

證據上的刑事訴訟（法官篇）

——嚴格證明與自由證明



探討主題

嚴格證明程序、自由證明程序

壹、嚴格證明與自由證明之定義

案例 女兒托夢案

王曉強和張彩雲是男女朋友，民國105年4月1日王曉強與張彩雲一同出遊，隔天，王曉強報案說他與張彩雲在4月1日深夜發生爭吵，張彩雲負氣離開住宿飯店，一夜未回，他擔心張彩雲出事，請警察協尋。經警察協尋，未發現張彩雲蹤跡。

數日後，張彩雲之父親張大偃向檢察官提出告訴，告王曉強殺害張彩雲，說張彩雲托夢告知她已被王曉強殺害。檢察官指揮警察偵辦，做了下列初步查證：

- 一、警察至住宿飯店調閱4月1日、2日的監視器畫面，發現張彩雲確實於4月1日深夜獨自離開住宿飯店，王曉強於10分鐘後亦揹包包離開飯店，王曉強於4月2日凌晨返回飯店，惟已變換衣著。
- 二、警察訪談飯店服務人員胡圖有關王曉強與張彩雲在飯店的相處情形，胡圖證稱其同事葛薈爾曾告訴他，她曾在飯店餐廳見聞張彩雲說要與王曉強分手，王曉強先是百般討好，但見張彩雲執意分手，王曉強隨即臉色不悅，對張彩雲說，你真的要分手的話，我會讓你後悔的等語。但葛薈爾已離職出國念書，預計要三年後才會回國。
- 三、調閱張彩雲之手機通聯紀錄及金融卡交易明細，發現張彩雲手機及金融卡自4月1日張彩雲離開飯店時起即無使用紀錄。

檢察官綜合上揭證據，合理懷疑王曉強涉犯殺人罪嫌，而王曉強4月2日變裝回飯店，有可能將殺人的兇器、血衣、血褲藏匿在他的住處，有必要搜索被告王曉強的身體、物件、電磁紀錄及住宅，以查扣如犯罪計畫、兇器、作案衣物等相關證物，乃以搜索票聲請書向法院聲請搜索票，欲搜索被告王曉強的身體、物件、電磁紀錄及住處。請問法院審核搜索票之聲請時，應適用嚴格證明法則或是自由證明法則？



無論何等刑事訴訟案件，往往有一連串的待證事實待釐清，其中，有些屬於實體事項：如本案犯罪事實的構成要件該當性、違法性或有責性等問題；有些則屬於程序爭點：例如告訴乃論之罪的告訴訴訟要件是否具備。無論是實體事項或程序爭點，也無論是本案、實體判決或非本案、形式裁判，一旦涉及證據證明相關事項，都必須面對兩個基本問題：第一，法院使用的「證據方法」有無特別限制？第二，待證事項應該經過如何的調查證據程序始屬合法？就此，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¹：

一、嚴格證明

嚴格證明係指證據方法及調查程序受到「雙重的限制」，諸如審判程序中關於犯罪事實經過及行為人有無罪責等等實體事項的證明，必須經過合法調查之嚴格證明程序。而嚴格證明的嚴格性表現在兩方面，一是法定證據方法的限制，二是法定調查程序的限制。簡言之，審判程序中關於犯罪事實的調查與證明，必須在法律規定所准許的證據方法範圍內，並且依法律規定的調查證據程序踐行，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。

刑事訴訟法（下稱「本法」）第155條第2項所稱「合法調查」，便是嚴格證明的意義²。由於嚴格證明程序具有前述雙重的嚴格形式性要求，對於法院形成相當的限制，難免曠日費時，乃至於綁手綁腳，因此，不可能期待所有的爭點全部使用嚴格證明程序來證明，這也是嚴格證明法則侷限於本案犯罪事實及法律效果問題³，並且也僅適用於審判程序的原因⁴。本法第154條第2項證據裁判原則所稱准許作為認定犯罪事實的「證據」，並不是泛泛的證據資料，而是指稱經合法調查之嚴格證明的證據⁵。

二、自由證明

相較之下，自由證明並無上述兩項的限制，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設限，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，原則上可以使用所有的證據資料來證明，這也是稱其為「自由」的道理。據此，法官甚至於可以查閱卷宗或電話詢問的方法來探求證據資料並形成心證，不受直接、言詞及公開審理原則及傳聞法則之限制⁶。



貳、嚴格證明與自由證明之適用範圍

就證據調查而言，嚴格證明法則與自由證明法則是處於「A」與「非A」的關係。前者的內涵是正面定義，後者則是反面定義。簡言之，以適用範圍為例，不屬於嚴格證明的調查事項，就是屬於自由證明的調查事項。既然嚴格證明適用於法院於審判程序關於本案犯罪事實及其法律效果的實體調查問題，訴訟法上其餘的調查方式與程序，原則上皆可適用於自由證明程序。據此：

一、程序爭點的證明，無論在何等程序階段，僅須以自由證明程序調查即為已足，例如，法官有無迴避事由（本法第17條、第18條）、證人是否已達具結年齡（本法第186條）、告訴人何時知悉犯人（本法第237條告訴期間之起算）及上訴是否逾期（本法第349條）等。此外，被告提出刑求抗辯時，由於系爭事項是訊問官員有無使用不正方法取得證據的程序爭點，僅須自由證明即可⁷。

二、非於審判程序踐行的證據調查程序，例如偵查程序，也是屬於自由證明的範圍。質言之，嚴格證明屬於證據能力的積極要件，是法院在審判階段如何調查證據的形式法則，而非檢警於偵查階段如何蒐集、取得證據的法則。所以雖然本法訂立不少偵查中的取證規範（如本法第95條訊問被告的告知義務），但這多半是證據能力的消極要件，即證據禁止的問題，檢警若有違反屬於「證據取得之禁止」，會因此衍生「證據使用禁止」的問題，但此與嚴格證明的違反無關。應予注意，事實審法院認定犯罪事實時是否依法踐行嚴格證明程序，固然是上訴法律審的審查事項（如本法第379條第10款），但上訴法律審本身由於並不認定實體犯罪事實，因此，其關於原審是否違法的調查程序，僅適用自由證明程序即可⁸。

參、嚴格證明與自由證明之心證要求

自由證明所要求的心證程序與嚴格證明有別，依照嚴格證明所認定的犯罪事實，須達毫無合理懷疑的「確信」時，始能為有罪判決，因此，嚴格證明必須達到完全確信的心證程度（本法第154條、第299條參照）；反之，法院對於依照自由證明的程序之心證，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，至於對於特定的訴訟要件是否存在，法院是否已有足夠的心證，則委由法院合乎義務的裁量，這種「很有可能」或「大致相信」的心證程度，約莫相當於法官迴避事由所要求的「釋明」程度（本法第20條參照），以法官迴避的程序爭點為例，假設被告聲請法官迴避，釋明法官曾與他因爭奪停車位而結怨，並列出目擊鄰居電話與住址，此時，法院可以電話查訪該目擊鄰居而無庸親自傳訊，若查證結果令法院產生大致相信的心證，即可裁定法官迴避⁹。

肆、嚴格證明與自由證明之適用程序

我國於2003年於直接審理／傳聞法則的基本條款第159條第1項宣示了證人審判外陳述的排斥法則，但又於第2項規定不適用之程序：「前項規定，於第161條第2項之情形及法院以簡式審判程序或簡易判決處刑者，不適用之。其關於羈押、搜索、鑑定留置、許可、證據保全及其他依法所為強制處分之審查，亦同。」由於證人審判外陳述／傳聞證據能否及如何引進審判庭的問題，正是嚴格證明法則的（證人）法定調查程序問題，因此，本條也是嚴格證明的相關規定。條文第2項後段所提的強制處分審查，由於本來即是程序爭點，自以適用自由證明為已足（關於此部分立法理由亦已明示）：本條項前段所稱的第161條第2項程序，即處於偵查與審判程序之間的起訴審查階段，法院審查的標的是檢察官起訴是否已達「法定起訴門檻」（本法第251條參照），而非被告實體犯罪的有無，因此，性質上也是自由證明程序；相同性質者還包括本條項未明示的交付審判程序（本法第258條之1至之3）。至於所稱的簡式審判程序（本法第273條之1、之2）及簡易判決處刑（本法第449條以下），既然審判階段也是本案實體爭點，性質上本來應適用嚴格證明程序才是，但條文特別容許證人審判外陳述的引用，可以說是部分排除嚴格證明法則的特別立法規定¹⁰。

	嚴格證明法則	自由證明法則
雙重限制	法定證據方法之限制	無此限制
	法定調查程序之限制	無此限制
心證要求	毫無合理懷疑的「確信」心證程度（本法第299條第1項）	大致相信之過半心證（如本法第20條第2項之釋明程度）
適用範圍	實體爭點 本案犯罪事實	程序爭點 如法官迴避、刑求抗辯、告訴或上訴逾期與否
適用程序	審判程序	審判程序以外之其他程序（如本法第159條第2項所例示）

圖：嚴格證明與自由證明之對照表¹¹

伍、自由證明的調查限制

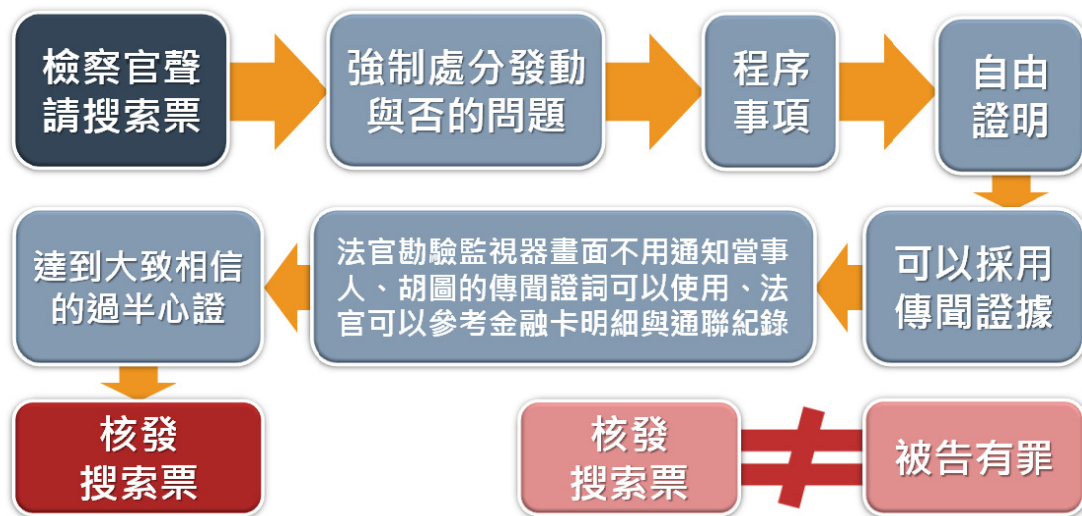
自由不等於恣意。作為嚴格證明相對概念的自由證明，僅表明其程序不受嚴格證明法則的「法定性」拘束，而非不受任何拘束，亦不排除其他訴訟法基本原則之適用。此外，自由證明僅是關於「如何調查」的法則，並不是概括排除訴訟法上其他基本原則的理由，諸如公平審判原則¹²、聽審原則¹³及調查原則¹⁴等，也會對於法官的自由證明程序形成限制。例如，案經起訴後必須具備訴訟要件始能為實體判決，是以，訴訟要件存否（如法院有無管轄權）本來即是法院應依職權調查的事項，屬於澄清義務的範圍（本法第163條參照），因此，雖說訴訟要件的「調查方式」適用自由證明程序為已足，但就「應否調查」的前提問題，法官自身仍不得違反調查原則。

陸、違反嚴格證明的效果

事實審法院若及時發現存在未經合法調查的事情，應即補正程序重新踐行合法程序；反之，法院若將未踐行嚴格證明的證據資料（無論是使用法定以外之證據方法或未依照法定的調查程序），採為本案裁判基礎者，不但有礙實體真實之發現，並且損及法治程序對於被告防禦權利的保障。類此「未經合法調查」（本法第155條第2項），屬於「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（本法第379條第10款），乃絕對上訴第三審之事由，判決確定後並得提起非常上訴救濟¹⁵。



本案解析



圖：案例解析流程圖

- 一、本法第122條規定：「對於被告或犯罪嫌疑人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，必要時得搜索之。對於第三人之身體、物件、電磁紀錄及住宅或其他處所，以有相當理由可信為被告或犯罪嫌疑人或應扣押之物或電磁紀錄存在時為限，得搜索之。」搜索係指以發現被告（含犯罪嫌疑人）或犯罪證據或其他可得沒收之物為目的，而搜查被告或第三人之身體、物件、電磁紀錄、住宅或其他處所之強制處分¹⁶。
- 二、本法第128條之1第1項、第2項規定：「偵查中檢察官認有搜索之必要者，除第一百三十一條第二項所定情形外，應以書面記載前條第二項各款之事項，並敘述理由，聲請該管法院核發搜索票。司法警察官因調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據，認有搜索之必要時，得依前項規定，報請檢察官許可後，向該管法院聲請核發搜索票。」故依本法之規定，偵查中檢察官或司法警察官報請檢察官許可後，得向該管法院聲請核發搜索票。
- 三、法院審核搜索票之聲請，應適用自由證明，蓋此為強制處分發動與否的「程序問題」，而非被告有無犯罪的實體問題，且屬於審判期日「以外」之程序，另外聲請搜索通常具有急迫性¹⁷。依本法第159條第2項之規定，關於搜索之審查並不適用傳聞法則，亦即法院審查搜索票之聲請得採用傳聞證據為證據，亦為適用自由證明的明確證據。
- 四、法院審核本件檢察官聲請搜索票，應適用自由證明，法院得自行勘驗警察所調閱4月1日、2日的飯店監視器畫面，無須通知當事人，並得採用為傳聞證據的證人胡圖的證詞，以認定王曉強是否有殺人之動機，並可參考張彩雲之手機通聯紀錄及金融卡交易明細，認定張彩雲自4月1日張彩

雲離開飯店時起即失蹤，有可能已被殺害，如獲致「大致相信的過半心證」，就可以核發搜索票予檢察官，讓檢察官得以持票搜索王曉強的身體、物件、電磁紀錄及住處。應特別注意，法院核發搜索票准予檢察官搜索王曉強的身體、物件、電磁紀錄及住處，並不代表法院認定王曉強為有罪，二者應嚴予區別。

【註釋】

- ¹ 請參閱林鈺雄著，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，96期，2007年7月，第117、118頁。
- ² 請參閱林鈺雄著，刑事訴訟法論上冊，2007年9月5日版，第454至第455頁。
- ³ 最高法院93年度台上字第2251號判決：「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。」
- ⁴ 請參閱林鈺雄著，嚴格證明與刑事證據，2002年9月版，第20頁。
- ⁵ 最高法院95年度台上字第6096號判決：「嚴格證明法則係限制法院於審判期日踐行調查證據程序時，祇能使用法定之證據方法，此法定之證據方法，一般分為人的證據方法與物的證據方法。前者包括被告、證人及鑑定人；後者則包括文書及勘驗，而此法定之證據方法須經法定之調查程序，始得據以認定犯罪事實並採為裁判之基礎。是嚴格證明法則既具有嚴格之形式性要求，對於法院調查證據之程序形成相當之限制，自僅侷限於本案犯罪事實及其法律效果等問題，更僅適用於法院審判程序中，至於並非確認犯罪事實之偵查程序則不與焉。」
- ⁶ 同註2，第461頁。
- ⁷ 同註1，第117至第118頁。
- ⁸ 同註1，第118至第119頁。
- ⁹ 同註4，第21至22頁。
- ¹⁰ 同註1，第119頁。
- ¹¹ 圖表內容請參閱前揭註1，第117頁圖表。
- ¹² 公平審判原則要求，國家機關只得在公平而合乎法治國的刑事程序中審理被告。如果追訴機關本身在取證過程中明顯違法，則該項違法取得之證據不得使用，不然刑事訴訟程序就不可能公平而法治。同前揭註2，第579頁。
- ¹³ 基於聽審原則，被告享有聽審權，包括請求資訊權、請求表達權及請求注意權等三大內涵，請求資訊權指被告可以請求獲得充分的訴訟資訊；請求表達權指被告除了可以要求充分的資訊之外，就審判上的事實與法律問題，應有充分表達的機會；請求注意權指被告的陳述及表達，法官負有詳加注意之義務。同前揭註2，第160至第161頁。
- ¹⁴ 本法第163條第2項規定：「法院為發見真實，得依職權調查證據。但於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查之。」法院為了查明起訴犯罪事實真相之目的，享有本於職權而調查證據之「權限」；但書則宣示，至少在特定範圍之內，法院還負有澄清之「義務」。此項賦予法院澄清起訴犯罪事實真相之「權限」與「義務」的原則，稱為調查原則，即國內一般所稱的職權主義或職權進行主義。同註



2，第59至第60頁。

¹⁵ 同註2，第459至第460頁。

¹⁶ 同註2，第389頁。

¹⁷ 同註2，第392頁。