據此不明確之事實，認第一審依

刑法第二百七十一條第一項第一百三十六條第一項第五十五條第三十七條第一項判處被告罪刑爲無不合，駁回上訴，於法顯屬不當，按照刑事訴訟法第三百八十九條（修正第三百九十七條）規定，自己具有撤銷之原因。至原審判決關於適用法律之基礎，事實既不明確，則不違背法令，尙不合於同法第三百九十條（修正第三百九十八條）應行改判之列，並應予以發回各云云，是其適例。因之，未經合法調查之證據，固不得作爲認定犯罪事實之依據；然本無證據能力之證據，既不因合法調查，而取得其證據能力，即無從判斷其證明力，亦不得資爲判斷之基礎。故修正第一百五十五條第二項規定無證據能力，未經合法調查（中略）之證據，不得作爲判斷之依據，即本此理由。因之，修正第一百五十四條前段僅定曰：犯罪事實，應依證據認定之，乃認具有證據能力，且經合法調查之證據，始得爲嚴格的證明，方足資以認定犯罪事實；至其他事實，以經自由的證明爲已足，雖無證據能力，或未經合法調查，即僅經書面審理，間接審理之證據（參看修正第二百零七條第三百七十二條第三百九十四條第一項但書），亦得爲認定其他事實之資料。

源於被告「無罪之推定」(presumption of innocence) 之理論，在採當事人主義之立法例，乃本此定舉證責任之基本原則，使原告負舉證責任。負舉證責任之當事人固應就其所主張之事實，提出相當之證明方法，使認定事實者得有合理的可疑；惟遇有某種情形，仍得就已知之事實，而推理未知之事實，即利用推定 (Presumption) 以代證明。其作用僅在暫時解免負舉證責任者之舉證責任。蓋其推定，祇在表面上具有確實情況 (prima facie case) 如對造提出反證，其推定即失其代替證明之效力。故推定，僅使對造負辯明責任 (Burden of explanation)，負舉證責任之當事人，其舉證責任並非因而移轉。在採職權主義之立法例，既認證據之調查，係屬法院之職權，並不認當事人有舉證責任。且法院調查證據，對於被告有利及不利之事項一律注意，亦不生舉證責任分配之問題。故修正第三百十條第一款規定有罪之判決者，應於理由內記載認定犯罪事實所憑之證據及其認定之理由，亦即認法院應負責實的舉證責任。既不生以推定解免其形式的舉證責任之問題，且爲防止職權之不用，任意縮小調查證據之範圍，影響心證之形成，致證據證明力之判斷產生不正確之現象，因而未能發見真實之事實，認定錯誤，裁判不公平，亦不許以推定代替證明，影響證據裁判之原則。修正第一百五十四條後段乃設有「無證據，不得推定其犯罪事實」

之明文規定，明白地加以禁止。其重視證據裁判主義之精神，可以想見。惟推定，本有基本推定與技術推定二種。前者，係關於舉證責任分配之問題；後者，則關於舉證責任減輕之問題。在採職權主義之立法例，雖禁止以推定代替證明；然待證事實，有應依證據證明之者，有得以推定代替者，並非絕對禁止。故在職權主義之訴訟程序，雖許以推定代替證明，亦非舉證責任分配之問題，實係減輕法院之舉證責任，藉以節省經費，裁判迅速，適合訴訟經濟之要求。且修正第一百五十四條後段僅定曰：無證據，不得推定其犯罪事實，則犯罪事實以外之推定，是否概予禁止，仍不無研究之餘地。蓋推定，從其性質言，有屬於法律者，有屬於事實者；從其作用言，有可以推翻者，有不可推翻者，得分為法律上推定與事實上推定二種，分述之如次：

一、法律上推定

稱法律上推定，係指從基本事實 (Basic fact) 之存在，而肯定他事實之存在之法則。換言之，即依法律之規定，有甲事實之存在時，而推定有乙事實之存在是。法律上推定之事實，在民事法規上不乏其例。如：

死亡之推定 (民法第九條)。

同時死亡之推定 (同法第十一條)。

出生月日之推定 (同法第一百二十四條)。

占有物有適法行使權利之推定 (同法第九百四十二條)。

婚生子女之推定 (同法第一千零六十三條第一項)。

等等。且民事訴訟，因採當事人主義，為減輕當事人舉證責任，亦認有法律上推定法則之存在。故我民事訴訟法第二百八十一條規定，法律上推定之事實無反證者，無庸舉證。惟刑事訴訟，以發見實體的真實為其目的。故刑事法規上殊少推定之規定。刑事訴訟法上亦無類似對於法律上推定之事實，無庸舉證之規定。日本刑法第二百零七條規定：二人以上施暴行而傷害人時，不知傷害人之輕重，或使生傷害者，雖非共同，依共犯之例。此項規定，學說上有稱之係關於法律上推定之規定者，亦有

認爲不能證明之情形，乃適用法制之特則者。至我國刑事法規上雖有

姦淫未滿十四歲之女子，以強姦論（刑法第二百二十一條第二項）。

和誘未滿十六歲之男子，以略誘論（同法第二百四十一條第三項）。

竊盜或搶奪，因防護贓物、脫免逮捕、或湮滅罪證，而當場施以強暴脅迫者，以強盜論（同法第三百二十九條）。

船員或乘客意圖掠奪財物，施強暴脅迫於其他船員或乘客，而駕駛或指揮船艦者，以海盜論（同法第三百三十三條第二項）。

從事郵務人員剝取郵票者，以竊盜論（郵政法第四十四條第三項）。

之類，論者雖有認爲此亦法律上推定之例者，但爲一般所不採。蓋法律上推定，係因某事實之存在，依法律之規定而推定他事實之存在。刑法上「以某某論」之規定，乃適用法律之問題，並非以姦淫推定爲強姦，和誘推定爲略誘，竊盜或搶奪，推定爲強盜，剝取推定爲竊取之意。其事實，仍屬姦淫、和誘、竊盜或搶奪、剝取。最高法院二十八年上字第三九八四號判決：上訴人誘拐未滿十六歲之女子脫離有監督權之人貨屋同居姦宿，固應以略誘論，但其判決主文，則仍應記載和誘未滿十六歲之女子字樣，即本此旨趣。如依調查所得之證據，足證其係強姦、強盜、海盜、竊取者，仍成強姦罪、強盜罪、海盜罪、竊盜罪，亦不得以未滿十四歲或十六歲，或因防護贓物、脫免逮捕、湮滅罪證等情形，仍以強姦、強盜、略誘等罪論。乃最高法院三十八年穗上字第八號判決即謂：刑法第二百二十一條第二項姦淫未滿十四歲之女子，以強姦論之規定，係指犯人所用手段，本非強暴脅迫者而言。如被害人年齡，雖未滿十四歲，而犯人既已施用強暴脅迫之手段姦淫者，即屬強姦行爲，自應依該條第一項處斷，無適用同條第二項之餘地，亦其適例。

法律上推定，於事實之肯定上，有較強之效用者，有僅有較弱之效用者。前者，其推定具有法律之擬制性，即依法律之擬制，以肯定某事實之存在，具有不少變性，於事實之牽連關係上並無變動，或稱之爲絕對推定，亦稱無條件推定；後者，法律以舉證責任之轉換爲條件，定其爭點事實之牽連關係，即其基本事實。在未有反證前，得推定他事實之存在，或稱之爲相對推

定，亦稱有條件推定。主張推定事實不存在者，須提出反對證據。故此種推定事實，如經對造提出反對證據，其舉證責任並未解免，仍須舉證證明之。民法第一千零六十三條規定：妻之受胎，係在婚姻關係存續中者，推定其所生子女，為婚生子女；前項推定，如夫能證明於受胎期間內未與妻同居者，得提起否認之訴（下略）。修正刑事訴訟法仍採職權主義。雖認檢察官就被告之犯罪事實，有舉證責任；然其舉證，以使法院得有合理的可疑為已足，法院因發見真實之必要，仍應依職權調查證據（修正第一百六十三條第一項），故修正刑事訴訟法仍無如民事訴訟法第二百八十條設有「法律上推定之事實，無反證者，無庸舉證」之規定。惟本於經驗法則所為之推理，本宜使之法規化，且基於公平、合目的、正義之觀感，亦許其為合理之推定，自不如就法律上推定，設其相當規定。至內心事實之證明，極感困難，如犯意，知情之類，尤宜許其為某種程度之推定。刑法第十三條第二項之以故意論，同法第十四條第二項之以過失論，即有此趨向。

二、事實之推定

事實上推定，係指由某事實而推測他事實，除其推測，經證明為不合理外，裁判官得不另依證據，而為他事實之認定。故事實上推定，並非依證據而認定事實，乃由某事實之存在，而判斷其他事實之存在之作用，與由間接事實，而推理直接事實之作用極相近似；惟前者，係基於事實相互之牽連關係，具有客觀性、類型性；而後者，則基於事件之特殊性，事實之蓋然性所為之推理，具有主觀性、個別性。在採當事人負舉證責任之立法例，對於其他事實之存在有爭執者，負提出反證之責任；在採職權進行主義之立法例，不認當事人有舉證責任，固不許藉事實上推定，以縮小法院調查證據之範圍，實務上不乏其例。最高法院二十六年上字第一二四六號判決：刑法第三百四十二條之背信罪，除有致生損害於本人財產或其他利益之事實外，並以行為人具有圖利自己或第三人或損害本人利益之意思為構成要件。此項犯意，即屬於構成犯罪事實之一部。自應依證據認定，不能僅以客觀上發生損害本人利益之事實，遽推定其有前項犯意；同院二十八年上字第三四六七號判決：原判決認上訴人向某甲行使之偽卷，為其故意收集而來，論以收集偽卷罪刑，係以上訴人同時收贖乙丙丁之豬隻，亦曾雜用是項偽卷，為其證明方法

。但此項雜用偽卷之經過，僅能證明上訴人有屢次行使偽卷之事實；而認定此項偽卷係收集而來，仍須有相當證據，以資證明。原審乃以其屢次行使之事實，即採為收集偽卷之根據，殊與認定犯罪事實，應憑證據之規定不合，是其適例。即修正刑事訴訟法雖認檢察官就被告犯罪事實，有舉證責任；但仍認法院有調查證據之職權，原則上亦不許為事實上推定。惟事實上推定，並非立證責任之移轉之問題，實係立證必要性之問題。依事實上推定之法理，其根據之要者，雖有

1. 以處分權主義之訴訟理論為其背景。

當事人之一方，本應就某事實立證。如從得由某事實，而推測他事實之存在之關係，其立證並無爭執時，視為一種權利之捨棄。惟刑事訴訟，以發見實體的真實為其目的。且採職權主義，對於證據之調查，本屬法院之職權，故事實上推定，並不生權利捨棄之問題。

2. 解免立證上之困難。

在當事人主義之程序上，為補救立證上困難，許為事實上推定，如故意、過失之類關於人的內心之主觀的事實，固較為合理；惟採職權主義之訴訟程序，既不採英美法之當事人處分權主義，亦不如日本法之以當事人為其中心，法院為其補充。真實之發見，既屬法院之職權，亦不宜為解免立證上困難之理由，許其為事實上推定。

3. 不重視經驗法則之相對性、主觀性。

其絕對性、客觀性之經驗法則，作為事實上推定之根據。

4. 不考慮現象之特殊性，

僅考慮其普遍性。

5. 使其類型化；

但一般認為基於證據裁判主義之理論，固不許不依證據，而為事實上推定。最高法院四十三年台上字第三三四號判決：原審並未查有上訴人故意詐冒重領之確切證據，徒以其父隨長子同住，計有兩年，推定上訴人明知其父之配給實物，已為其兄報

領，而重複冒領，持爲論罪之根據。對於其兄應於其父遷出時，報請取銷配給而不報請一節，則置之不論，顯與犯罪事實應依證據認定之法則有違，即其一例。但下列事實，除另有證明外，仍許爲事實上推定。

1. 無罪之推定。

最高法院三十年上字第八一六號判決：認定不利於被告之事實，須依積極證據；苟積極證據，不足爲不利於被告事實之認定時，即應爲有利於被告之認定，更不必有何有利之證據，即其適例。

2. 阻却違法性事由不存在之推定。

3. 身體精神健全之推定。

4. 中間情形之推定。

5. 知情之推定。

係從某種狀況、狀態而爲知情之推定。如：古物商，以與市價顯不相當之價值收購，或在秘密場所或方法交易，或在深夜取貨之類，得從此狀況，而推定其係知情收買贓物；又如姦淫未滿十四歲之女子，從其容貌、發育狀態等印象，推定被告知悉被害人爲少女之類。

6. 狀態繼續之推定，如：

A. 生命繼續之推定。

在未證明其死亡之事實前，推定其生命繼續存在。

B. 疾病繼續之推定。

患有慢性疾病，尤其心神障礙者，非經專門醫師證明其障礙已不存在，可推定其疾病之狀態，仍然繼續存在；惟間發的精神病態者，行爲時是否在心神喪失或精神耗弱之中，仍應經由專門精神病醫學研究之人予以診察鑑定，既不得以其在事前事後偶回常態，而推定其非心神喪失人或精神耗弱人；亦不得以其素患精神病，而推定其行爲時，即在精神

耗弱或心神喪失中。

C. 姦通關係繼續之推定。

男女間經發生肉體關係後，除因感情破裂或其他情事不能繼續外，其性的關係，一般得推定其仍在繼續中。

7. 共犯之推定。

最高法院二十年上字第一八六三號判決曾有「甲乙同時向丙丁二人毆打，既不能證明各別起意，則被害人受傷後之結果，縱有致死與否之分，自應令加害者負傷害人致死之罪責，方為允洽」之例。

二、

修正刑事訴訟法第一百五十五條第二項定曰：無證據能力之證據，不得作為判斷之依據。何種證據，無證據能力，亦與一般立法例同，殊少積極的規定，僅消極的就無證據能力或其能力限制之情形加以規定。故證據能力所研究者，並非證據能力本身之問題，乃證據能力之否定或限制之問題。稱證據能力，指具有可為嚴格的證明資料之能力，或稱證據資格，亦即證據之適格性。何種證據，具有適格性，英美法與大陸法因其基本理論之不同，而異其重點。英美法因採陪審裁判制及當事人處分權主義，為適應證據價值及實務上政策 (Practical policy) 之要求，乃按證據許容性 (Admissibility) 之理論加以處理，為防止陪審先入為主，或受社會輿論之影響，或誤用推論之經驗法則，或迷於被告之社會的地位或經歷，或惑於被告之巧辯，致有偏見或涉及感情或專斷之弊，限制可以使用為證據之範圍，即就證據之許容性設有嚴格之法則，以保障證據之證明力。是必其證據，依一般常識，足認其具有合理的根據，即須有某種程度之證據價值。如其證據，未達某種程度之證據價值，即應予以排斥，且某種之證據事實 (Evidential facts)，雖具有相當證據價值；但基於實務上政策之理由，排除其實質上具有 A、過分偏見，B、不正當之意外，C、爭點混亂諸種危險之證據。並為確保當事人之訴訟上權利，賦與當事人反對發問權，排斥傳聞證據。必基於訴訟上必要性與信用性之狀況的保障之法理，認有傳聞法則之例外。大陸法因採法官裁判制，並為發揮職權進行主義之

效能，對於證據能力，殊少加以限制。凡得為證據之資料，均具有論理的證據能力。惟德意志法，關於證據能力之理論，則按程序禁止之法理 (Beweisverfahrensverbot) 與證據禁止 (Beweisverbot) 之法理加以處理。程序禁止，乃就證據資料之蒐集與調查之程序設其條件；而證據禁止，則係就其證據資料可否利用為認定事實之基礎，設其條件。故證據資料，並非當然即得利用為認定事實之基礎，仍應經合法之調查證據程序。如未經合法調查之證據，既有背直接審理主義、言詞審理主義之條件，自不得為認定事實之基礎。因之，違背蒐集程序之禁止，其影響證據能力較小。且證據，有屬於供述證據者，有屬於物的證據者。違背供述證據之規定，如非任意性之自白之類，固影響其證據能力，即禁止其為證據；違背物的證據之規定，如搜索、扣押程序之違法，不特於證據能力無甚影響，且其證據價值，亦殊少變更。違背調查程序之禁止，雖禁止其為證據；但非證據是否適格之問題，乃證據價值之問題。蓋未經合法調查之證據，既無從產生合理之心證，即無從為合理的價值判斷，真實隨而無從發見。修正刑事訴訟法第一百五十五條第二項無證據能力之證據，與未經合法調查之證據並列，即是之故。且何種資料可為證據，在採法官裁判制及職權進行主義，本可得其合理之決定，不宜加以嚴格之限制，致妨害證據之蒐集與調查，縮小心證之範圍，影響真實之發見。惟證據資料之能力，如漫無標準，不特真實性有疑義，或缺乏關連性之證據，仍許裁判官依其心證自由判斷其證明力，難免影響心證之正確；且訴訟程序之所以採直接審理主義及言詞主義，原在發見實體的真實，並非重在形式的調查程序，無從直接審理，或非以言詞陳述，如許作為證據資料，亦有背實體的真實發見主義之精神。故本法雖採職權進行主義及自由心證主義；但得為證據之資料，縱不如英美法之採證據排除規則之嚴格，並非漫無限制；且其限制，有絕對與相對之分。前者，如自白之非任意性之類，絕對禁止作為證據，並不許以經被告之同意，或其他情形，而回復其證據能力；後者，如不合法定程式之勘驗之類，雖無勘驗之證據能力，但仍具有為他證據之資格。修正第一百五十六條第一項第一百五十九條及第一百六十條，即本此旨趣，設其規定，但其限制證據能力，亦不以此為限，其要者，得細述之如次：

一、直接審理之原則

認定犯罪事實所憑之證據，所以應經直經審理者，蓋在使裁判官憑其直接之審理，藉以發見證據之態度，形成正確之心證，為證據證明力之合理判斷。故其證據資料，不能依直接審理之方式加以調查者，如單純傳聞之詞，審查報告、調查報告，警察機關案件移送者，起訴書、自訴狀、意見書之類，固不認其有證據能力；即訴訟行為之方式，雖有採言詞者，有採書面者；惟修正刑事訴訟法仍採職權主義及自由心證主義，為期發見真實，明瞭陳述之內容，以採言詞審理主義為原則。故證人應以言詞陳述，始得作為證據。如證人不能到場，或有其他必要情形，亦得就其所在，或於其所在地法院訊問；（修正第一百七十七條），並無許其以書面為陳述。（修正前第一百六十四條同其規定）最高法院十九年上字第一七一〇號判決；法院採用證言，應以言詞訊問為原則，即有不得已之情形，亦須就其所在，或於其所在地法院訊問。若證人僅以書面代當庭之陳述，不得採為認定事實之根據；同院二十年上字第一三三三號判決；證人並未親身到庭，僅提出書面，以代陳述，殊難發生書證之效力各云云，即本此旨趣。惟修正第一百五十九條規定曰：證人於審判外之陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。論者有以該條規定，與日本刑事訴訟法第三百二十條相似，係關於傳聞證據之規定。既認傳聞證據，原則上並無證據能力；而該條僅定除法律有規定外，如無日本刑事訴訟法第三百二十一條至第三百二十八條就其例外情形加以規定，且所謂「法律有規定」，究何所指？尤欠明瞭，日後適用時難免發生窒礙者。惟傳聞證據，除證人僅以書面代當庭之陳述，有背直接審理之原則，並無證據能力外，其含義尚有：①在審判期日外其所作成之供述書，或錄取其供述之筆錄（證據書類），②在審判期日以他人之供述為內容所為之供述（傳聞供述）二種。修正刑事訴訟法第一百五十九條所謂證人於審判外之陳述，除法律有規定外，不得作為證據，究係排斥傳聞證據之原則的規定，抑係關於直接審理之規定，且該條所謂「法律有規定」，其規定如何，是否排斥傳聞證據之例外規定，抑係指所規定之證據，如經判決法院直接審理，並非無證據能力，仍應從修正刑事訴訟法之訴訟程序是否與英美法及日本法之制度相當，求其解答。蓋英美法採徹底的當事人主義，起訴狀一本主義，公判中心主義，不特證據，應在公判庭提出，藉以防止預斷；且證據，係由當事人自行收集提出，並由其親自詢問。行直接發問之當事人，一般僅就有利於己之事項加以詢問，證人，亦僅就有利於該當事人之事項而為答覆。故如僅經直接發問，該證人之陳述，難免有不盡不實，為担保供述

之真實性，乃賦與對方當事人以對面權。美國憲法修正第六條及各州憲法設有應賦與刑事被告與不利於己之證人對面 (Confrontation fact to fact) 之規定，即反對發問權，藉以揭發證言之隱藏、附和或虛偽，以期發見真實。傳聞證據，既無從直接對原供述者加以發問，且其供述，非在為裁判之裁判官前為之，並有使事實真實性發生偏差之危險。且供述證據，一般所以採宣誓，直接對審，交互詢問等方法者，其作用原在保障其供述之真實性。宣誓，係證人不為虛偽陳述之誓言，使證人受心理上影響，不敢為虛偽或錯誤之陳述。直接對審，即在為裁判之裁判官前為之，使裁判官直接接觸證人之人格，藉以觀察為證言時之行動，判明其供述之憑信性。交互詢問，係由當事人交互為必要之發問，斟酌證言之內容，以發見證言之虛偽與錯誤。傳聞證據，既無從依反對發問，而担保其供述之真實性；且傳聞供述之與原始供述上關係，係具有重複報告 (Double report) 之性質。傳聞供述，往往由於供述者之故意或過失，為與原始供述有異之供述，致與事實真實性發生偏差。如許以傳聞證據提出於法院，作為判決之資料，無異許以與原始供述內容相反之供述為證據，殊有背發見真實之作用。英美法乃基於證明政策之要求，原則上不認傳聞證據具有證據能力；故傳聞證據之排除，於供述證據始有之，不以人之供述 Statement 為內容之證據，並不生傳聞證據之概念。但其證言，具有前已受反對發問，或按其情況可以信用，既可減少通常所應警戒之不信用性 (Untruthworthiness) 之危險，足以補正未經反對發問之缺點之情形，仍許其為證據，則為例外。日本現行刑事訴訟法因受英美法之影響，亦側重於當事人主義，並採起訴狀一本主義，公判中心主義。因認為裁判基礎之資料，限於在公判提出，並本直經審理之原則，證據應在裁判官前調查之，且為保障被告反對發問權，於日本憲法第三十七條第二項規定刑事被告應賦與以對於一切證人充份審問機會之權利。傳聞證據，既非在認定事實之裁判官前為之，裁判官無從判明其證言之憑信性，有背直接審理主義之原則，且無從賦與反對發問之機會，故日本刑事訴訟法第三百二十條規定，以書面代審判期日之供述，或以證人在審判期日外之供述為內容所為之供述，不得作為證據，亦即就排斥傳聞證據之證據能力。設其原則性規定，與英美法同其法理上根據。如傳聞證據，具有信用性之情況的保障與必要性，則按其性質，係證據書類，抑係傳聞證言；係被告以外之人之供述，抑係被告之供述；係在裁判官前，抑在檢察官前或其他；係供述書、供述錄取書、檢證書、鑑定書、或其他特種文書，於同法第三百二十

一條至三百二十四條設其列舉規定，仍例外的許容某種傳聞證據，具有證據能力。且認該法所以排除傳聞證據，原在確保當事人反對發問權。此項權利，並非絕對不許拋棄。如檢察官及被告同意為證據之書面或供述，經考慮其書面之作成，或供述之情況認爲相當時，依日本刑事訴訟法第三百二十六條第一項之規定，本當事人主義之精神，亦認當事人同意之證據，具有證據能力，得爲證據；並倣英美法合意書制度，於日本刑事訴訟法第三百二十七條規定，經檢察官及被告或辯護人之合意，將文書之內容，或預料於審判期日到庭所爲供述之內容記載於書面，提出於法院時，法院得不調查其文書或供述，逕以其書面爲證據。因之，日本現行刑事訴訟法之排除傳聞證據，亦以其有害當事人反對發問權之行使，且缺乏信用性，爲其法理上根據。如其傳聞證據，具有信用性之情況的保障（日本刑事訴訟法第三百二十一條至第三百二十四條），或基於當事人之同意（同法第三百二十六條），或由於當事人之合意（同法第三百二十七條），或其所爭訊者，爲供述之證明力，並非供述之證據能力（同法第三百二十八條），既經當事人拋棄其反對發問權，或與行使反對發問權同其效果，與當事人主義之精神並無違背，自仍許其爲證據。然我修正刑事訴訟法之訴訟程序，仍不採起訴狀一本主義，並採裁判中心主義。既認訴訟之進行，與證據之調查，係屬法院之職權。爲便於進行訴訟及蒐集證據，不特於起訴時，應於起訴書記載「證據」，並應將卷宗及證物一併送交法院（修正第二百六十四條第二項第二款第三項），使裁判官就該案件預有相當知識，不認於審判期日前，有防止裁判官預斷之必要；並爲審判之準備，亦許其審判期日前蒐集或調查證據（修正第二百七十三條至第二百七十九條第一七十一條）；且實施刑事訴訟程序之公務員就該案件應於被告有利及不利之情形一律注意（修正第二條），並由檢察官及推事訊問，亦不生當事人進行主義之主發問，僅就其有利之事項而爲陳述。雖賦與當事人以詰問證人之權（修正第二百四十八條第一百六十六條）；但係訊問證人後，爲使其陳述明確，或爲判斷其真偽而設之調查證據程序，與英美法之交互詢問制不同，並不生確保反對發問權之問題。既認法院或受命推事於審判期日前（修正第二百七十三條第二百七十九條），檢察官或司法檢察官或司法警察在偵查中（修正第二百二十八條至第二百三十一條第二百四十八條），均有訊問被告及證人之權，其供述並非以在爲裁判之裁判官前爲之爲必要。是卷宗內之筆錄及其他文書仍可爲證據（修正第一百六十五條）；亦不認爲保障當事人反對發問權，並不禁止證人在

審判期日以他人在審判期日外之陳述爲內容所爲之陳述作爲證據。故修正第一百五十九條雖汎定曰：證人於審判外之陳述，除法律有規定者外，不得作爲證據；但該條修正說明，本案仍以大陸法之職權進行主義爲基礎，以發揮職權主義之效能，對於證據能力，殊少加以限制，凡得爲證據之資料，均具有證據能力；惟其訴訟程序，所以採直接審理主義及言詞主義，原在使裁判官憑其直接之審理及言詞之陳述，獲得態度證據，形成正確之心理，以爲證據證明力之判斷。證人以書面代到庭之陳述，與直接審理主義及言詞主義有違。故規定除法律有規定者外，不得作爲證據。修正刑事訴訟法既仍採法官裁判制，並以職權進行主義爲其基本，自無當事人進行之缺點，亦無陪審裁判之顧慮，即無援照英美法及日本法之法理，排除傳聞證據並設其例外規定之必要。因之，證據書類及傳聞供述，仍以法律規定許其具有證據能力，僅生證明力之問題。而證人以書面代到庭之陳述，既有背直接審理主義及言詞主義之原則，乃不認其有證據能力。

二、任意性法則

被告之自白，以出於任意，即具有任意性，爲取得證據能力之要件，爲英美法及大陸法所共認。修正刑事訴訟法第一百五十六條第一項亦規定被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得爲證據。被告之自白，所以須出於任意者，其理由，在學說上固有虛偽排除說及擁護人權說之分；然在證據法則上，固與自白之補強性及自白之真實性之關係，異其觀點。蓋主虛偽排除說者，重在證據之證明力，認自白係出於某種誘導行爲，其陳述多屬虛偽，缺乏真實性。故非任意性之自白，既缺乏證明力，自不得作爲證據，換言之，自白之所以出於任意性爲要件，乃在排除虛偽。如其自白，具有真實性，仍認其有證據能力，即與自白之任意性，同其根據。主擁護人權說者，則認自白之非出於任意，有背人權之保障。故非任意性之自白，無論其是否與事實相符，均無證據能力，即認自白之任意性與真實性，異其根據，自白之所以須具有任意性，係在保障被告之自由權。被告對於犯罪事實，本有得依其自由意思，而決定其供述與否之權。如侵害此項自由權，其所取得之自白，即非任意性之自白。然此項自白，其內容有與事實相符，即具真實性者，有與事實不相符，即不具真

實性者。非真實性之非任意性自白，固應本侵害自由權之理由，不認其有證據能力；即真實性之非任意性自白，雖其陳述與事實相符；但其自白，既非出於任意性，亦本保障人權之自由，不認其有證據能力。修正刑事訴訟法第一百五十六條第一項與修正前之第二百七十條第一項同。是最高法院二十九年上字第一四五七號判決：「被告之自白，得為證據者，依刑事訴訟法（舊）第二百七十條第一項規定須具備(1)非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺或其他不正之方法，(2)與事實相符之兩種要件。故該項自白，苟係出於上述之不正方法，即無論其是否與事實相符，根本上已失其證據能力，不得採為判斷事實之證據資料」之例，仍可援用。惟修正第一百五十六條第一項規定取自白之不正方法，除強暴、脅迫、利誘、詐欺、或其他不正之方法，與修正前之第二百七十條第一項同外，並增違法羈押一種。但不曰不當之長期間拘禁，是其適用範圍較狹。其稱違法羈押，並不限於無權羈押；即逾期羈押或其他違背羈押程序者，亦包括在內。修正刑事訴訟法仍不認被告拒絕到庭權，默秘權及拒絕陳述權。被告之自白，是否出於任意發生爭執時，應否負舉證責任，及由何方舉證？英美判例上有認為屬於檢察方面者，有認為自白，一般得推定其出於任意；如被告主張為非任意性時，應由被告負舉證責任者，有以必被告不攻擊其自白係出於不當之誘導，其自白始得為證據；如其自白是否出於不當之誘導有疑義時，檢察方面負舉證責任，使法院確信其事實並不存在者，並不一致。日本現行刑事訴訟法因受英美法之影響，側重於當事人主義。被告自白是否出於任意性，其舉證責任，固在檢察官；但檢察官以被告之自白為證據時，本無庸就其任意性舉證。必被告主張其自白並非出於任意性，或法院就其自白是否任意性有疑義時，始有舉證以證明其任意性之必要。我國刑事訴訟制度，採職權進行主義。證據之調查，本屬法院之職權。故被告主張其自白並非出於任意性，法院固應依職權加以調查；但實際上認為非有確實證據，足以證明其出於非任意性，仍認其具有證據能力，無異對於被告在審判外之自白，推定為任意性，此不特有偏重自白之弊；且幾使被告負其舉證責任。況被告之自白是否出於任意性有疑義時，即所謂疑性自白，本法並無如日本刑事訴訟法第三百十九條第一項後段亦不得為證據之規定。是被告之自白，是否出於任意，雖有疑義，並非證據能力有無之問題，乃證據證明力之問題。如法院採為證據，亦不得指為違法，究非保護被告之道。修正刑事訴訟法就此仍未設其規定；第一百六十一條雖僅就檢察官對於被告犯罪事實之舉證責任，設其規定；如解為檢察

官提出被告之自白，爲其犯罪事實之證明方法時，苟被告主張其自白並非出於任意性者，仍應由檢察官負舉證責任，適用時當可減輕採證上之困難。

三、意見法則

供述證據，係以人之供述 (assertion by human being) 提供立證其陳述內容事項爲真實。因其供述內容之不同，本將分爲體驗供述與意見供述二種。前者，指其人係就其自己所體驗之事實而爲供述；後者，則指其人供其特別知識經驗，就某事項陳述其意見。證人，係將其自己知覺所體驗之事實，提出報告，作爲證據，屬於體驗供述之一種，其特性在其所陳述者，係自己所體驗之過去事實，並非提供由體驗分離之單純意見，與鑑定人或鑑定證人之提供特別知識經驗，係屬意見供述有別。英美法認鑑定人，亦證人之一種，乃依意見法則，而區別鑑定人與證人。大陸法既分人之供述，爲證人之證言，鑑定人之鑑定。乃依其供述之內容，定其區別之標準。刑事訴訟之目的，在發見真實；而真實之發見，則由於立證。供述證據之爲證據，其機能在於依其供述，得於立證上提供其客觀的事實之報告。基此一定的具體資料，藉以發見真實。且在採證據裁判主義及自由心證主義之立法例，認定犯罪事實，固應憑證據；而證據之證明力，則應由法院自由判斷之，既不許裁判官自行提供證據；亦不許證據，具有判斷之機能。因認證人，僅以其供述，爲提供客觀的事實之資料；至其資料，可否供證明之用，乃本其意見或推測之作用。此項意見或推測，屬於有認定事實職權之裁判官，並非屬於提供事實證據之證人。如許證人，除提供事實外，得陳述其意見或推測，不特侵害裁判官之機能，且有使立證混亂，發生偏見之虞。蓋由事實而生推測與意見之判斷作用，屬於事實之認定作用。此項認定作用，應由裁判官行之。證人之證言，其機能僅係提供裁判官可爲認定資料之客觀的事實。如許證人提供意見，難免超越證人之機能，具有裁判官之機能。且證人之意見或推測，在證據上本無價值。如許其提供，不特使立證混亂，且有提供偏見或預測之危險，致有碍於真實之發見，影響公正事實之認定。故修正刑事訴訟法第一百六十條明定：證人之個人意見或推測之詞，不得作爲證據，即不認證人之意見供述具有證據能力。因之，證人所提供者，爲事實 (fact)，並非意見 (

opinion)。惟何者爲事實，何者爲意見，一般從其程度及實效分。蓋證人，係陳述其自己知覺所體驗之事實，以其所提出之報告，作爲證據，具有不可代替性；且其提供之客觀的事實，尙應經裁判官之推測始得判斷其證明力。惟單純意見或推測，不特任何人均有之，具有代替性，與證人之特性不符，其所提供者，如爲意見或推測之供述，並不得作爲證據資料；且證據證明力之判斷，係基於裁判官之意見，並無依賴證人陳述其意見之必要。證人之個人意見或推測，既非訊問之對象，且其意見供述，並不足爲證據資料，因認其並無證據能力。惟無意見之推測，係基於客觀的參考材料爲前提，而陳述其體驗事實。此項意見供述，可否作爲證據？英美法認意見證據 (Opinion evidence) 所以無證據能力，其理由與排除傳聞證據、性格證據同，在防止陪審員基此毫無根據之推定，致影響其判斷，且有剝奪陪審機能之虞。某種事項，須具有專門知識者始能瞭解，並非普通人之陪審員所能理解者，固許鑑定人陳述其意見，如證人所觀察之資料，普通人之陪審員亦得理解者，則毋庸證人提供意見。因認證人係提供就該事件其自己體驗之知識，並非本其單純推測者 Mere guesser 之身分，提供其推測。故單純意見 Mere opinion 或無合理價值之意見 opinion without assigning a reason，既非基於客觀的資料 objective data 直接體驗而來，此項推測，爲認定事實者既自有之，自無由一般證人提供其意見之必要，乃依意見法則加以排斥。但下列事項，證人係基其自己之體驗所爲之推測、仍許其作爲證據：

1. 同一性 identity，
2. 某種狀態 Condition 例如：心理狀態（包括某人之動機如何，感情如何等），疾病狀態之類；
3. 年齡 age，容貌 appearance，
4. 事物之類似 resemblance of thing，
5. 氣候 weather，
6. 物品之價格、性質、積量、或色彩，
7. 精神之正常性，

8. 物之占有或所有事項，

之類。日本刑事訴訟法第一百五十六條規定，證人，得供述依其實驗事實所推測之事項，前項供述，雖屬鑑定，仍具有為證言之效力。是分推測事項，為與實驗事實相關連者，及與實驗事實不相關連者二種。與實驗事實不相關連之單純推測事項之供述，或由供事實推測之意見，固不認其有證據能力，但與實驗事實相關連之推測事項，其推測係依特別知識經驗者，具有鑑定之性質，固有證據能力；即普通實驗之事實，常含有推測之要素。證人本其實驗事實所為之推測，依該條規定，亦具有為證言之效力。至如何內容，始屬依其實驗事實所推測之事項，日本現行法亦未以明文直接加以規定，委諸裁判官按其具體情形裁量之。我修正刑事訴訟法第一百六十條僅定曰：證人之個人意見或推測之詞，雖與日本刑事訴訟法第一百五十六條異其規定方法；然證人所提供之意見，或所推測之事項，本有與其體驗事實毫無關係者，有與其體驗事實相混合者，有其體驗之事實，通常含有推測要素者。證人所提供之意見或推測，與其所體驗之事實毫無關係者，固屬證人個人意見或推測之詞，依該條規定固不認其有證據能力；如證人依其體驗事實，而提供之意見或推測之事項，無論係與體驗事實相混合，抑係含有推測要素，既與體驗事實，並無顯著差別，難以劃分，且必混合或包含始得發現其真相，例如：詢以你看見被告時，是否酒醉？據答：我看見他，手持酒瓶，走路顛顛倒倒，有酒醉的樣子；又如：詢以你看見的犯人，是胖的，還是瘦的？據答：不瘦也不胖」之類，既非單純個人意見或推測之詞，仍應認其有證據能力。

四、關連性法則

稱關連性（relevancy），指就要證事實，具有得推測其存在或不存在之可能的關係；簡言之，即得推理要證事實存否之相當性。刑事裁判，依不告不理之原則，不得對於未經起訴之犯罪加以審判，是審判，以訴之存在為前提。訴，以案件為其對象，即以訴特定審判之範圍，亦即檢察官所主張之犯罪事實。欲特定可供推測之資料，必先預定其可以推理之事實。起訴事實之主要事實及其關連事實，係以預定可以推理之事實；可以推理之事實預定，則可供推測資料之範圍，即隨而特定。因之，其

資料並不足以供推測所應推理之事實者，既與要證事實並無關連性，即無證據能力，自無調查之必要。故必於要證事實具有關連性之情況事實是否存在，始應依證據加以調查；且其所調查者，亦必與足供推測與要證事實具有關連性之情況事實存否之證據。故關連性，不特為取得證據能力之條件，即英美法上之證據許容性（Admissibility）；且具有限定調查證據範圍之機能。惟證據能力，係關於證據之法則的規則；而關連性，則係法以前之論理的經驗的事物間之關係，亦即論理的關連性。且關連性，從其應受客觀的事物間關係之知識的拘束，不得任意決定，固與自由心證之應以關連性，判斷其證據之價值同出一轍；但證據評價之關連性，乃證據經現實調查後之作業，檢討其與現實間之可能的關係，具體的關連，屬於現實的可能；而證據能力之關連性，係調查與假定之要證事實間具有可能的關係之證據，為調查證據前之作業，抽象的關連，亦即單純的可能，可能的可能。故證據之關連性，其證據僅與要證事實間，具有關連性，尚未形成如何之心證；而刑事訴訟之目的，在發見實體的真實。調查證據之作成，固在形成心證；且採自由心證主義，關於證據之評價，亦不受法的限制；但為發見實體的真實，仍應受關連性之拘束，藉以限制其發見真實之有用資料。是證據證明力之關連性，則係排斥擬制的真實。英美法對於事實之立證，限於與某事實具有某種關連性者，即本此旨趣。且得為推理要證事實之證據，本有供述證據與情況證據二種。供述證據，乃由特定人供述一定事實，而推理其供述有關事實之存在，應以供述者所得供述之事實與要證事實間定其關連性之有無。情況證據，係利用某事實而推理要證事實。稱要證事實以外之事實，為間接事實，或稱情況證據。證明此項間接事實存否之證據，為間接證據。惟此項間接證據，應視其是否足供為推測要證事實之資料，即其情況證據與要證事實間是否具有可能的關係，換言之，即是否具有關連性，為有無證據能力之標準。英美法雖認欠缺關連性之證據，無許容性，但①提出證據時，雖無關連性；如因與以後提出之證據，而具有關連性者，得以以後提出其證據為條件，許提出無關連性之證據，或稱之為附條件許容性（Conditional admissibility），②當事人一方提出無許容性之證據，他造當事人不聲明異議時，法院得許容其為證據提出，或稱之為治療的許容性（Curative admissibility），③有關連性之證據，為排除不當偏見（Undue Prejudice），防止爭點之混亂（Confusion of issue）及排除意外之不正（Unfair Surprise）起見，亦不許容其為證據提出。蓋英美法因採陪審裁判制，以陪

審員爲事實之認定；且採當事人主義，證據資料之提出，本屬當事人之責任，故原則上有關連性證據之限制。日本現制，仍採法官裁判制，以具有專門學識經驗之裁判官，職司事實之認定；且其訴訟程序，雖側重於當事人主義；但仍以職權主義爲補充。故雖採起訴狀一本主義，並當事人有舉證責任；惟證據是否具有關連性，有無證據能力，並無法的明文加以限制。我修正刑事訴訟法亦採法官裁判制，並仍以職權進行主義爲其基本。對於證據能力之限制，固殊少法律上限制；但實際上本於證據裁判主義及自由心證主義之理論，並爲適應訴訟經濟之要求，不特認缺乏關連性之證據，並無證據能力，不足爲推理要證事實存否之資料。最高法院二十九年上字第三一〇五號判決：刑事訴訟法上所謂認定犯罪事實之證據，係指定以認定被告確有犯罪行爲之積極證據而言。該項證據，自須適合於被告犯罪事實之認定，始得採爲斷罪資料，是其一例；且以限定調查證據之範圍。最高法院二十九年上字第三一一六號判決：原審於被告聲請傳訊之證人某甲不予傳訊，並未以裁定駁回其聲請，揆之刑事訴訟法第二百七十九條（修正第一百七十二條同）之規定，其訴訟程序雖不無違誤；但被告請求傳訊某甲，僅係證明其家貧無力購買槍枝之一點。原審判決既不以被告持有槍枝爲論罪之依據，則某甲到案，縱能證明被告確無購槍情事，仍難執爲有利之證明。是原審訴訟程序之違背法令，於判決顯無影響，即本此旨趣。惟關連性法則，乃證據能力之相對的限制。在調查證據前，固屬證據能力之問題，法院對此顯無關連性之證據，自無庸加以調查；如是否與要證事實缺乏關連性有疑義，仍得加以調查，在調查證據後，則屬證據證明力之問題。該項證據，既與要證事實缺乏關連性，即非發見真實之有用資料，自不得據爲斷罪基礎。修正刑事訴訟法雖未就缺乏關連性之證據，設其限制規定；但該證據既與認定事實並不適合，即缺乏論理的證據能力。故修正第一百五十五條第二項汎稱無證據能力之證據，不得作爲判斷之依據，其理由當亦指此。

五、合法性原則

立證程序之目的，在發見真實。而程序之構成，固求其如何迅速確實的發見真實之事實。惟對於證據之蒐集過程，採證過程，並應担保其合法性，藉以保障人權。故關於證據之蒐集程序，既設有嚴格條件；即關於調查證據之方式，亦以法律嚴加管

制，以保持程序之公正。因之，程序之機能，本具有確實性與迅速性之機能及論理之機能。為調和此二機能，雖規定其各種條件及效果；但其證據資料，仍難免有由於違反法定程序條件而取得之者。此項證據，是否具有證據能力，法律上一般僅就供述證據加以規定；物的證據，則殊少就其條件與效果上設其原則性的規定。美國判例法之傳統見解，本認違法之搜索或扣押，於證據之許容性並無影響；但自一九一四年聯邦最高法院判決後，州之判例，亦多否定其證據之許容性。聯邦刑事訴訟規則第四十一條第七項更規定依違法搜索、扣押所取得之證據，具有一定之條件者，不認其有許容性。惟一般認程序之違法與證據能力具有何等關係，應從程序之機能上求其解答。蓋程序所定之條件中，有僅係為取得證據資料而規定之方法，於人權之保障並無直接關係者，有於人權之保障具有直接關係者。前者，其違反程序之條件，雖屬違法，但於證據能力並無影響；後者，違反其程序之條件，有認於證據能力有影響者，有認為必其程序之條件，係為保護被告在訴訟上之法的利益而設，違反此項程序，始於證據能力有影響者。在探職權主義之立法例對於被告在訴訟上之法的利益不甚重視。因之，證據之蒐集程序，雖具有違法性；但無論其係程序違法，抑係其原因有背條件的規定，於證據物之證據價值並無影響。修正後刑事訴訟法對於被告利益之保護，較為重視。是其違背蒐集程序之禁止規定，係為保障人權（如修正第一百五十六條第一項第一百九十六條），或保持國家利益（修正第一百二十七條第一百三十四條），或為取得證據之不法原因（如無勘驗權人之勘驗，無搜索票之搜索，並無修正第一百二十九條至一百三十一條之情形）者，仍不認其有證據能力，得分述之如次：

1. 物的證據能力與程序違法

a. 檢證程序之違法

檢證，係採取物的證據之方法，其程序，法律上設有限制之規定。如其程序違法，是否影響證據能力，因立法例上所採制度之不同，而異其標準。我國修正刑事訴訟法仍認法院或檢察官因調查證據及犯罪情形，得實施勘驗，並不以基於令狀為前提，與日本現行刑事訴訟法有異。故檢察官之實施勘驗，其作成之勘驗筆錄，固具有證據能力；但司法警察官或司法警察依修正刑事訴訟法第二百二十九條至第二百三十一條之規定雖有偵查犯罪之職權；但並非實施勘驗程

序之公務員。本實施勘驗之程序所作成之勘驗筆錄及所制作之圖畫或照片，如現場圖、現場表演照片之類，均不認其具有勘驗程序所取得之證據能力，且無勘驗權之人所實施之勘驗亦同。不過此項限制，僅具有相對作用，並非絕對禁止。如法律別有規定，或具有其他證據能力者，仍非毫無證據能力。

市長及公安局長，均為刑事訴訟法第二百零八條之司法警察官，本不待檢察官之指揮，得逕行調查犯人、犯罪情形及必要之證據。本案當某甲屍體發現後，是否被害身死及犯人為何人，均不明瞭。該管市長、公安局長認為有調查之必要，選任醫師前往鑑定被害人致死原因，自為調查證據之一種方法。該鑑定書，既係由執行鑑定職務之醫師所制作，則當時奉令陪同醫師前往之市政府參事及公安局課長，不過居於見證之地位，並非實施勘驗程序之公務員，無論其有無司法警察官之身分，於鑑定之證據能力自屬毫無影響。（最高法院二十七年上字第七三號判決）

b. 搜索扣押程序之違法

搜索，應用搜索票，記載①應搜索之被告或應扣押之物，②應加搜索之處所、身體或物件，偵查中由檢察官簽名，審判中由審判長或受命推事簽名。司法警察或司法警察官雖因偵查案件，認為有搜索之必要，亦應逕由檢察官或依法有權機關簽發搜索票，並無自行發票之權。（司法院院解字第三七四二號解釋參看）既無搜索票，又不具第一百三十條第一百三十一條之情形，逕行搜索或扣押，固不特其程序違背禁止之規定，且依此程序所取得之證據物，亦係基於不法原因而取得；但一般認為仍具有證據能力。蓋其扣押程序雖屬違法；但其扣押之證據物，其本身之性質、形狀並未變更，基其形狀等所生之價值，亦未改變，於證據能力並不因而有何影響。至無第一百四十六條第一項但書第三項或第一百四十七條所定情形，於夜間入內搜索或扣押，或搜索婦女身體，未命婦女行之等類違背程序禁止規定所搜索或扣押而得之證物，是否具有證據能力？一般認為此項程序禁止之規定，僅係就蒐集證據之方法而設，與證據能力並無直接之關係。

2. 人的證據能力與程序違法

a. 非任意性之自白

並不認其有證據能力（修正第一百五十六條第一項），重在保障被告人之人權。

違反此項程序禁止規定所取得之自白，亦證據禁止之效果，詳任意性法則。

b. 被告以外之人之供述證據

證人應令其具結，其作用在提高證人之責任心及警戒心，使爲誠實之陳述。故證人未於訊問前具結，亦未於訊問後補行具結，其所爲之陳述，僅足供事實上之參考。（最高法院二十三年六月十八日民刑庭總處決議）其未說明不得令其具結之原因，竟不令其具結，其證言亦缺乏證據能力。最高法院三十四年上字第八二四號判決：原審就證人某甲之調查，並未於訊問前或訊問後令其具結，又未說明不得令其具結之原因，按之刑事訴訟法第一百七十三條第一項之規定，關於該項證言之採取，不能謂非違法，卽此旨趣。

證人之訊問，依修正刑事訴訟法第一百九十二條準用第九十八條之規定，應出以懇切之態度，不得用強暴、脅迫、利誘、詐欺及其他不正之方法。如以不正方法，訊問證人，違反此項程序禁止之規定，於人權之保障具有直接關係。是依此違反程序規定所取得之證言，亦不認其有證據能力。

四、

基於不告不理之原則，法院不得就未經起訴之犯罪審判。因之，未受請求之事項，既不在法院審判之範圍，自無證據責任之問題。在訴訟制度之訴訟程序，應由當事人對於特定事實，依起訴之形式，提出其主張。未經當事人主張之事實，既不在法院審判之範圍，卽非證據責任之對象，並不生舉證之問題，固爲英美法與大陸法所共認。稱此當事人對於訴訟上爭點之事實提出其主張之責任，爲主張責任（*Burden of pleading the fact*）。惟當事人在訴訟上除主張責任外，應否負舉證責任？亦因採當事人主義及職權主義而有異。英美法因採徹底的當事人主義，當事人對於其所主張之特定事實，負舉證責任，使裁判官確信其事實之存在或不存在。如當事人未能就其所主張之特定事實，提出證據，證明其存在或不存在，使裁判官從而發生確信心，

則應負不利益裁判之危險。日本刑事訴訟法雖因受英美法之影響，側重於當事人主義；但仍以職權主義為其背景。其第二百九十八條規定檢察官、被告或辯護人得請求調查證據；法院認為必要時，亦得依職權調查之。是負有舉證責任之當事人固應負使裁判官得有近於確信之程度之舉證。如無此程度之舉證，法院得不依其職權收集，逕為負舉證責任當事人不利益之判斷；反之，當事人如已為此種程度之舉證，法院雖未得其確信心證，仍應依職權收集證據。倘法院認為已無收集之餘地時，亦得為負舉證責任當事人不利益之判斷。大陸法，因採職權主義，當事人雖應對於特定事實主張其存在或不存在，即負主張責任；但並不負舉證責任，法院應就當事人所主張之特定事實，依其職權逕為證據之蒐集與調查。法院既不得以當事人未能舉證使生確信心，而為不利益於當事人之裁判，並應就其所認定之事實，於裁判理由內記載其所憑之證據，此觀之最高法院二十年上字第八九三號判決：被告犯罪嫌疑，經審理事實之法院已盡其調查職責，仍不能發現確實證據足資證明時，自應為無罪判決；同院二十五年上字第三七〇六號判決：審理事實之法院對於被告之犯罪證據，應從各方面詳予調查，以期發見真實，苟非調查之途徑已窮，而被告之犯罪嫌疑仍屬不能證明，要難遽為無罪之判斷諸例自明。我修正刑事訴訟法雖仍以職權進行主義為其基本；但其訴訟程序，則漸次參酌當事人主義之精神，重視當事人在訴訟上之責任與利益。乃於修正刑事訴訟法第一百六十一條規定：檢察官就被告犯罪事實有舉證責任；並於第一百六十三條第一項定曰：法院因發見真實之必要，應依職權調查證據。是檢察官在訴訟上不特對於特定事實，負主張責任，並應負舉證責任，其作用在增強檢察官之訴追責任，以防止流為形式偵查機關之弊，且貫徹訴訟制度之精神，使追訴責任與審判責任有明顯之劃分。惟要證事實，本有基本事實與關連事實之分。前者，係指被告構成犯罪之事實，後者，則指與基本事實相關連之事實。修正刑事訴訟法第一百六十一條既定曰：檢察官就被告之犯罪事實，有舉證責任，即應就基本事實舉證。必檢察官已就被告之犯罪事實，即基本的事實，踐行其舉證責任後，法院為發見真實，仍得依職權調查證據，以資補充。至關連事實，尤其反對事實，當事人僅負主張責任，並不負舉證責任，其提出證據與否，依其必要性而定。

負舉證責任者，其舉出之證據，須具有何種程度之證明力，始得解免其舉證責任，換言之，裁判者為發見真實，達成公平

裁判之目的，其憑以認定事實之證據，固應達於確信之程度，惟此項確信心證之形成，係當事人之責任，抑係法院之責任，則因英法與大陸法所採制度之不同而有異。英法對於犯罪事實之證明，通常認舉證責任與說服責任同其意義，即應舉證至無可置疑之程度。如僅存有合理的可疑，仍應為被告無罪之判斷。日本刑事訴訟法因受英法之影響，雖側重於當事人主義；但仍以職權主義為其背景。是負舉證責任之當事人固應負有使裁判官近於確信程度之舉證。修正刑事訴訟法仍以職權主義為其基本原則。且刑事訴訟，以發見實體的真實為其目的，與英法之採形式的真實發見主義，裁判者對於當事人並無爭執之事實，不問其實質如何，均應為形式之認定者有別。故檢察官雖應就被告之犯罪事實，負舉證責任；但依其修正理由說明，其舉證以使法院得有合理的可疑之程度為已足。如檢察官提出之證據，已足使法院得有合理的可疑，其形式的舉證責任已盡；但法院為發見真實起見，仍應依職權調查證據，同時又於第一百六十三條第二項規定：當事人、辯護人、代理人或輔佐人得請求調查證據，以求證據之真實性。因之，負舉證責任之檢察官，其舉證並不足使法院得有合理的可疑，法院固得不依其職權收集證據，即為有利於被告之裁判；反之，如檢察官已為此種程度之舉證，法院雖未得其確信心證，仍應依職權收集證據，當事人、辯護人、代理人或輔佐人亦得請求調查證據。如法院已盡其調查職責，仍未能發現確實證據，得其確信心證，足資證明被告犯罪事實之存在者，應為無罪之判決，即認係檢察官與法院之共同作業，並不因檢察官之已盡舉證責任，而移轉於被告，與民事訴訟之採當事人主義，認各當事人就其所主張有利於己之事實，均應負舉證之責。故一方已有適當之證明者，相對人欲否認其主張，即不得不更舉反證之情形有異。故

一、負舉證責任之檢察官未能提出相當證據，足使法院就其所主張之被告犯罪事實，有合理的可疑，法院得不依其職權調查證據，逕為有利於被告之裁判，一反以往所本「被告有罪」之原則，且使追訴責任與審判責任，有明顯之界限。

二、如其所提出之證據，已足使法院就檢察官所主張之被告犯罪事實，得有合理的可疑，其形式的舉證責任已盡，法院為發見真實之必要，不問被告有無提出相當之證據，仍應依其職權，就有利及不利於被告之證據加以調查。

三、稱合理的可疑，指足使裁判官得有近於確信之程度。檢察官之舉證，即以有此程度為已足，並不負說服責任，即不負實質

的舉證責任。故檢察官既有此程度之舉證，其責任爲已盡，法院縱未得其確信心證，則屬其職權調查之範圍。

本法第一百六十一條僅規定檢察官就被告之犯罪事實，有舉證責任。是基本事實之舉證責任，固屬檢察官；而關連事實之立證，則應由法院依其職權調查之，已見前述。惟刑事訴訟目的之能否達成，於當事人，尤其被告不能謂爲毫無關係，故認當事人爲協助法院發見真實，仍負有提出證據之責任。此項責任，係本於當事人本身之必要與利益而設。雖無庸本當事人主義之理論，定其責任分担之原則；但在實務上本其收集證據之便宜，並爲適應當事人之必要與利益，仍有下列之分配：

一、主張犯罪事實之不存在（抗辯事實），由被告提出。

二、主張阻却違法性事由（如正當防衛、緊急避難之類）。以及阻却責任事由（如無責任能力之類）之存在，由被告提出；就被告主張之事實有爭執，即主張其不存在者，則由原告提出。

三、主張刑罰減免原因事實（如自首減輕之類）之存在，由被告提出；主張其不存在，則由原告提出。至裁判上得爲刑罰減免原因之事實，係屬裁量事實，無庸當事人提出證據。

四、主張刑罰加重原因之事實及法律上加重原因之存在，由原告提出；主張其不存在，則由被告提出。

五、刑法第二百三十九條之通姦罪，曾經配偶縱容或有恕（刑法第二百四十五條）之證明，由被告提出。

當事人之提出證據，其作用在協助法院發見真實，無非提供法院調查證據之途徑，既不足以拘束法院，亦不生證明程度之問題，固與檢察官之舉證責任無關，亦與英美法之提出證據，係本競技作用者有別。本法雖與舊法同，並未就被告未能提出相當反證，或其反證爲不可信之效果設其規定；但亦不得僅以被告之反證或否認犯罪所持之抗辯之不成立，持爲認定犯罪之論據，或以此資爲積極證據應予採信之理由（最高法院二十一年上字第四七四號判決，同院三十年上字第四八二號判決參看）。至當事人或辯護人聲請調查之證據，法院認爲並無調查之必要者，仍得以裁定駁回之。既未經駁回，亦未予以調查，又未於判決內明說不予調查之理由，其所踐行之訴訟程序，即屬違背法令；且修正前之刑事訴訟法基於職權主義及實體的真實發見主義之理論，對於證據之調查，係以法院之職權進行爲其中心，當事人僅處於補助之地位。故當事人之聲請調查證據，於法院之審理上，

祇具有刺激的、引誘的作用，既不足以限制法院之裁量權，亦不認一經當事人之聲請，法院即負有調查之義務，賦與當事人以權利的保障，既不採英美法之形式，基於當事人處分權之理論，認當事人在調查證據上就證據資料有自由處分權，故一經當事人之聲請，法院即負有調查之義務；亦不採日本法之折衷形式，雖側重於當事人主義，但仍以職權主義為其背景，並不認當事人有處分權，因認訴訟，係當事人與法院之共同作業，調查證據，亦當事人之責任，以當事人之蒐集證據資料為其中心，並認法院亦得依其職權調查證據，以補充當事人之不足。修正刑事訴訟法雖仍以職權主義為其基本；但亦重視當事人主義之精神，即認訴訟，係法院與當事人之共同作業。真實事實之發見，固屬法院之職權；但為確定當事人之責任，不特於第一百六十一條規定，檢察官就被告犯罪事實，有舉證責任；並於第一百六十三條第二項定曰：當事人、辯護人、代理人或輔佐人亦得請求調查證據，並得於調查證據時，詢問證人、鑑定人或被告。是當事人或辯護人，於聲請調查證據外，尚得請求調查證據；且聲請調查證據，以是否具有必要性為其裁量之標準，而請求調查證據，則無此限制。但此二者，並非重複規定，亦非相殺規定。蓋前者，係關於證據應否調查之問題，屬於法院決定權之範圍，而後者，則係關於證據如何調查之問題，亦即調查證據方式之問題，屬於法院調查證據之範圍，其機能得分述之如次：

一、調查證據聲請權

當事人或辯護人聲請法院調查證據，係以糾正法院怠於職權之行使，藉以限制法院之裁量權，並非舉證責任之問題，因具有下列三種性格：

1. 為協助法院發見真實之法的手段。

調查證據，係以法院為其主體，與英美法所採以當事人為中心，法院僅管理其有無違背規則之形式不同。修正刑事訴訟法雖認檢察官對被告之犯罪事實，負舉證責任；但其所提出之證據，已足使法院得有合理的可疑，其形式的舉證責任已盡；而法院為發見真實之必要，仍應依職權調查證據。且調查證據之作用，在實體方面，為發見真實；在程序方面，為直接審理。如法

院未盡其蒐集之職責，於真實之發見，固有影響；其證據未經合法調查，無從獲得其心證，亦難期其為證明力之合理、正確的判斷。故證據之蒐集未盡，或未經合法調查，無異縮小自由心證之範圍。乃賦與當事人或辯護人以聲請調查證據之權，以協助法院發見真實，其作用有二：

a. 請求法院就其聲請調查之證據，為調查與否之裁判。

b. 法院基此裁判，而為證據之調查。

因之，當事人之聲請調查證據，係就其所提出之證據資料，請求為調查與否之決定。

2. 限制法院對於證據調查之裁量權。

法院對於何種證據應行調查，本有自由裁量之權。惟當事人或辯護人之聲請調查證據，具有協助法院發見真實。故當事人或辯護人聲請調查之證據，如與真實之發見具有必要性，則不容法院任意加以排斥。乃修正刑事訴訟法第一百七十二條仍規定當事人或辯護人聲請調查之證據，法院認為不必要者，得以裁定駁回之。其所聲請調查之證據，既於證明事實確有重要關係，又非不易調查或不能調查，即應盡職權能事，踐行調查之程序。否則縱經原法院以裁定駁回其聲請，仍係審判期日應行調查之證據未予調查，其判決當然為違背法令。（最高法院二十七年上字第二〇七八號判決參看）故當事人或辯護人之聲請調查證據，具有限制法院裁量權之作用。

3. 限制當事人雙方之立證

有當事人有舉證責任 *Burden of Proof* 之立法例，認當事人之提出證據，具有限制立證之作用。在採澈底的當事人主義之英美法，其立證責任，有用於基本的立證者，有用於各個立證者。前者，負有立證責任者對於基本的立證主題應負使得有合理的可疑程度之立證責任；後者，則係於訴訟進行中發生之各個立證主題，為立證此項主題而提出證據之責任。茲所謂證據提出權，屬於後者。蓋英美法所採之形式，係以當事人為調查證據之主體，並非法院。故當事人應自行提出證據，在法庭自行調查。立證責任，固應由肯定立證主題者負擔，否定主題者，不負立證責任；惟提出證據責任，雖亦屬於主張事實之肯

定者，但有二例外：①法律上推定及事實上推定 *Prima facie* 時，主張其反對事實者，負提出反對證據之責任；②當事人主張某事實爲他造當事人當然所認識者，否定其事實之反對當事人負提出證據之責任。對於基本的立證之立證責任，通常由檢察官負擔，且不因訴訟過程而變化；而各個立證，被告亦負有提出證據責任。故當事人之聲請調查證據，具有限制當事人立證之作用。德意志法雖認檢察官及被告，具有訴訟主體性，但不認立證爲當事人之責任。故檢察官及被告本其爲訴訟主體之立場，雖有提出證據權；但僅係爲協助法院發見真實，仍以法院依其職權調查證據爲中心。故當事人之聲請調查證據，並非限制當事人雙方之行爲。日本法所採當事人主義，雖不如英美法之徹底；但其聲請調查證據，仍具有限制之機能。我國修正刑事訴訟法雖認檢察官就被告之犯罪事實，負舉證責任；但其舉證，如已足使法院得有合理的可疑，則法院因發見真實之必要，依第一百六十三條第一項規定仍應依職權調查證據。故當事人或辯護人之聲請調查證據，亦不生限制雙方當事人立證之問題。

因之，當事人或辯護人聲請調查之證據，必無調查之必要者，始得以裁定駁回之。是必要性證據，法院即應於審判期日以調查，否則，亦不失爲依本法應於審判期日調查之證據未予調查之違法（第三百七十九條第十款）。稱必要性證據，指與待證之主要事實或其關連事實間，具有論理上關連關係，爲發見真實，有足以供證明能力之證據之義。是證據是否必要，不特應具有關連性，且在發見實體的真實上具有比較重要之地位。乃下列證據，並非必要性證據：①就該事件並無關連性，②雖有關連性，但非重要性（最高法院二十七年上字第二〇七八號判決參看），③顯與已調查之證據相重複者，④所證明之事項已臻明瞭，無再行調查之必要者，⑤意在拖延訴訟，故爲聲請者，⑥同一證據再行聲請者，⑦縱屬真實，與要證事實並無影響者，法院雖以裁定駁回其聲請，亦無違法之可言。

二、調查證據請求權

本法第一百六十三條第二項規定：當事人、辯護人、代理人或輔佐人得請求調查證據，並得於調查證據時，詢問證人、鑑

定人或被告，屬於調查證據方式之問題，已見前述，與提出證據權（第二百七十五條第九十六條第一百七十三條）及調查證據聲請權（第一百七十二條）有別。蓋此項調查證據請求權，係請求法院就其所調查之證據為如何調查之權利，此觀之該條項後段「並得於調查證據時，詢問證人，鑑定人或被告」之規定自明。如請求法院就證人為某事項之訊問之類。故此項請求權，僅係促使法院為調查權之行使，並非指出證明之方法，亦非使法院為某種證據應否調查之決定。其要者：

1. 調查證據之順序、方法。
 2. 調查證據之內容。
 3. 調查證據之時間。
 4. 對於被告對質之請求（第九十七條）。
 5. 被告與證人對質之聲請（第一百八十四條第二項）。
- 之類。除對於被告之請求對質，非顯無必要外，不得拒絕外（第九十七條第二項），仍應由法院依其職權自由裁量，並不受當事人、辯護人、代理人或輔佐人請求之限制。

三、詢問權

依本法第一百六十三條第二項規定，當事人、辯護人、代理人或輔佐人得請求調查證據，並得於調查證據時，詢問證人、鑑定人或被告。此項詢問權，純屬糾正法院調查證據時有遺漏、偏見等缺憾而設，既與交互詢問之制度有別，亦不可與交互詰問混為一談。蓋人證之訊問，其方式在立法例上有採交互詢問制者，有採法官訊問制者。英美法因採澈底的當事人主義，以競爭理論為其基礎。是其立證程序，亦採當事人之競爭形式。訴訟，係由當事人進行；證據，由當事人提出，並由當事人調查。證人，既係由當事人之一造提出，並由其詢問。其詢問及供述之內容難免有偏重之弊。乃本當事人競爭之形式，採交互詢問制，利用反對詢問之機會，藉以發見真實；惟大陸法，採職權主義，以法院之活動為其中心，並以直接審理主義為其基本原則

。因認證據之蒐集與調查，係屬法院之職責，當事人之行為，於訴訟之結果並無重大關係。因之，人證之訊問，採法官訊問制，以法院為主。日本法雖受英美法之影響，其程序上之主張階級，採訴因制度，立證階段，亦採交互詢問制；惟其訴訟理論，仍受大陸法直接審理原則所支配，對於物證及證據書類之調查，以採直接審理之方式為原則；人證之調查，仍以法院為其主體，不採聲請傳喚證人之人自行詢問該證人之形式。故其交互詢問之內容，雖係由對造當事人依反對詢問之方法，而批評聲請傳喚證人者因詢問該證人所提出有利於己之證據資料之證據價值；但其法理，則與英美法有異。我國舊制，基於職權主義，本直接審理主義之要求，採法官訊問制，對於人證之調查，以法官訊問為主。雖認當事人或辯護人有詰問證人、鑑定人之權，並採交互詰問制（舊刑事訴訟法第二百七十三條）；但其詰問，係在審判長訊問之後，僅具有為發見真實，而批評證據價值之效用，與立證程序無關。修正刑事訴訟法仍採法官訊問制，並認當事人或辯護人有詰問證人、鑑定人之權，亦採交互詰問制（修正第一百六十六條）外，並認當事人、辯護人、代理人或輔佐人於調查證據時，有詢問證人、鑑定人或被告之權（修正第一百六十三條第二項）。此項重疊規定，其用意固在重視當事人利益之保護：惟其性質，僅屬調查證據之範圍，其法理既不採英美式，亦不採日本式。是人證之訊問，以審判長或陪席推事為主，當事人、辯護人、代理人或輔佐人為其補充；且此項詢問權之行使，並不採交互詢問制。於調查證據時，為補充的詢問，使及時糾正法官訊問之遺漏、偏見，藉以達成訴訟為法院與當事人之共同作業之目的。至其詢問之內容如何，本法並無限制。如其詢問有不當，雖無如第一百六十七條第一項之規定；但審判長仍得本其法庭警察權加以禁止。當事人或辯護人雖經詢問證人、鑑定人；而其詰問權並不因而喪失。且詢問者，除當事人或辯護人外，並及代理人、輔佐人；其詢問之對象，除證人或鑑定人外，並及被告。是其詢問之動機，重在蒐集證據資料，與交互詰問之重在批評證據價值，亦不可同日而語。

五、

修正刑事訴訟法第一百五十五條第一項與舊刑事訴訟法第二百六十九條同，定曰：「證據之證明力，由法院自由判斷」，採

自由心證主義。自由心證主義，係對法定證據主義言。法定證據主義，乃對於證據之證明力，以法律積極的或消極的規定其差等；即必具有一定之證據，始得爲一定事實之認定，並不問裁判官之心證如何，藉以防止擅斷。此項制度，不特不適應於陪審裁判，且以法律規定其證據之價值，亦殊不合理，乃有自由心證主義之演成，對於證據之價值，許由裁判官依其心證自由判斷之，並不受法律之拘束。英美法爲適應陪審裁判之要求，就證據能力，即證據之許容性，加以嚴格之限制。學說上因有認其係採法定證據主義者。惟法定證據主義，係以法律限制證據價值；而英美法並就證據之許容性，設有詳密之法則，必具有許容性之證據，始許其提供調查；但其證據價值如何，仍許陪審員或裁判官依其心證而爲判斷。換言之，即僅限制其自由心證之資料，並非限制其證據之價值。大陸法，則重在調查之程序。必經合法調查之證據，始得爲自由心證之資料；換言之，即僅限制自由心證之方式，何種資料，得爲自由心證之材料，則殊少加以限制。最高法院三十一年上字第一一六七號判決即有「刑事訴訟法關於證據之種類，並未設有若何之限制。鄉公所之訊問筆錄，仍不失爲證據之一種，雖其證明力如何，屬於事實審法院之自由判斷，究非根本不能採用」之例。惟自由心證主義之特徵，在發見實體的真實。故所謂自由心證，並非毫無限制之絕對自由之義，乃指本其健全之理性而爲判斷之意。然自由心證之材料，既未加以限制；而其證明力之如何判斷，亦漫無標準，難免有回復擅斷主義之弊。因之，修正刑事訴訟法不特限制自由心證之材料；並就其證明力之判斷，設其消極的拘束，既不採法定證據主義，就證據價值及其差等，亦不採形式的自由心證主義，即採實質的自由心證主義。乃於修正刑事訴訟法第一百五十五條第二項規定：無證據能力，未經合法調查，顯與事理有違或與認定事實不符之證據，不得作爲判斷之依據。是法院雖得就證據之證明力爲自由之判斷，但爲其判斷對象之證據，及其證明力之判斷，則應受下列之限制：

一、得爲自由判斷之證據，須有證據能力，且經合法調查者。

蓋得爲認定事實資料之證據，應指具有合理證明力，且經適法調查者而言。事實之證明，因其對象之不同，而異其程度，得分爲嚴格的證明與自由的證明二種。前者，指應以具有證據能力，且經合法調查之證據，爲其證明方法；後者，無證據能力，或未經合法調查之證據，亦得爲其證明方法。犯罪事實之有無，有關具體刑罰權是否存在，故其所憑之證據，須具有嚴格的

證明之效能。我國刑事訴訟制度，本屬大陸法型，舊刑事訴訟法第二百七十一條至第二百七十三條等條，僅就調查證據之程序設其規定，即重在調查證據程序，並未就證據能力加以限制。故得為證據之資料，既經合法之調查，即得資為嚴格的證明之資料。然心證，係由證據而形成。無證據能力，既不得為認定事實之資料，其心證無從形成，則該證據並無何等證明力可資判斷。如許以心證判斷無證據能力之證據證明力，無異以心理創造證據能力，捨本求末，反因為果，固與自由心證主義之旨趣有背；且本直接審理主義之理論，證據未經合法調查，心證亦無從形成，其證明力何從得為正確之判斷。故修正刑事訴訟法第一百五十五條第二項規定無證據能力，未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據，即本此旨趣。因之，必具有證據能力，且經合法調查之證據，始得為嚴格的證明之資料。本無證據能力之證據，法院既無從依其心證，自由判斷其證明力；即未經顯出於審判庭，經合法調查之證據，亦無從得其正確之心證，自不得據為心證之資料。最高法院二十年上字第一三三三號判決，同院二十九年上字第七六七號判決，同院二十九年上字第一八四八號判決，同院三十七年特覆字第二九二五號判決，同院四十六年台上字第四一四號判決，雖無成例；而修正刑事訴訟法特以明文加以規定，以資準據。

二、證據證明力之判斷，不得與經驗法則及論理法則有違。

證據之證明力，雖許法院自由判斷之；但其判斷，亦非毫無限制之絕對自由，應本其健全之理性而為判斷，已見前述。此項健全之理性，係基於日常生活或法律生活上經驗法則，經正確考慮，所為社會一般合理之見解，並非賦與裁判官以排他性之訴訟上特權，亦非許裁判官任意擅斷，更非純粹的自由裁量。（參看拙著刑事證據法第二百五十七頁）故其心證之形成，仍應依經驗法則及論理法則。稱經驗法則，指吾人基其日常生活或法律生活所得，並非事理所無之經驗，在客觀上應認為確實之法則。故①其判斷顯與事理有違者，②證據之內容並不明確者，③比附某種證據而為不合理之推理者，④因事物之偶合，依個人主觀的推斷，而認為與情事相符者，其所為之判斷，即有背經驗法則。（最高法院二十五年上字第二〇五三號判決，同院二十八年上字第二五九五號判決，同院三十年上字第五九七號判決，同院三十一年上字第一三一二號判決，同院四十八年台上字第四七五號判決參看）且其證據，必與其認定事實相適合，始得依自由心證，而為判斷。如其證據與要證事實顯不關連，不足為

證明資料時，其證據力既無法發生，即無從依其心證，自由判斷其證明力（最高法院三十年上字第二六〇四號判決參看），亦不得與論理法則有違。（最高法院三十一年上字第一六八號判決參看）乃修正刑事訴訟法第一百五十五條第二項規定顯與事理有違或與認定事實不符之證據，不得作為判斷之依據。