

Beweisrecht der StPO

严格证明与刑事证据

林钰雄 著
Lin Yuxiong

之所以挑定“严密的证明原则”作为反省刑事证据法的出发点，是因为这项法则关于法定证据方法及法定调查程序的双重限制与要求。

无论是程序争点或实体事项，也无论是本案判决或非本案裁定，

只要涉及证明，都必须面对两个基本问题：

法院使用的“证据方法”（Beweismittel）有无限制；

待证事项应该经过如何的调查证据程序始属合法；

就此，在调查证据程序上，有严格证明程序与自由证明程序之区别。

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

严格证明与刑事证据 / 林钰雄著. —北京:法律出版社,
2008.8

ISBN 978-7-5036-8659-7

I. 严… II. 林… III. 刑事诉讼—证据—研究—中国
IV. D925.213.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第105861号

© 法律出版社·中国

严格证明与刑事证据	林钰雄 著	责任编辑 高山 装帧设计 乔智炜
-----------	-------	---------------------

开本 A5	印张 10.625 字数 280 千
版本 2008 年 9 月第 1 版	印次 2008 年 9 月第 1 次印刷
出版 法律出版社	编辑统筹 法学学术出版分社
总发行 中国法律图书有限公司	经销 新华书店
印刷 北京北苑印刷有限责任公司	责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	销售热线/010-63939792/9779
电子邮件/info@lawpress.com.cn	咨询电话/010-63939796
网址/www.lawpress.com.cn	

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
全国各地中法图分、子公司电话:	
第一法律书店/010-63939781/9782	西安分公司/029-85388843
重庆公司/023-65382816/2908	上海公司/021-62071010/1636
北京分公司/010-62534456	深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-8659-7	定价:30.00 元
(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)	

自序

这本合集收录了我几年来写作的证据法论文。证据,是刑事訴訟法的灵魂,无论是对实务家或研究者而言,几乎无人能够不熟悉证据法而游刃于刑事诉讼程序。这本书的几篇论文,算是我初探台湾“刑事证据法”的历程。

本书第一部分(证据之资格)的两篇论文,处理的是证据法的ABC:严格证明法则、直接审理原则及证人审判外之陈述。虽然,相较于当代刑事诉讼的偏好来讲,这些主题既不够新颖也不够炫目,但却是台湾“最高法院”摸索一甲子以来不得其门而入的殿堂。以上论文尝试用理论地图,按图索骥,期待能够找出开启殿堂的钥匙。

接下来第二部分(证据之评价)的两篇文章,处理的是通过资格考验的证据如何评价,以及如何裁判的问题。自由心证一文除了详予阐释规范内涵之外,想要提出反省有二:一是如同标题所示,质疑自由心证真如一般所言的那么自由吗?二是响应废除自由心证论者,反问能够取而代之的证据评价

法则为何。不过,如果要拟人化的话,自由心证原则在台湾“证据法”的命运,还不算坎坷,相较之下,作为重要裁判规则并与无罪推定原则息息相关的罪疑唯轻原则,几乎从来未受台湾实务的青睐,也鲜少出现在各级法院的裁判。我以为不该如此,所以写了罪疑唯轻一文。

第三部分处理的检察官“举证责任”问题,有着特殊的本土性时空脉络。该文发表于1999年的台湾司法改革大会之前,迄今为止,台湾刑事诉讼还未走出该会钦定的改革迷宫。未来要交给台湾实务家演奏的,正是这首纠结着释放改革动能、加冕司改桂冠、路线之争及价值选择的修法变奏曲。

正因如此错乱,所以我在第四部分的两篇文章,把焦点转移到对台湾地区刑事司法具有典范意义的法庭诘问议题。轮替诘问一文,发表于士林及苗栗两地开始实施检察官全程到庭暨法庭诘问活动之际,“走向”是当时困扰大家的问题。由于我自始与士林诸多令人敬佩的实务家共同参与、摸索台湾地区的法庭活动与诘问规则,因此遂以德国法庭的诘问情况为例,一来提出不同诘问模式的思考,二来尝试建构到庭诘问活动的实施目的与制度环境,包括抛出集中审理的议题;至于诘问现况、困境与展望一文,则是以实施一年以来的调查、统计实证资料为基础,对士林模式的阶段性评价。尽管障碍不少,但令人欣慰的是,士林在踏稳到庭诘问的脚步之后,随即在2002年汐止东方科学园区大火案中,连续开庭审理四天,实验了台湾版的集中审理模式。这表示台湾的法庭活动,还有精彩的续集上演。

出版这本论文集,仅在于免于读者搜寻及影印之劳而已,就我而言,心中带着不少遗憾,因为许多研究(如直接审理的例外)受制于急促而慌乱的修法步伐,未能毕竟全功。面对排山倒海而来的混乱立法,纵使是日以继夜的专业研究者,其面临的庞大挑战犹如重组绝种动物的DNA遗传码一样困难。或许,越是杂乱无章的立法,越需要清晰的理论一以贯之,仅以此与我的同行共勉。

2002年仲夏夜于草山山麓

刑事证据学 代序二

目
录

第一部分 证据之资格

严格证明法则与直接审理原则 / 3

壹、前言 / 5

贰、基础理论之说明 / 7

叁、实务见解之评释 / 23

肆、结语 / 36

直接审理原则与证人审判外之陈述 / 38

壹、前言 / 39

贰、基础理论之说明 / 41

叁、实务见解之评释 / 59

肆、结语 / 76

第二部分 证据之评价

自由心证:真的很“自由”吗 / 81

壹、前言 / 82

贰、证据评价之立法模式 / 84

叁、自由心证之前提:证据能力 / 89

肆、自由心证之限制 / 94

伍、结语——不太“自由”的自由心证 / 121

论罪疑唯轻原则 / 124

壹、前言 / 125

贰、概念之内涵 / 126

叁、适用之范围 / 130

肆、适用结果及违反效果 / 146

伍、罪疑唯轻与选择确定 / 149

陆、结语 / 151

第三部分 举证之责任

检察官之“举证责任” / 155

壹、前言 / 157

贰、犯罪嫌疑之证明程度 / 159

叁、犯罪嫌疑之“举证责任” / 164

肆、检察官之证明义务 / 168

伍、检察官之证明负担 / 179

陆、刑事诉讼之改革刍议 / 184

柒、结语 / 193

第四部分 法庭之诘问

轮替诘问之法庭活动 / 199

壹、缘起：诘问就是交互诘问？ / 201

贰、“台湾法”与德国法之诘问与交互诘问 / 203

叁、德国法之轮替诘问 / 214

肆、“台湾法”上诘问之走向 / 240

伍、结语：目的何在？ / 271

法庭诘问的现状、困境与展望 / 274

壹、前言 / 275

贰、诘问现况之分析 / 276

叁、困境与展望 / 297

肆、找出真“象”——结语 / 316

参考文献 / 318

本书索引 / 328

跋 / 332

第一部分

证据之资格

严格证明法则与直接审理原则 ——“最高法院”相关裁判之综合评释——

目次

壹、前言

贰、基础理论之说明

一、严格证明之概念

二、法定证据方法之限制

(一) 证据方法之意义

(二) 法定之证据方法

三、法定调查程序之限制

(一) 各个证据方法之特别程序

(二) 各个证据方法之共通原则

四、严格证明与相关之法律概念

(一) 严格证明与自由证明

(二) 严格证明与证据禁止: 证据能力问题

(三) 严格证明与自由心证: 证明力问题

五、违反之法律效果

叁、实务见解之评释

一、证据之种类未设限制

(一)早期之实务见解

(二)1967 年之立法理由

(三)近来之实务见解

二、法定调查程序之限制

三、违反之法律效果

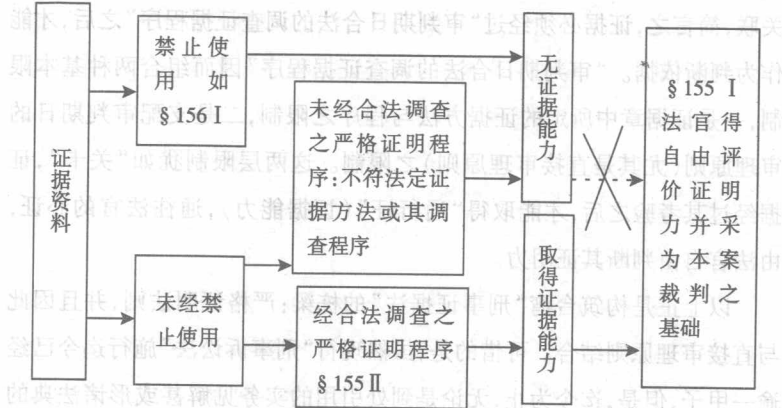
(一)一般原则

(二)例外情形

肆、结语

※ 本文原载《台湾本土法学》1999 年 12 月第 5 期,第 61 页以下,文字略经修改。

※ 附表：证据能力与证明力之体系



壹、前言

证据,可以说是刑事诉讼法之精髓,台湾“刑事诉讼法”*(以下简称“本法”)证据章中,开宗明义揭示证据裁判原则:“犯罪事实应依证据认定之,无证据不得推定其犯罪事实。”(“本法”第154条),并且,此种认定犯罪事实的证据,依法受到相当的限制:“无证据能力,未经合法调查……不得作为判断之依据。”(“本法”第155条第2项)。职是之故,虽然法官本于自由心证原则可以自由判断证据之证明力(“本法”第155条第1项),但是却以经合法调查且有证据能力的证据为限。犯罪事实必须以“证据”为基础,证据又必须经过“合法调查”始得采为法院判断之依据,此点昭示现代刑事诉讼法追求法治程序的慎重之处。既然如此,证据经过如何调查始为合法,可以说是刑事诉讼法的核心问题。

同时,广义的刑事诉讼程序,由侦查、起诉、审判及执行共同组成,但既然是“诉讼”,重心在于审判,而审判期日的重心则是践行“调查证据

* 以下“刑事诉讼法”均指台湾“刑事诉讼法”。——编者注

程序”(“本法”第288条),在此“审判期日”与“合法调查”的概念产生关联,简言之,证据必须经过“审判期日合法的调查证据程序”之后,才能作为判断依据。“审判期日合法的调查证据程序”因而组合两种基本限制,一是证据章中所定的证据方法与程序之限制,二是支配审判期日的审理原则(尤其是直接审理原则)之限制。这两层限制犹如“关卡”,证据经过其考验之后,才能取得“通行证”(证据能力),通往法官的心证,由法官自由判断其证明力。

以上正是构筑台湾“刑事证据法”的栋梁:严格证明法则,并且因此与直接审理原则结合。可惜的是,虽然现行“刑事诉讼法”施行迄今已经逾一甲子,但是,迄今为止,无论是到处引用的实务见解甚或形诸法典的立法理由,对于上述的基础内涵,却频频出现严重的误解。从早期的判例以来,“最高法院”^{*}便以“‘刑事诉讼法’对于证据之种类不设限制”的先例,一举瓦解严格证明的双重限制,使得所有合法非法的证据,如难民潮般一股脑儿涌向法官的心证。由于连带掏空直接审理原则的基础,在欧陆乃大陆法系刑事审判制度中流砥柱的直接审理原则,在台湾地区却独自发展成一种难解的“变体”:文书笔录可以替代所有的证据方法,法官毋庸亲自审理证人、鉴定人,甚至于还将此种“异类变体”诬指为所谓的职权主义的特色。其结果,所有经直接、未经直接审理,有真实性担保、无真实性担保的证据,皆得轻易长驱直入法官的心证,审判期日不过是照发“通行证”的空洞礼仪而已。

本文拟以“最高法院”迄今几十年来的裁判历程为主,就裁判理由与结论——分析其与现行“刑事诉讼法”,尤其是严格证明法则与直接审理原则之龃龉。首先,笔者说明基础理论(下文貳),解释严格证明之概念(下文貳、一)与内涵,说明其法定证据方法与法定调查程序两项根本限制,尤其是直接审理原则之限制(下文貳、二及三),交代严格证明与自由证明、证据禁止及自由心证等相关法律概念的关系(下文貳、四),附带说

* 以下所称“最高法院”均指台湾“最高法院”。——编者注

明违反严格证明法则与直接审理原则之法律效果(下文贰、五)。随后,笔者整理、归纳并评释相关的实务见解(下文叁)。附带说明,由于证人审判外陈述之证明与调查(“本法”第159条),理论上涉及数个必须仔细澄清的问题,实务上则累积不计其数的裁判,因此,本文限于篇幅起见,仅能点到为止,笔者将再另行为文分析评释(参阅本书本部分第二篇)。

贰、基础理论之说明

一、严格证明之概念

在刑事审判程序中,往往有一连串的待证事项呈现在审判庭上等待裁判,这些事项,有的属于程序争点,例如诉讼要件(Prozeßvoraussetzungen)是否具备,有的属于实体争点,例如本案犯罪事实的构成要件该当性、违法性或有责性问题。无论是程序争点或实体事项,也无论是本案判决或非本案裁定,只要涉及证明,都必须面对两个基本问题:(1)法院使用的“证据方法”(Beweismittel)有无限制?(2)待证事项应该经过如何的调查证据程序始属合法?就此,在调查证据程序上,有严格证明程序与自由证明程序之区别^①。

严格证明,是指以上(1)、(2)两者受到“严格的形式性”(Die strenge

① 关于严格证明之概念,请参阅林钰雄:“论侦查法官——兼论法官保留原则与直接审理原则”,载《法治之刑事立法与司法——洪福增律师八秩晋五寿辰祝贺论文集》,1999年自版,第179页以下;王梅英:“证据能力与严格证明之研究”,载《士林地方法院1999年度研究发展项目研究报告》,1999年版,第8页;Vgl. Beulke, Strafprzbrecht, 3. Aufl., 1998, Rdnr. 179 ff.; Eisenberg, Beweisrecht der StPO (Spezialkommentar), 3. Aufl., 1999, Rdnr. 35 ff.; Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 43. Aufl., 1997, § 244 Rdnr. 5 ff.; Roxin, Strafverfahrensrecht, 24. Aufl., 1995, § 24 Rdnr. 2 ff.; Schnarr, in: Lexikon des Rechts (Strafrecht/Strafverfahrensrecht), Ulsamer (Hrsg.), 2. Aufl., 1996, S. 175; Schöch, in: Alternativkommentar zur Strafprozeßordnung (AK-StPO), Bd. 3, 1993, § 244 Rdnr. 7 ff.

Förmlichkeit) 支配的法则^①。严格证明之下, 证据方法及程序受到“双重的限制”, 更精确地说, 诸如犯罪事实之经过及行为人有无罪责等实体事项之证明, 必须经过合法调查之严格证明程序; 而严格证明之严格性, 表现在两方面, 一是法定证据方法之限制, 二是法定调查程序之限制。简之, 审判程序中关于犯罪事实的调查与证明, 须在法律规定所准许的证据方法之范围内, 并且依法律规定的调查证据程序践行之, 两者同时具备时才是经过合法调查的证据, 才取得证据能力^②。“本法”证据章第155条第2项所称“合法调查”, 其实便是严格证明之意义, 而其他条文, 则为上述两项限制的明文规定。

二、法定证据方法之限制

(一) 证据方法之意义

先就第一项限制而言, 依照严格证明法则, 审判程序中关于本案待证事实的调查与证明, 只能以法律准许的证据方法为之。首先以杀人案件为例, 本案待证事实为被告是否杀死被害人, 所有可能提供证明此项待证事实存在或不存在的的相关信息, 无论其所能证明者为直接事实或间接事实, 都有“可能”是证据, 例如, 被告本人及其陈述、目击者之陈述、凶案现场及其遗留的线索(血迹、毛发、指纹)等、被害人尸体及其遗留的线索、作案枪支及其遗留的线索乃至鉴定人对于上述证物的鉴定等。

以上所有的相关信息, 一般笼统称为“证据”, 其实至少包含两层意义, 其一是作为“证据方法”(Beweismittel)的意思, 其二是作为“证据资料”的意思。证据数据是指所有可能与待证犯罪事实直接或间接相关的

① Vgl. Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 1999, Rdnr. 35; Schnarr, in: Lexikon des Rechts, Ulsamer (Hrsg.), 1996, S. 175.

② 由此可知, 严格证明之下, 证据须经合法调查之后, 才有可能取得证据能力[另参阅本文附表及下文贰、四、(二)]。唯台湾教科书, 在叙述时, 经常认为严格证明是指先具有证据能力之后, 再经审判庭合法的调查程序(请参阅黄东熊:《刑事诉讼法论》, 三民书局1995年第3版, 第331页;蔡墩铭:《刑事诉讼法论》, 五南图书出版有限公司1993年版, 第204页), 本文认为, 此等叙述似乎会引起颠倒因果顺序的误解, 也就是令人误以为毋庸经过严格证明程序即可取得证据能力。

信息内容,其来源可能是任何一种相关的人(如上例中之被告、目击者)、地(如上例中之现场)、物(如上例中之尸体、枪支)。证据数据必须透过特定的方法才能呈显,此特定方法即称证据方法,指探求证据资料内容的调查手段。如上例中,目击的内容是证据资料,传讯目击者为证人(Zeuge)则是探求该目击证言内容的证据方法;又如,凶案现场的情状及其遗留的犯罪相关信息,属于证据数据,现场勘验(Augenschein)则是探求相关信息的证据方法;再如,作案枪支也是重要的信息来源,其性质、状况、形态及所有遗留其上的犯罪相关信息,属于证据数据,将枪支送请具有特殊专业知识之人鉴定比对并作成鉴定意见(Gutachten),该鉴定人(Sachverständige)即属探求相关信息的证据方法^①。

(二)法定之证据方法

1. 列举式之法定证据方法

简言之,证据方法是调查证据资料并证明待证事实的手段。虽然,任何一种证据数据或其来源,都有可能提供或隐藏与待证事实相关的信息,但是,并不是任何一种证据方法都是合法的证据方法,这正是严格证明的第一层意义。在严格证明法则之下,法官于审判期日依照“本法”第288条践行“调查证据程序”(Beweisverfahren)时,仅能使用“法律明文准许”的数种证据方法来调查证据资料并证明本案待证事实,这几种证据方法,称为“法定的证据方法”(Die gesetzlichen Beweismittel)^②。中国台湾现行“刑事诉讼法”明文准许的法定证据方法,共有人证(“本法”第175条以下)、文书(“本法”第165条)、鉴定(“本法”第

^① 关于证据数据与证据方法之概念,另请参阅土本武司:《日本刑事诉讼法要义》,董璠典、宋英辉译,五南图书出版有限公司1997年版,第295页。唯书中所称“就证据(物)而言,成为证据的物是证据方法,透过调查该物(该调查方法通常是‘勘验’)得到的情况及该物的性质、形状是证据资料”,似有误解,因为证据(物)本身并非证据方法,勘验(包含提示)或鉴定证物才是证据方法,请参见下文[貳、二、(二)、3]。

^② Vgl. Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 1999, Rdnr. 35; Roxin, Strafrecht - fahrend, 1995, § 24 Rdnr. 2.