律師專欄

包青天與現代刑事法之證據法

蔣文正　律師

一、前言：

前些日子，有位朋友出一謎題：「成人用紙尿褲」，打一本年度之知名人物，答案是：「包大人」；另一謎題：「阿公用之紙尿褲」，答案則為：「包公」；不論「包大人」或「包公」所指者均是宋朝名臣包拯也。包拯不畏強權、懲奸罰惡之故事，家喻戶曉，世有青天之美譽，今年華視將包青天不為利誘、不為勢劫，公告執法維護正義之審案故事，改編成八點檔連續劇，收視率勇冠三台，欲罷不能，包青天之故事深入家庭影響甚鉅；「包青天」一劇闡述包拯我心如秤，公正廉明之政治風範，在公權力不彰、司法威信低落、公共工程弊端頻生之時日，恰好切中時弊，其借古諷今，期盼導引公正廉明風氣之正面意義，殊值肯定，惟現代司法程序與古代人治社會之審案程序，大相逕庭。人治社會與法治社會，在刑事案件審理時，發現眞實，維護正義之目的固然相同，然於手段上，並不相同；因之本文乃欲淺介目前我國刑事訴訟法上有關「證據」之規定及判例上有關證據認定之實務見解，以免因劇中包青天審案過程所運用之辦案技巧、證據法則，深入人心，致誤解現代司法之證據法則。

二、自由心證與證據能力

我國刑事訴訟法第一百五十四條規定：「犯罪事實應依證據認定之，無證據不得推定其犯罪事實。」犯罪事實之認定，應憑證據，不能以擬制或推測之方法認定犯罪；又刑事訴訟法第一百五十五條第一項規定：「證據之證明力，由法院自由判斷。」證據之種類，證據之可信度如何，此種證據證明力之判斷問題，法律僅做原則性之提示規定，法官應依具體個案事實去做思維推論，亦即所謂「自由心證原則」。自由心證，並非任由法官自由擅斷，憑空臆測；法官應就直接審理、公開審理原則調查所得之證據資料，依經驗法則判斷證據之證明力。所謂證據能力，乃可被採為證據之形式資格或地位；證據能力與證據力不同，證據必先具有可為證據之資格地位後，方有所謂證據力之判斷問題，沒有證據能力不得採為證據，自無證據力強弱之問題；自由心證係專就證據力而言，無證據能力之證據，法院不可自由判斷；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，或認定事實不符之證據，不得作為判斷之依據。」包青天一劇中，包大人審判上所引用之證據，諸多不具有證據能力（尤其劇中包大人常用裝神弄鬼之方式取得被告之口供），以今日司法制度來看，將無證據能力之資料，作為裁判之依據，其判決違法，換言之，包青天如身為今日之法官，其審案手法仍未改變，則其將被評價為擅斷違法之壞法官，包拯「青天」之美譽，已不復再。

三、證據能力之限制法則

何種證據具有證據能力，法制上很少有積極性之規定，反而規定者大多是何種證據無證據能力，茲就現行刑事訴訟法之規定及實務上之見解，略述如后：

㈠自白

傳統之刑事訴訟法程序中，向來特別重視被告之「口供」，縱使有「青天」之譽之包拯，依然需要被告之畫押，始能結案。傳統上將被告之自白視為「證據之王」，極易造成「屈打成招」、「刑求逼供」之弊端，近代法律思潮，為維護人權，防止刑求逼供，對於自白皆有條件之限制；我國刑事訴訟法第一百五十六條第一項規定：「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，得為證據。」亦即被告自白，須具有任意性。第二項規定：「被告之自白不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符。」亦即被告之自白須有補強性。我國實例有謂：「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，故被告雖經自白，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符，苟無法證明其與事實相符，根本即失去其證據之證明力，不得採為判斷事實之根據。」（最高法院四十六年台上八〇九號判例）。另同案被告，所為不利於己之陳述，依上開法條之規定，固得採為其他共同被告之犯罪證據，但仍應受自白證據能力之限制，實例有謂：「共同被告不利於己之陳述，固得採為其他共同被告犯罪之證據，惟此項不利之陳述，須無瑕疵可指，而就其他方面調查，又與事實相符，始得採為其他共同被告犯罪事實之認定。」（最高法院四十六年台上四一九號判例）。

㈡書證

刑事訴訟法第一百五十九條：「證人於審判外之陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。」法院審理證據，應經言詞審理，並不許證人以書面代到庭之證言。最高法院七十年台上三八六四號判例有謂：「證人並未親身到庭，僅提出書面以代陳述者，顯與刑事訴訟法係採直接審理主義及言詞審理主義之本旨有違，依該法第一百五十九條規定，自不得採為認定事實之證據。」

㈢意見證據

刑事訴訟法第一百六十條：「證人之個人意見或推測之詞，不得作為證據。」證人作證之本旨即在陳述證人親自知覺之事實，而由法官做意見之判斷，證人逾越事實之意見判斷，業已違背作證之性質，且已侵害法官獨立判斷職權，為免法官接受證人意見判斷之引導，是以證人意見判斷之證據能力應予排除。最高法院七十三年台上五五三二號判決要旨有謂：「證人之個人意見或推測之詞，不得作為證據，刑事訴訟法第一百六十條定有明文。證人吳景耀所謂依被害人父子談話『口氣』，只是懷疑係上訴人所為云云，顯係出於推測，既不得作為證據，更無有利於上訴人之可言……」

㈣傳聞證據

現行法是否有限制傳聞證據之規定，學者有正反意見，按直接審理原則為大陸法之原則，而傳聞法則為英美法之原則，我國為大陸法系之國家，傳聞之限制現行法應無規定，是以歷年來之實務見解對於傳聞之詞，本於直接審理及言詞審理原則，而認為傳聞之詞，不得作為證據。實例如：「毫無根據之傳聞事實，無證據能力，不能據以認定犯罪」（最高法院二十二年上二八四二號判決）。「密查報告，依法尚難逕採為論罪科刑之根據。」（最高法院二十四年上三四〇二號判決）。

四、結論

強人政治解體，台灣政經方面均面臨轉型期，此時公權力不彰、行政效率低落、司法威信不易建立、工程弊案迭有發生，人心企盼更佳之行政決策與行政效率，今年年初華視包青天一劇，包青天主持正義，不畏強權，不向惡勢力低頭之風範，正中人心，造成極高之收視率，人們深盼有一位現代之包青天，以澄清吏治，惟時代往前走，民主政治是時代思潮亦是最符合人性尊嚴之制度，我們不能走回封建時代之人治社會。劇中之包青天固有一股凜然之正義感，但其擅斷固執，主觀意念強烈，「天縱聖明」使其料案如神，然而「天縱聖明」之擅斷者，是可遇而不可求，人們追求的應該是符合人性尊嚴之體制建立。現代刑事訴訟制度，除了追求事實眞相之發現外，同樣亦追求被告人權之保障，如何在發現眞實與被告人權保障找到平衡點，即是現代刑事訴訟制度努力之目標；前些年發生之「王迎先命案」，正是「刑求逼供」血淋淋之實例，更讓人痛心疾首者，乃涉嫌刑求之警官，竟擁有法政碩士之學位，古代包青天雖擅斷固執，尚不至於刑求逼供，更何況今日之法律已明示被告自白須出於任意性，且須有其他事實佐證，自白方有證據力，連碩士學位之執法者猶不免於逼供，由此可知傳統之證據觀念，至今仍根深蒂固，牢不可破，是故筆者惟恐收視率極高之「包青天」，其劇中辦案技巧、證據法則，深入人心，產生誤導，而有不良作用，乃為文淺介刑事訴訟法上有關之證據法則，以傳播現代之刑事證據觀念。

台一國際專利商標事務所服務項目：
一、代理國內外專利、商標、著作權申請、保護及侵害排除。
二、受委專利、商標、著作權顧問。

關係企業及服務項目：
台一國際投資顧問股份有限公司
專辦泰、奧及加拿大投資多元業務

台頤企業股份有限公司
各種進出口貿易
台協企業管理顧問股分有限公司