

摘要

本文所探討關於當事人間訴訟資料相互揭示之「證據開示」制度，其正如同我國現行刑事訴訟法第 33 條規範之「被告閱卷權」般，因刑事程序中，若被告不知檢察官欲以證明其有罪之訴訟資料內容，是無法提出正確的防禦或辯護策略，故為了建立當事人得公平地互為有效攻擊、防禦之場合，本應使被告享有充分的訴訟資訊取得權，以保障被告訴訟權能之適正行使，是「證據開示」、「被告閱卷權」二者雖存在於不同訴訟制度架構下而異其名稱，惟二者其實具備同樣的憲法價值與核心概念，換言之，二者可說均係導源於被告憲法上訴訟權之保障，藉由其權利主體地位之落實，衍生出刑事被告於訴訟程序中，應享有聽審權與武器平等原則之權利，而其最終的目的，即在於使被告得受公平審判，實現其憲法上之訴訟權。是本文將從「證據開示在刑事訴訟構造中之定位」，探究「證據開示」之內涵、與其他訴訟制度間之關係，並探知「證據開示」之核心價值，建立該制度在憲法上之地位。

而我國現行刑事訴訟法，雖乍見下似乎並無本文所探討當事人間「證據開示」制度存在之空間，惟觀察我國司法改革脈絡，認為職權進行主義在我國多年運作結果已偏離公平法院之理想，法院、檢察官及辯護人三方面關係嚴重失衡，被告訴訟權益未能獲得有效保障，因此，為了重建公平刑事審判制度，而倡言引進「起訴狀一本主義」成為我國司法改革之一明顯趨勢，而本文亦採行相同的立場，建議未來修法方向應仿效日本刑事司法，廢除「卷證併送」，將現行的起訴制度改為起訴狀一本主義，以排除預斷、活化詰問制度與傳聞法則、正確釐清院檢權責並淡化職權調查，實踐我國刑事訴訟法第 163 條所歸諸之立法意旨，確保公平法院建立，始較符合我國追求公平審判之憲法價值。則慮及將來一旦正式修法引進「起訴狀一本主義」制度，將造成被告及其辯護人無法依現行法，藉由向法院閱卷而充分閱覽檢察官起訴之卷證資料，故在將來改採行「起訴狀一本主義」制度

之時，勢必須要思考在卷證不併送下，被告方面將如何取得檢察官所擁有之訴訟資料，而同時建構我國當事人間互為揭示證據資料之「證據開示」制度，以作為「起訴狀一本主義」之必要配套措施。

而日本在近代刑事訴訟法制之發展上，在二次大戰後，模仿美國刑事訴訟法制度，改採行當事人主義，當時為使審判與偵查絕緣，切斷偵查與審判接續性，在刑事訴訟起訴程序中採取「起訴狀一本主義」之制度，並至 2005 年 11 月 1 日施行新「證據開示」規定等背景，均可認日本相關之法制係供我國未來法律修正不可或缺之參考素材，故本文將詳細介紹日本新證據開示規定，說明日本所謂「階段性個別開示制度」，即三階段式之證據開示規定，期能藉由研究日本刑事「證據開示」法制，提供我國將來立法之他山之石，若我國刑事司法未來走向從職權主義制度過渡到當事人進行主義時，冀得藉由拙文對於此「證據開示」制度之理論基礎、日本實務演進與立法制度，以及價值核心理念之探討，俾供將來修法參考，而建立更接近於公平審判之刑事司法。

目次

摘要	I
目次	III
詳目	IX
第一章 緒論	1
第一節 研究動機與目的	1
第一項 研究動機	1
第二項 研究目的	4
第二節 研究方法與範圍	7
第一項 研究方法	7
第二項 研究範圍	8
第三節 架構與展望	9
第四節 名詞定義	11
第二章 證據開示制度在刑事訴訟構造中之定位	13

第一節 證據開示之概念與探討	13
第一項 證據開示問題之緣起.....	13
第二項 證據開示之必要性.....	14
第三項 證據開示之憲法基礎.....	16
第二節 證據開示與當事人主義之關聯	26
第一項 刑事訴訟制度概論.....	26
第二項 當事人主義與職權主義.....	30
第三項 當事人主義與實體真實發現之衝突.....	43
第四項 當事人主義之重要表徵—起訴狀一本主義.....	46
第五項 小結—當事人主義與證據開示.....	47
第三節 建構在起訴狀一本主義下之證據開示	48
第一項 起訴狀一本主義與卷證併送之定義.....	48
第二項 起訴狀一本主義之功能.....	50
第三項 卷證併送制度之優劣.....	56
第四項 起訴狀一本主義與卷證併送制度之簡評.....	58

第五項 起訴狀一本主義之必要配套措施—證據開示.....	60
第四節 公平法院之改革方向.....	61
第一項 公平法院下之制度應然.....	61
第二項 改革方向—起訴狀一本主義與證據開示之採行.....	65
第三章 日本刑事證據開示制度.....	69
第一節 日本 2004 年增訂證據開示前之法律規定.....	70
第一項 2004 年修法前證據開示之規定.....	70
第二項 實務見解之演進.....	76
第三項 學說見解.....	86
第四項 簡評—立法期待論.....	92
第二節 修法緣起.....	95
第一項 日本司法改革概說.....	95
第二項 改革立法過程.....	96
第三項 日本刑事司法改革之一環—證據開示.....	97
第四項 當事人主義訴訟構造的再造.....	101

第三節 日本新證據開示規定	104
第一項 2004 年創設「公判前整理程序」概說.....	104
第二項 2004 年新證據開示規定之適用對象.....	106
第三項 新證據開示方法.....	108
第四項 開示證據不當使用之防免.....	126
第五項 證據開示之裁定.....	127
第四節 日本新證據開示制度實施現況與爭議	128
第一項 實施現況.....	128
第二項 運用上之爭議與解決方案.....	130
第三項 理論上爭議.....	134
第四章 我國刑事審判程序引進證據開示制度之可行性	139
第一節 我國刑事訴訟改革的歷史脈動—朝向當事人進行主義前進	139
第一項 全國司法改革會議的召開與修法.....	139
第二項 「改良式當事人進行主義」的修法.....	144
第三項 引進「起訴狀一本主義」的司法改革方向.....	146

第二節 我國刑事審判實務之現況與檢討	147
第一項 我國採行卷證併送制度之現狀.....	147
第二項 我國採行卷證併送制度之檢討.....	148
第三節 美、日證據開示制度之比較	150
第一項 美國證據開示制度.....	151
第二項 與日本證據開示制度之差異.....	159
第三項 與我國現行閱卷制度之比較.....	162
第四節 引進刑事證據開示制度之立法建議	164
第一項 建議採行起訴狀一本主義—確保公平審判.....	164
第二項 證據開示規定之立法建議.....	165
第三項 證據開示規定之配套規定.....	170
第五章 結論	177
第一節 回顧綜整	177
第二節 修法建議與展望	182
第一項 修法建議.....	182



詳目

摘要.....	I
目次.....	III
詳目.....	IX
第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機與目的.....	1
第一項 研究動機.....	1
第二項 研究目的.....	4
第二節 研究方法與範圍.....	7
第一項 研究方法.....	7
第二項 研究範圍.....	8
第三節 架構與展望.....	9
第四節 名詞定義.....	11

第二章 證據開示制度在刑事訴訟構造中之定位	13
第一節 證據開示之概念與探討	13
第一項 證據開示問題之緣起.....	13
第二項 證據開示之必要性.....	14
第三項 證據開示之憲法基礎.....	16
第一款 訴訟權保障.....	16
第一目 我國憲法上訴訟權之內涵.....	16
第二目 聽審權.....	18
第三目 程序上之平等—武器平等.....	19
第四目 公平審判.....	21
第二款 正當法律程序之憲法要求.....	22
第一目 正當法律程序之內涵.....	22
第二目 憲法要求之最低程序保障.....	24
第三款 小結.....	25
第二節 證據開示與當事人主義之關聯	26

第一項 刑事訴訟制度概論.....	26
第一款 糾問主義與彈劾主義.....	27
第二款 職權主義與當事人主義概說.....	29
第二項 當事人主義與職權主義.....	30
第一款 當事人主義.....	30
第一目 當事人主義之定義.....	30
第二目 當事人主義之優劣.....	32
第二款 職權主義.....	35
第一目 職權主義之定義.....	35
第二目 職權主義之優缺點.....	36
第三款 二者之思辨.....	39
第一目 刑事訴訟指導原則—人權保障.....	39
第二目 當事人主義與職權主義之調和.....	41
第三項 當事人主義與實體真實發現之衝突.....	43
第四項 當事人主義之重要表徵—起訴狀一本主義.....	46

第五項 小結—當事人主義與證據開示.....	47
第三節 建構在起訴狀一本主義下之證據開示.....	48
第一項 起訴狀一本主義與卷證併送之定義.....	48
第一款 起訴狀一本主義之定義.....	48
第二款 卷證併送之定義.....	50
第二項 起訴狀一本主義之功能.....	50
第一款 避免「先入為主」的預斷.....	51
第二款 排除不具證據能力資料之干擾.....	52
第三款 交互詰問與公判中心主義之活化.....	54
第四款 審檢權責分明及檢察官實質舉證責任落實.....	55
第五款 公平法院之實踐.....	56
第三項 卷證併送制度之優劣.....	56
第四項 起訴狀一本主義與卷證併送制度之簡評.....	58
第五項 起訴狀一本主義之必要配套措施—證據開示.....	60
第四節 公平法院之改革方向.....	61

第一項 公平法院下之制度應然.....	61
第一款 公平法院之內涵.....	61
第二款 偵查與審判權責分隸.....	63
第三款 強化被告訴訟權主體地位.....	64
第二項 改革方向—起訴狀一本主義與證據開示之採行.....	65
第三章 日本刑事證據開示制度.....	69
第一節 日本 2004 年增訂證據開示前之法律規定.....	70
第一項 2004 年修法前證據開示之規定.....	70
第二項 實務見解之演進.....	76
第一款 最初見解—全面否定論.....	77
第一目 最高裁判所 1959 年 12 月 26 日之決定.....	77
第二目 最高裁判所 1960 年 2 月 9 日決定.....	80
第三目 小結.....	80
第二款 最終見解—個別開示論.....	81
第一目 最高裁判所 1969 年 4 月 25 日決定.....	81

第二目 最高裁判所 1969 年 4 月 25 日決定.....	83
第三目 小結.....	84
第三項 學說見解.....	86
第一款 證據開示肯定說.....	86
第一目 從檢察官客觀義務導出.....	86
第二目 從當事人主義導出.....	87
第三目 事前全面證據開示說及個別性證據開示說.....	88
第二款 證據開示否定說.....	90
第一目 從當事人進行原則導出.....	90
第二目 由證據開示可能產生之弊害導出.....	91
第四項 簡評—立法期待論.....	92
第二節 修法緣起.....	95
第一項 日本司法改革概說.....	95
第二項 改革立法過程.....	96
第三項 日本刑事司法改革之一環—證據開示.....	97

第一款 刑事審判之充實、迅速化.....	97
第二款 公判前整理程序、裁判員制度與證據開示.....	99
第四項 當事人主義訴訟構造的再造.....	101
第三節 日本新證據開示規定.....	104
第一項 2004 年創設「公判前整理程序」概說.....	104
第二項 2004 年新證據開示規定之適用對象.....	106
第三項 新證據開示方法.....	108
第一款 概說—三階段個別開示架構.....	108
第二款 第一階段—檢察官請求調查證據之開示.....	110
第三款 第二階段—類型性證據開示.....	113
第一目 類型該當性—八種類型性證據.....	115
第二目 判斷證明力具有重要性者.....	118
第三目 開示之必要性及相當性.....	119
第四目 被告或辯護人為開示聲請.....	120
第四款 第三階段—爭點關連證據開示.....	121

第四項 開示證據不當使用之防免.....	126
第五項 證據開示之裁定.....	127
第四節 日本新證據開示制度實施現況與爭議.....	128
第一項 實施現況.....	128
第二項 運用上之爭議與解決方案.....	130
第一款 傳聞證據是否為開示對象.....	130
第二款 檢察官持有證據之範圍.....	131
第三款 採行「證據一覽表」之爭議.....	132
第四款 立法目的之爭議.....	133
第三項 理論上爭議.....	134
第一款 是否違反預斷排除法則.....	134
第二款 有無違背被告緘默權保障.....	135
第四章 我國刑事審判程序引進證據開示制度之可行性.....	139
第一節 我國刑事訴訟改革的歷史脈動—朝向當事人進行主義前進.....	139
第一項 全國司法改革會議的召開與修法.....	139

第一款 全國司法改革會議的召開.....	139
第二款 爭議性問題.....	141
第三款 朝向當事人進行主義邁進.....	142
第二項 「改良式當事人進行主義」的修法.....	144
第三項 引進「起訴狀一本主義」的司法改革方向.....	146
第二節 我國刑事審判實務之現況與檢討.....	147
第一項 我國採行卷證併送制度之現狀.....	147
第二項 我國採行卷證併送制度之檢討.....	148
第三節 美、日證據開示制度之比較.....	150
第一項 美國證據開示制度.....	151
第一款 檢察官揭示證據的憲法義務.....	152
第二款 證據開示之規範.....	153
第一目 美國聯邦刑事程序法規第 16 條.....	154
第二目 證據開示範圍.....	156
第三款 證據開示時期.....	157

第四款 被告開示義務.....	158
第二項 與日本證據開示制度之差異.....	159
第三項 與我國現行閱卷制度之比較.....	162
第四節 引進刑事證據開示制度之立法建議.....	164
第一項 建議採行起訴狀一本主義－確保公平審判.....	164
第二項 證據開示規定之立法建議.....	165
第三項 證據開示規定之配套規定.....	170
第一款 準備程序之整備.....	170
第一目 概說.....	170
第二目 爭點整理與審理計畫擬定.....	170
第二款 開示命令違反之效果.....	171
第三款 開示證據目的外使用之禁止.....	173
第四款 證據不開示理由之告知.....	174
第五款 辯護人制度之擴充.....	175
第五章 結論	177

第一節 回顧綜整.....177

第二節 修法建議與展望.....182

 第一項 修法建議.....182

 第二項 展望.....184

參考文獻



第一章 緒論

第一節 研究動機與目的

第一項 研究動機

證據開示 (discovery 或 disclosure of evidence) 乃源自英美法，係指依據當事人一方之聲請，要求對造當事人，揭露與爭議事項有關資訊之制度。由於英美法系國家採行陪審團制度，爲了訴訟經濟與節省陪審員時間，必須在審判程序開始前，利用此等雙方交換資訊的方式來縮小爭點範圍，以加速審理程序的集中審理，且英美法國家採取當事人主義¹的訴訟制度，事實的呈現，係賴由當事人雙方的調查證據、詰問等訴訟行爲，法院僅是單純的聽訟者，其訴訟制度的設計，係要求當事人間地位的平等，認爲偵查與審理程序二者應完全區隔，法院不得承繼檢察官之偵查所得，禁止法院在審理前閱覽偵查卷證，而應以無預斷之虞之「空白」心證開庭審理，故採行「卷證不併送制度」，即檢察官於起訴時，並未將相關卷證移送法院，被告及辯護人所持有之證據資料亦同，因此爲了使雙方當事人得以閱覽互相所持有之證據或其他相關證據資料，而將之內容公開明示之謂。換言之，在當事人主義的訴訟架構下，法院係立於客觀第三人之中立地位，在法庭中藉由檢察官、被告及辯護人調查證據、交互詰問等程序產生心證，爲了徹底實踐訴訟的三方構造，採行卷證不併送制度，因此，須藉由「證據開示」的制度，讓當事人雙方進行訴訟資訊的交換，而「證據開示」制度，對於被告而言，更深具意義，因爲若擁有強大行政權的檢察官所持有之證據，被告或辯護人無從閱

¹ 原文為 Adversary System，本意為「對抗制度」，國內一般均譯為「當事人主義」。

覽，等同未先給予被告防禦之準備機會，將侵害被告的防禦權，造成訴訟上突襲的不利益，並違背當事人平等原則，因此有證據開示之必要，以確立當事人間之實質平等，落實當事人主義之精神。至於職權主義下的訴訟制度，強調偵查與審理程序的整體性及法官訴訟指揮之必要性，檢察官於偵查階段所蒐集的證據資料全數由法院承繼，採取的是卷證併送制度，被告或辯護人得於開庭審理前，向法院聲請閱覽檢察官送交法院的相關起訴卷證，基本上，在職權主義的訴訟架構中，不存在**當事人間**互為證據開示的問題。

而我國於 1928 年 7 月 28 日公布，並於同年 9 月 1 日施行之「中華民國刑事訴訟法」，係仿自日本大正 11 年的舊刑事訴訟法而來，當時日本刑事訴訟法原則上係以德國法為藍本，以職權主義為基礎來建構我國的刑事訴訟法，直至 1967 年，我國又大幅修正相關條文，並更名為「刑事訴訟法」，主要仍是沿襲舊制，同樣採取職權主義，雖於 2003 年再度修正部分刑事訴訟法條文時已明確宣示，我國將自「職權主義」調整為「改良式當事人主義」，加重當事人主義色彩，淡化職權主義，並增訂了深具當事人主義色彩之傳聞法則（同法第 159 條以下）、交互詰問（同法第 166 條以下）等制度，再加上前於 2002 年已增訂之當事人證據調查權規定（同法第 163 條第 1 項），均宣示我國的刑事審判制度，漸漸走向當事人主義的道路。然從 2002 年修正的刑事訴訟法第 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者，法院應依職權調查之」及同法 379 條第 10 款明文規範，依法應於審判期日調查之證據而未予調查者，其判決當然違背法令，得上訴於第三審法院之規定一併觀察，可知，我國雖然引進了「當事人主義」的精神，將同法第 163 條第 2 項前段舊條文的法官「應」依職權調查證據，改成「得」依職權調查，似乎意味著，法官的職權調查將僅具補充的地位，而非法官之義務，惟在上開刑事訴訟法第 379 條規定未配合修正的情形下，法官仍難脫免其「澄清事實」的義務，仍是「職權主義」色彩偏濃，且我國目前採取的起訴方式，其中「卷證併送制度」，

更突顯出我國仍是採取職權主義為主的訴訟構造，由法官扮演積極調查證據的角色，負擔所謂「澄清義務」及「照料義務」，由承審法官負責主導訴訟程序之進行，為了使法官在開庭前，先對於案情有所掌握，「知其所以然」以利於訴訟指揮，使整體訴訟程序能流暢、有效率進行，於我國刑事訴訟法第 264 條第 3 項規定：「起訴時應將卷宗及證物一併送交法院」，此即我國採行「卷證併送制度」之明文依據。職是之故，在我國現行訴訟制度下，檢察官於提起公訴時，已將所有偵查所得之證據資料，連同起訴書，送交法院，使法院在定期審理前，得檢閱相關證據及偵查筆錄，就檢察官起訴之犯罪事實及證據內容充分了解之後，始開始審理，又配合刑事訴訟法第 33 條規定：「辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物，並得抄錄或攝影」，故辯護人於起訴後，即得藉由向法院聲請檢閱卷證，對檢察官於起訴時送交法院之所有卷宗、證物，進行閱覽，而我國檢察官，係具備公益代表人地位，依法課予利與不利於被告應一併注意之客觀性義務下，除非極其少數且極端之事例，檢察官鮮有惡意湮滅、隱匿有利於被告證據之行爲，因此，在我國採行卷證併送之制度下，律師既得於開庭前，閱覽檢察官送交至法院的起訴卷證資料，可以說，在我國現制下，並無當事人間「證據開示」之問題存在。

惟觀察 1999 年 7 月司法院召開全國司法改革會議的問題意識指出，職權進行主義賦予法官調查證據之職權，包括法庭活動及訴訟程序之進行，均由法官主導操控；惟多年實務運作之結果，發現偏離公平法院之理想，法院、檢察官及辯護人三方面關係嚴重失衡，被告訴訟權益未能獲得有效保障，因此，如何重建公平之審判制度，即屬刑事訴訟制度改革之重要課題。可以說，我國職權主義為主的訴訟架構，漸漸為人民所詬病的其中一點，即在於審判成為偵查之延長，由於法官在職權主義下被認為有發現真實之義務，而承接了檢察官的偵查所得，並主動積極的介入調查，而使其中立、客觀之地位受到影響，在職權主義下，被告訴訟權利主體地位之確保，變成依賴於國家公權力之保障，也就是說，僅得藉由檢察官之「客觀義務」及法官之「澄清義務」及「照料義務」，來提升或注意到被

告訴訟上當事人地位之維持，這樣的訴訟制度，可以說被告在公平審判上，係居於被動及劣勢，並非訴訟的主體，而常常淪為被訊問的客體而已，正如同有國內學者謂：「在職權主義下，被告之假想敵即為法官（身兼檢察官），而此一假想敵對許多被告而言，為『心理上』無法擊敗、或難以擊敗的對手」。或許可以說，在職權主義下，刑事被告要擊敗的不僅是檢察官，其對手常常也包括法官，而法官又是最後的裁決者，這種裁判兼球員的困境，正係刑事被告在審判中常有無力感的原因。職是，正由於我國目前實務運作之情形，是法院介入調查、詰問等程序過深，造成法院與當事人在審理程序中對立的結果，法院客觀中立的地位難免遭受質疑，因此職權主義，抑或是當事人主義的訴訟架構，究竟何者係較符合追求人權保障及公正司法的制度，實值吾人省思，此正係全國司法改革會及倡言引進「當事人主義」及「起訴狀一本主義」²制度者所抱持的基本態度，因此在我國司法改革朝向當事人主義的洪流中，引進「起訴狀一本主義」制度，似乎是一明顯的趨勢，但也因此，將造成被告及其辯護人無法如卷證併送主義一般，藉由向法院閱卷而充分閱覽檢察官起訴之卷證資料，以進行防禦準備，故從當事人主義中之實質當事人對等與武器平等諸節原則出發，並本於重視被告防禦權之立場，在將來改採行「起訴狀一本主義」制度之時，勢必需要同時建構我國的「證據開示」制度，故對於該制度之認識與探討，實有介紹之必要，此正係本文擬研究此一課題之動機所在。

第二項 研究目的

觀諸我國憲法第 16 條規定了訴訟基本權利之保障，司法院大法官並謂，人

² 「起訴狀一本主義」係日本刑事訴訟法學界用語，等同於前述的「卷證不併送制度」。

民的訴訟權乃包含「公平審判」的概念，包括釋字第 256、396、418、512、530、533、582、591、653、654 號等解釋，均指出人民有接受「公平法院」審判之權利保障，其中諸如釋字第 512 號解釋謂：「憲法第十六條保障人民有訴訟之權，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」，而釋字第 582 號解釋則指出：「憲法第十六條規定人民有訴訟之權，就刑事審判上之被告而言，應使其在對審制度下，依當事人對等原則，享有充分之防禦權，俾受公平審判之保障」，而所謂的「對審制度」，乃當事人彼此立於對峙地位，實際參與訴訟審理的場面，亦即，審判法庭於公開的前提下，對立的當事人彼此競爭，或被告出庭並行使防禦及辯護活動，尊重被告主體性之程序，應屬憲法上正當法律程序要求。故從上開憲法解釋的結果，似乎提供開啓我國刑事程序上保障「公平審判」的新設空間。因此，我國司法改革朝向「當事人主義」，而積極引入「起訴狀一本主義」之走向，可謂是符合憲法上「公平審判」保障之論理，同時提供引進「起訴狀一本主義」之必要配套——「證據開示」制度之正當性，是本文將嘗試先探討「證據開示」制度之本質問題——即證據開示在刑事訴訟構造中之定位——開始，來認識「證據開示」此一制度，先論述該制度之必要性，並嘗試從憲法訴訟權保障與正當法律程序原則切入，釐清證據開示制度在憲法上之基礎及其核心價值，接著從職權主義與當事人主義間之思辨，導引出證據開示制度與當事人主義、起訴狀一本主義制度間有何關連，最後擬從建構公平法院之概念下，試圖探討「證據開示」之功能及其定位。

另觀察日本在近代刑事訴訟法制的發展上，在明治維新運動推動國家近代化以來，歷經 1880 年的「治罪法」、1890 年明治憲法制定而公布之「明治刑事訴訟法」，及 1922 年再次修正頒訂之「大正刑事訴訟法」，當時日本是繼受歐陸刑事訴訟法之思潮，有著強烈職權主義之色彩。然日本於第二次大戰後，緣於戰後受到美軍佔領，受到美國壓力及影響下，導致其國家之根本大法——憲法，以及象徵人權保障基準法之刑事訴訟法，均深受美國法制的影響，在 1948 年制定了

現行的日本刑事訴訟法，其模仿美國刑事訴訟法之制度，改採行當事人主義，當時，為使審判與偵查絕緣，切斷偵查與審判之接續性，以便排除法院對被告抱有不利偏見下舉行審判，在日本刑事訴訟法第 256 條第 6 項中規定「不得將有使法官對案件產生預斷之虞之文書或其他物品，添附於起訴書，亦不得於起訴書中引用其內容」，此即日本在刑事訴訟起訴程序中採取「起訴狀一本主義」之明文。其內涵在於，起訴時，檢察官僅得向法院提出起訴書，至於其他有關之證據、資料及其他文書、物品，均不得隨同起訴書送交法院。但直至 2004 年 5 月 28 日修正通過，2005 年 11 月 1 日施行的新「證據開示」規定前，日本刑事訴訟中關於證據開示之規定，僅有同法第 299 條第 1 項「檢察官、被告及辯護人聲請訊問證人、鑑定人、通譯或翻譯前，應預先給予對造知悉受訊問人姓名及其住居所之機會在聲請調查證據書類或證據物前，應預先給予對造閱覽之機會。但對造對此無異議時，不在此限」之規定，該條在解釋適用上，日本實務界認為，檢察官對於在審理程序中聲請調查之證據，始有預先給予對造閱覽之義務，造成若檢察官未聲請調查之證據，即不必給辯護人閱覽機會之漏洞，又依同法第 40 條第 1 項規定：「辯護人於公訴提起後，得於法院閱覽關於訴訟之書類及證據物，並謄寫之。但關於證據物之謄寫，應得審判長之許可」因此，在該時期，由於檢察官於起訴時，僅向法院提出記載有被告年籍資料、起訴事實及罪名之起訴書，相關證據只有於證據調查完畢後，始需向法院提出，故事實上辯護人於第一次公判期日前，依該法第 40 條之規定，也無法從法院閱覽到檢察官起訴之相關證據，惟辯護人若於審理前無法閱覽到證據，如何擔保適正的實施詰問及擬定正確的辯護計畫，而相關有利或不利證據的資訊取得，對於被告的防禦權是關係重大的，因此，雖然日本在 2004 年修法前，絕大多數案件，檢察官於裁量後，均同意將所有預定聲請調查之證據於證據調查程序前即開示予被告或其辯護人，就證據開示發生爭議，需要法院介入解決的情形可說是極為少見，但約自 1952 年起，針對公安、勞動案件、行受賄案件、違反選罷法等爭議性較大之案件，由於檢察官與辯護人

間對立情形嚴重，甚至出現檢察官一開始就決定以聲請調查證人之方式，取代以往先聲請調查偵訊筆錄之方式，使偵訊筆錄無法依日本刑事訴訟法第 299 條第 1 項規定讓辯護人閱覽，造成辯護人一再要求檢察官開示偵訊筆錄，而使訴訟程序之進行停滯不前。由於這樣的爭議漸漸浮出，日本實務與學界討論「證據開示」的相關研究更爲沸騰，法制化的呼聲一再提出，最後終於以立法之方式重新形塑出日本之「新證據開示」制度。大抵而言，日本戰後從「職權主義」過渡到「當事人主義」，「起訴狀一本主義」正係建構新日本刑事司法之主軸，而本世紀初日本進行 21 世紀之司法改革，仍貫徹「起訴狀一本主義」之制度，併修訂了「公判前整理程序」與新「證據開示」的機制，而其中「證據開示」制度之修法，歷經長時間實務與學界的爭議與論述，值得我國借鏡，而日本從職權主義過渡到當事人主義的歷史背景，亦與我國未來司法改革的腳步相符，對於長年以來一再討論是否採行「起訴狀一本主義」的我國，實爲未來法律修正不可或缺的參考素材。故本文擬藉由介紹日本修法前、後的「證據開示」規定，俾供我國將來相關立法的他山之石，並嘗試提出適合我國國情的立法建議，期將來刑事訴訟變革修法時，能將此一重要性的制度予以明文，以落實公平法院之實踐。

第二節 研究方法與範圍

第一項 研究方法

本文研究方法將以文獻分析法、比較研究法、歷史研究法及實證研究法爲主。

由於目前我國並未實施證據開示制度，從而國內相關實證研究均付之闕如，

因此無法針對我國現狀，進行有意義的文獻分析或歷史研究，且我國法律制度的制定，是屬於移入型的國家，而考我國刑事訴訟法立法的歷史背景，與其說當時是移入德國法制，不如說係模仿日本大正年間之舊刑事訴訟法而來，而當時的日本刑事訴訟法正係以德國法為藍本，而戰後日本始受美國影響，從大陸法系之職權原則過渡到英美法系的當事人進行原則，而此過程亦與我國刑事訴訟法進程相類似，因此本文在思考架構及研究方法上，擬以日本新證據開示制度為主要之研究對象，先以文獻分析法研究日本證據開示制度之內容，嘗試整理、歸納日本學界、實務界對此相關議題探討之法規、期刊、論文、專書、研究報告及判例等文獻，勾勾勒出本文研究主題之基本芻議、相關法律問題，並就上述文獻資料加以歸納、整理與分析，建立本論文之研究基礎；併以歷史研究法，研究日本證據開示制度之歷史演進過程，以明瞭日本證據開示制度及相關課題的發展動向；另針對證據開示制度所涉及的當事人主義與職權主義之刑事訴訟制度之思辯部分，擬以比較研究法與歷史研究法，探究此二者之演進過程，嘗試從歷史分析及比較的結果，初探二者優、劣，藉此得出究竟何種訴訟制度係較符合公平正義或較適合我國國情之訴訟構造；此外，由於日本新證據開示制度已實施有年，理應有相當之實證資料可資參考，故本文擬再以實證研究法進行日本新證據開示制度之評價，省思我國引進證據開示制度之可能性，期能截長補短，進而勾勒未來立法方向。

第二項 研究範圍

本論文自證據開示制度在刑事訴訟構造中之定位出發，先探討制度緣起，並嘗試探尋其憲法基礎，次第論述證據開示制度與當事人主義、起訴狀一本主義與公平法院建立之關聯性。另針對日本刑事證據開示制度之規範及實務運作情形進

行介紹，並擬將日本 2004 年新證據開示制度之規範作一較詳盡的介紹。最後針對我國司法改革之走向，倡議我國將來應採取起訴狀一本主義，並擬整體比較我國與美、日兩國證據開示規定之異同，進而提出我國未來建構起訴狀一本主義下「證據開示」制度之立法建議。

雖然刑事之證據開示制度，基本上是建構在當事人主義下關於訴訟資訊取得之制度，惟關於當事人主義之形式或實質內容、處分主義、辯論主義或當事人進行主義等概念之區分，由於國內已有諸多文獻進行探討，而本論文之研究主題在於「刑事證據開示制度」與「日本新證據開示制度」之介紹，故本文就當事人主義的部分，將僅論述其定義、優缺點，並將當事人主義與職權主義二者之思辨，提出淺論，餘茲不贅述。



第三節 架構與展望

本文係以介紹日本新證據開示制度之法制規範為主，並以檢視證據開示制度在刑事訴訟構造中之地位為輔，論述證據開示制度之立法機能與內涵。最後歸納各章研究心得，針對我國未來引進起訴狀一本主義之配套措施—「證據開示」制度，提出立法建議。

本文共分為五章，各章節架構如下：

第一章為緒論，主要介紹本文研究動機與目的，提出研究方法，並設定研究範圍，說明研究架構及展望，最後針對本文使用之用語，進行名詞定義。

第二章為探究證據開示制度在訴訟構造中之定位，由闡述「證據開示」之概念及問題緣起出發，探尋證據開示制度之功能與必要性，併從刑事被告訴訟權保障與正當法律程序要求之憲法基本權中，試圖探求證據開示制度之憲法基礎，及其核心價值所在，次第再進一步探討證據開示與當事人主義、起訴狀一本主義間之關連，並從建構公平法院之理念下，探討證據開示引進之必要，而建構出「證據開示」制度在訴訟構造中之定位。

第三章係介紹日本新、舊證據開示制度之演進與發展，先針對日本 2004 年增訂新證據開示制度前之法律規定、實務見解，進行介紹，接著說明 2004 年修法緣起及立法宗旨，並就日本新證據開示制度之規定進行分析、討論，最後，就日本實施之現況與爭議加以整理剖析，以此做為我國日後引進證據開示制度時之參考。

第四章為析論我國刑事審判程序引進證據開示制度之可行性，以我國刑事訴訟改革走向——朝向當事人進行主義——為前提，說明倡議引進「起訴狀一本主義」與「證據開示」制度之立場與可行性，並檢討我國目前採行卷證併送制度之現狀與問題，嘗試從比較我國與美、日兩國證據開示制度之差異，提供將來我國改採起訴狀一本主義制度後，建構我國「證據開示」制度之立法建議。

第五章結論，將本於追求更高人權保障及更公平刑事審判制度之角度，倡議引進「起訴狀一本主義」與「證據開示」制度，並統整各章節所得，做出結論。

第四節 名詞定義

刑事審判程序，不論採職權主義或當事人主義，偵查機關所蒐集而得之卷證資料，為維護被告之防禦權，自有將檢察官所得之偵查資料揭示予被告之必要，若採卷證併送制度，由於相關卷證資料已移送法院，偵查資料之揭示，自然由法院為之；至於當事人主義下採取的卷證不併送制度，由於偵查卷證並未移送法院，則被告無法從法院處取得相關資訊，至為炯然，此時證據由檢察官自行保管，因此偵查資料之開示機關僅檢察官為適格。質言之，並非謂採職權主義之刑事構造即不存在證據揭示之問題，毋寧說不論採取職權主義、當事人主義，抑或採行卷證併送制度或卷證不併送制度，均有「證據揭示」之必要，只係證據由何機關開示之問題而已。而以法院為開示證據之機關者，一般通稱此為「被告之閱卷權」；而由檢察官、被告（即當事人雙方）為開示證據之機關者，則稱之為「證據開示」制度，而由於檢察官與被告間在偵查階段蒐集證據實力的明顯落差，主要是指檢察官為開示機關之證據開示。惟本文以為所謂「被告閱卷權」與「證據開示」二不同訴訟架構下之不同刑事程序制度，其本質與內涵精神，其實是一脈相通的，此種被告「訴訟資訊取得」之權利，均係本於被告訴訟權中防禦權保障、聽審權要求與武器平等諸原則以及現代法治國所要求的正當法律程序，具備同樣的憲法價值與核心概念，無分軒輊；或可稱前者係「法院之證據開示」，後者為「當事人之證據開示」。而本文探究之重點，在於當事人主義之卷證不併送制度下，由「當事人」，尤其是「檢察機關」所為之卷證開示制度之謂，是本文提到「證據開示」一詞，係專指此意義下之「證據開示」。



第二章 證據開示制度在刑事訴訟構造中之定位

第一節 證據開示之概念與探討

第一項 證據開示問題之緣起

刑事程序之起訴方式，有所謂職權主義下的「卷證併送」制度，以及當事人主義下「起訴狀一本主義」之不同。在採行卷證併送制度之職權主義國家，強調偵查與審理程序之整體性，案件於起訴之時，檢察官已將所有的偵查卷證一併交予法院，而被告之辯護人得藉由閱覽上開由法院保管中之卷證，瞭解檢察官的起訴內容及欲證明被告有罪之證據，基本上，在職權主義的訴訟架構下，檢察官的偵查卷證資訊，透過被告方面向法院閱覽卷證而共享，不存在證據開示的問題。惟在英美法系國家採行當事人進行原則的卷證不併送制度下，由於偵查程序與審理程序係完全隔離的，因此，不僅起訴卷證資料僅由檢察官持有保管，被告方面的證據資料亦僅由被告持有保管，當事人雙方均不會將其訴訟資料於審理開始前即移送予法院或交付對造，此種卷證不併送的起訴方式，是爲了確保法院扮演單純聽訟者角色之公平性，而正由於當事人雙方係各自持有證據或其他相關訴訟資料，是否須藉由讓對造當事人得以閱覽訴訟資料的方式，而相互將證據資料交換公開之，即所謂證據開示之問題。

在英美法系國家，證據揭示制度一開始係利用此種資訊的交換，使當事人雙方明瞭彼此主張與訴訟資料的落差，而使爭點有所交集，否則各唱各調，將徒增訴訟之混亂，因此爲了促進訴訟進行的效率，藉由證據的相互揭示，避免「突襲

性證據」在審判庭中出現，而加速審判程序之進行。觀察英美國家的證據開示歷史，首先發展的是民事訴訟程序中的證據揭示，當時主要是防止舉證之突襲，並藉由資訊的交換，使雙方之主張與爭點，有所交集，至引用到刑事程序中，美國法並進一步闡釋，證據開示制度係檢察官憲法上之義務，違反此一義務即係侵害被告受審判之正當法律程序³。因此，在採行當事人主義之卷證不併送制度前提下，證據開示制度，係預先使當事人得藉由先行閱覽對造之審理訴訟資料，以平衡雙方資訊之落差，增加當事人間之對等性。質言之，若刑事被告無法知悉檢察官用以攻擊被告之證據內容，如何提出相對應之防禦方法，因此有證據揭示之必要，以遂行有效率之程序⁴，並賦予被告充分的程序保障。

第二項 證據開示之必要性

證據開示的必要性，從刑事程序之原理原則觀察，主要源自於：第一，利於被告方面之防禦準備。由於被告及其辯護人無法如同偵查機關或政府機關般，得以公權力發動強制的蒐證活動，在蒐集證據能力遠低於檢察官之現實情況下，無法否認地，就防禦準備的意義而言，被告方面藉由預先閱覽檢察官持有之欲證明被告有罪的證據資料，進而擬定辯護策略，始為最重要且有效的攻防準備。是證據開示制度實有充實被告防禦權能之功能。

第二，資訊交換之證據開示程序，將有助於訴訟經濟。從訴訟經濟觀點，當

³ 渥美東洋，刑事訴訟法，青林書院，1996年5月初版，頁52，轉引自黃翰義，程序正義與訴訟制度之變革，司法院研究年報第25輯第7篇，司法院印行，頁285。

⁴ 黃翰義，改良式當事人主義之訴訟制度與程序正義，臺灣臺南地方法院97年度研究發展項目報告，2008年11月，頁22。

事人間訴訟資訊相互交換的證據開示程序，將使得當事人雙方對於彼此個別、具體證據的攻擊防禦得以對焦，進而統整出雙方主張歧異之處，使檢辯得各自準備有效的攻防策略，讓訴訟進行有所交集並有效率的進行，避免無益之攻擊防禦而浪費訴訟程序⁵。質言之，證據開示具有防止爭點擴散的效果，並藉由證據資訊的事前交換，亦可防止突襲性證據之提出而延滯訴訟，實有促進訴訟經濟之效果。

第三，被告詰問權之保障。被告或其辯護人於審理庭中對於證人為詰問時，若無任何訴訟資料得以參酌，尤其是檢察官於偵查中對證人所為之供述筆錄，基本上，被告或其辯護人無法為有效且適正的詰問。換言之，若被告能預先知悉其內容，將來在審理庭中詰問相關證人時，始得據此為有力的詰問⁶。否則被告或其辯護人無法藉由證據開示取得傳喚或詰問證人之有利資訊，則詰問權之保障，無異是畫餅充飢。

第四，落實當事人間之實質平等。由於檢察官與被告彼此間之攻擊防禦能力存在著明顯的落差，因此，有必要以加強被告主體性地位及防禦能力的方式，來平衡當事人雙方實力的差距，以實現當事人間的實質平等。而證據開示制度存在的必要性，即出現在對於被告防禦能力不足之處的補強，使被告得以知悉有可能認定其有罪之具體證據，可以說「證據開示」是被告應受當事人間實質平等保障之實踐。

第五，無罪推定原則之實踐。證據開示的結果，即使被認為有可能產生證人遭威脅利誘或證據遭滅失之危險，而礙於積極的真實發見（即所謂有罪者必處罰），惟就實際而論，證據開示並不會妨礙消極的真實發現（即無辜者不會被處罰）。換言之，若證據不予開示，將會形成無辜者遭受無端處罰之結果，因此就

⁵ 黃翰義，註3前揭書，頁275。

⁶ 黃朝義，刑事訴訟法（制度篇），元照，2002年8月初版，頁124。

無罪推定之原理而言，應擔保被告保有其充足之防禦權，證據開示自有其必要。況大部分國家之偵查作為均採行秘密原則，則偵查程序之不公開，易有不受監督、違背法定程序且侵害人權之質疑，而證據開示可使偵查作為，在事後公開，有助於偵查透明化，使檢警有所顧慮，間接達成保障人權之目的；且亦能透過證據開示的資訊透明作為，防止檢察官無端隱匿有利於被告之證據，助於無罪推定原則之實踐⁷。

最後，「證據開示」制度，從「真實發現」之場合出發，亦可認為係為了使辯護人易於取得訴訟資訊，並進而利於其立證行為，則在辯護人加強其舉證抗辯能力情形下，自然也增加真實探知之可能，而共同協助法院發現真實，實現刑事訴訟「發現真實」之目的。綜上，為促進訴訟經濟與保障被告詰問權，併避免被告遭受來自國家公權力之戕害，充實被告訴訟權之實施，強化訴訟程序完整性，實踐當事人實質平等，並落實無罪推定與真實發現目的，實有採擇「證據開示」制度之必要。

第三項 證據開示之憲法基礎

第一款 訴訟權保障

第一目 我國憲法上訴訟權之內涵

訴訟權可分為廣義與狹義的訴訟權。就我國憲法而言，廣義之訴訟權包含憲

⁷ 黃朝義，註6前揭書，頁124、125。

法第 16 條之訴訟權，以及同法第 80 條之法官依法獨立審判；狹義訴訟權則專指，當事人之程序地位之保障⁸。而關於訴訟權之具體內涵，大法官曾於多號解釋中加以闡明，如釋字第 153 號解釋指出，所謂訴訟權，乃人民司法上之受益權，不僅指人民於其權利受侵害時，得提起訴訟而已，法院尤應多加尊重，便利其申訴之機會，不得予以妨礙；釋字第 154 號解釋指出，憲法第 16 條所謂人民有訴訟之權，乃人民在司法上之受益權，指人民於其權利受侵害時，有提起訴訟之權利，法院亦有依法審判之義務而言」；釋字第 256 號解釋認為，憲法第 16 條規定人民有訴訟之權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權益；釋字第 418 號解釋認為，憲法第 16 條保障人民訴訟權，係指人民於其權利遭受侵害時，有請求法院救濟之權利，法院亦有依法審判之義務而言此種司法上受益權，不僅形式上應保障個人得向法院主張其權利，且實質上亦須使個人之權利獲得確實有效之保護；釋字第 482 號解釋認為，所謂訴訟權，乃人民司法上之受益權，即人民於其權利受侵害時，依法享有向法院提起適時審判之請求權，且包括聽審、公正程序、公開審判請求權及程序上之平等權；釋字第 574 號解釋則點出，憲法第 16 條所規定之訴訟權，係以人民於其權利遭受侵害時，得依正當法律程序請求法院救濟為其核心內容。

可知大法官對於訴訟權內容之闡釋係愈加地充實其內涵，其中釋字第 482 號更完整地詮釋訴訟權為「依法享有向法院提起適時審判之請求權，且包括聽審、公正程序、公開審判請求權及程序上之平等權」。職是，依大法官諸多解釋，訴訟權係包含了適時審判請求權、權利有效保護請求權、聽審請求權、程序上平等權、公正程序請求權，及公開審理請求權⁹諸節權利。下文則由訴訟權內含諸

⁸ 沈冠伶，訴訟權保障與民事訴訟-以大法官關於「訴訟權」之解釋為中心，司法院大法官 93 年度學術研討會論文集及紀錄，司法院，2005 年 9 月，頁 56。

⁹ 沈冠伶，註 8 前揭文，頁 58。

多具有憲法位階之基本權內容中，專就與「證據開示」制度相關部分，即聽審權、程序上平等權、公平審判原則，嘗試闡述證據開示制度在憲法上之基礎，並從中探知證據開示之核心價值所在。

第二目 聽審權

聽審權（又稱「聽證權」）¹⁰之保障，源自於人性尊嚴之要求，認為與權益有關之事項，人民作為權利主體，有被徵詢、聆聽及告知之權利。意即刑事程序中，法院必須賦予訴訟關係人有陳述、說明或提出聲請之機會，當訴訟關係人有所聲請或陳述時，法院尚須聽取其意見，於判斷時實際上予以考慮，並於法院的判決理由中說明法院對此之意見，且基於聽審權，被告得享有受國家偵審機關告知或通知攸關其訴訟勝敗之各種資訊之權利¹¹。是「聽審權」保障內涵，包括表達請求權、注意請求權與資訊請求權，易言之，在資訊請求之意義上，被告透過聽審權之行使，獲知被追訴之犯罪事實及不利之證據，方有為自己辯護及行使其他權利之機會，是聽審權，可謂係被告訴訟權利行使之前提基礎，若違背被告聽審原則，係違反憲法保障人民訴訟基本權，不為法治國理念所容許¹²。雖然我國憲法並未如德國基本法第 103 條第 1 項將「聽證權」當作訴訟程序之最基本要求，明文規定任何人在法院之前享有聽證權¹³，惟透過前述司法院大法官之解釋，已

¹⁰ 陳愛娥，正當法律程序與人權之保障-以我國法為中心，憲政時代，第 29 卷第 3 期，2004 年 1 月，頁 381。

¹¹ 何賴傑，正當法律程序原則—刑事訴訟法上一個新的法律原則？，憲政時代，第 25 期第 4 卷，2000 年 4 月，頁 37。

¹² 楊錫楨，刑事程序閱卷權之研究，國立中正大學法律學研究所碩士論文，2003 年 7 月，頁 40。

¹³ 陳愛娥，註 10 前揭文，頁 380。

闡明我國憲法上訴訟權之內涵，實即包含了聽審權之保障，且憲法之實現法——我國現行刑事訴訟法亦已經將聽審權展現在「被告閱卷權」之保障，殆無疑義。

正因刑事訴訟程序勝敗的關鍵，在於雙方能提出優於對造之證據資訊，使法院經由審酌訴訟資料而產生心證，若一方提出之資訊遠優於他造，法院亦僅得依照單方之資訊重建犯罪事實，則單方資訊形塑之結果，自然結果亦較利於一方，可知，**訴訟資訊之取得**對於刑事司法是多麼重要，若排除了被告資訊取得之管道，則被告等於是無力去參與刑事訴訟程序，其主體性的地位將被剝奪，是同屬訴訟資訊取得之「證據開示制度」，可說是憲法訴訟權中聽審權保障之落實，並得展現被告訴訟主體地位之程序，透過證據開示制度，被告及其辯護人方得獲取檢察官據以起訴被告之證據資料，而在充分認識起訴所憑證據資料後，始得衡量其實體利益及程序利益，而決定其適當之訴訟行為，被告訴訟權之保障，方獲實踐。

第三目 程序上之平等—武器平等

大法官於釋字第 256、442、482、530 號解釋揭櫫訴訟權應包括程序上之平等，此「程序上之平等」要求，除了源自憲法第 16 條訴訟權保障外，亦可建基於憲法第 7 條之平等權保障。此「程序上之平等」，又被稱為「武器平等」，所謂「武器平等」係指當事人在訴訟程序上享有地位平等、機會平等，以及風險平等；就地位平等，係指當事人不論係攻擊者或防禦者，亦不論其在訴訟外之實體法律關係是否有上下從屬關係，在訴訟上，均享有相同之地位；就機會平等而言，則指平等地接近、利用法院之機會，及平等地提出攻擊防禦方法之機會；風險平等則係指，訴訟之勝敗風險對兩造當事人應為平等之分配，不應由一造負擔較高之

敗訴不利益風險¹⁴。

釋字第 582 號解釋之許玉秀大法官協同意見書¹⁵進一步闡釋，「憲法上保障刑事被告之防禦權，即同於保障其訴訟權；保障刑事被告之訴訟權，等同於保障其訴訟上與他造平等之權利地位，是以審查刑事被告之訴訟權是否受保障，亦等同於審查其訴訟平等權，而有平等原則之適用」。是刑事被告面對訴訟上的對手——檢察官時，為確保審判之公平，自應使當事人雙方攻擊、防禦之權能及機會均相等，而落實被告訴訟權與平等權之保障。職是，檢察官與被告間之「武器平等」原則亦應認係憲法上訴訟權所保障之內涵之一，且係刑事程序中所應具備之訴訟平等程序。

而刑事程序之進行係以事實之認定為中心，而事實認定之依據非裁判者之主觀，而應係依「證據」認定，我國刑事訴訟法第 154 條第 2 項即規定，犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定其犯罪事實。惟現今檢察制度下之檢察官擁有強大公權力，有權指揮調度檢察事務官、司法警察（官）等機關，復以在檢察一體下尚有聯合偵查追訴犯罪之利器，故檢察官應最能掌握證明被告犯罪之證據，而證據大量集中於檢察官手中，乃刑事程序必然之結果；相對於此，被告就證據的蒐集係處於弱勢之一方，在此種「證據掌握」極不平衡的情狀下，要求被告與檢察官在訴訟中攻擊及防禦，等於是在武器不平等下，要求被告完成不可能的任務¹⁶，因此若不要求檢察官有開示證據之義務，被告之防禦權即無所附麗，則當事人平等，形同空談，「證據開示」之憲法上意義，在武器平等原則之要求下，得以展現。

¹⁴ 沈冠伶，註 8 前揭文，頁 79、80。

¹⁵ 參見司法院釋字第 582 號許玉秀大法官協同意見書。

¹⁶ 黃翰義，註 3 前揭書，頁 288。

第四目 公平審判

我國憲法第 16 條規定了訴訟基本權之保障，司法院大法官並謂，人民的訴訟權乃是「公平審判」權利之保障，諸如釋字第 512 號解釋：「憲法第十六條保障人民有訴訟之權，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。」；而另觀察釋字第 582 號解釋意旨，其指出：「憲法第十六條規定人民有訴訟之權，就刑事審判上之被告而言，應使其在對審制度下，依當事人對等原則，享有充分之防禦權，俾受公平審判之保障」，其他，包括釋字第 256、396、418、530、533、582、591、653、654 號等解釋，均指出人民有接受「公平法院」審判之權利。因此，觀察上開機制形成過程，大法官對於憲法上訴訟權之內涵，似乎亦保留了刑事程序上應保障「公平審判」的空間¹⁷。

在公平審判之要求下，被告應賦予程序主體之地位，但相對於屬於國家機關之檢察機關，檢察官擁有強大的偵查權，及國家公權力之挹注，被告方面在訴訟資源之掌握方面，顯然處於弱勢之一方，已如前述，是在公平審判與當事人實質平等的當事人對等原則下，有必要適當地平衡當事人間的實力落差，使被告取得權利主體之地位，因此，應給予被告或其辯護人閱覽偵查卷證之機會，畢竟被告及其辯護人若難以掌握檢察官偵查訴追的全貌，將無法擬定完整的辯護策略，亦無從為自己的清白辯駁，則被告的實質訴訟權保障等於流於形式，對於訴訟效率亦多所影響，是在公平審判之要求下，應充實被告之訴訟上防禦權，使被告得以

¹⁷ 林裕順，「起訴狀一本主義」再考—釐清「剪不斷、理還亂」的審檢互動，月旦法學雜誌，177 期，2010 年 2 月，頁 181、182。而關於公平審判原則，正如有識者言，該原則只能根據個案情節而為認定，無法對該概念內涵為確認或區分，即就個案情形，將公平審判原則作為調整個案利益之操作工具，較能符合該原則之程序功能，參見何賴傑，註 11 前揭文，頁 37。

對抗檢察官之有罪聲明。職此，惟有透過證據開示之制度，強化被告攻擊防禦之能力，平衡當事人雙方之實力落差，以實現公平審判。

第二款 正當法律程序之憲法要求

第一目 正當法律程序之內涵

正當法律程序（due process of law）源於英國大憲章不隨意拘捕的承諾¹⁸，而為美國聯邦憲法增修條文第 5 條採用而規範：「任何人…非經法律正當程序，不應受生命、自由或財產之剝奪」，即所謂的「正當程序條款」。美國實務將其內涵區分為，「程序上正當程序」（procedural due process）與「實質上正當程序」（substantive due process）二者，前者為政府限制人民生命、自由或財產時，應遵循如何程序方為正當的問題；後者為法院審查法律之內容，應確保其為「公平」的問題¹⁹，有學者即指出，「程序上正當程序」旨在確保國家權力行使之程序公平，我國憲法第 8 條（關於人身自由之限制或剝奪）著有明文規範；而「實質上正當程序」則旨在確保國家權力作用之實質公平，其功能殆與我國憲法第 23 條相當²⁰。可以說，正當法律程序乃是構成自由與正義的基本自然法則，其作用在

¹⁸ 正當法律程序一詞首見於 1354 年英國大憲章的法規式翻版：「任何人非經法律正當程序之審理，不應被逐出其土地或住宅，或被逮捕剝奪繼承權或處死」，轉引自湯德宗，論憲法上的正當程序保障，憲政時代，第 25 卷第 4 期，2000 年 4 月，頁 4。

¹⁹ 惟「實質上正當程序」在美國法上已經演變成該國法院用來承認不成文憲法權利（例如隱私權）之主要依據，參見林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞著，憲法-權力分立，學林文化，2003 年 10 月，頁 376。

²⁰ 湯德宗，論憲法上的正當程序保障，行政程序法論，元照，2000 年 10 月初版 1 刷，頁 271、272、274。

於抑制國家權力，以保護人民之自由、權利，而由於人民的自由權利之範圍，會隨著時代演進、文化背景而時常變動，職是，正當法律程序亦屬於一難以確定，隨時變動的概念，而其變動又屬於伸展而非退縮²¹。而正當法律程序原則中何謂「正當」之概念，往往是適用正當法律程序原則最核心、也最困難的部分，可以說，此一極度抽象、不確定的法律概念，非如適用法條般技術性、工具性操作即可探知，而係應本於支配人類行為模式之法律倫理觀念，而尋求釐清²²。

我國司法院大法官解釋中正式出現「正當法律程序」一詞，首見於**釋字第 384 號**解釋理由書中²³，該號解釋依據英美法上發展至今之正當法律程序原則，闡釋憲法第 8 條之「法定程序」，稱其為正當法律程序，闡明其厥為司法程序所應踐行之基本原則。**釋字第 396 號**解釋之解釋文則首度使用「正當法律程序」，謂：「懲戒處分影響憲法上人民服公職之權利，懲戒機關之成員既屬憲法上之法官，…則其機關應採法院之體制，且懲戒案件之審議，亦應本正當法律程序之原則，對被付懲戒人予以充分之程序保障」。**釋字第 418 號**解釋解釋文另謂：「道路交通管理處罰條例第 87 條規定，…既已給予當事人申辯及提出證據之機會，符合正當法律程序，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨尚無牴觸」。至**釋字第 436 號**解釋之解釋文則指出：「憲法第 8 條第 1 項規定，人民身體之自由應予保障，非由法院依法定程序不得審問處；憲法第 16 條並規定人民有訴訟之權。現役軍人亦為人民，自應同受上開規定之保障…軍事審判機關所行使者，亦屬國家刑罰權之一種，其發動與運作，必須符合正當法律程序之最低要求，包括獨立、公正之審判機關與程序」。可以說，「正當法律程序」，經大法官解釋的持續適用，其於我國憲法上已成為具有憲法位階之法律原則，乃毋庸置疑，因此，在思考刑

²¹ 黃東熊，刑事訴訟法研究，三民，1999 年 10 月，頁 158。

²² 何賴傑，註 11 前揭文，頁 39。

²³ 前於釋字第 271 號解釋吳庚大法官不同意見書中已曾揭示正當程序之理念。

事程序制度時，應受到該原則之拘束，且應考慮各該程序是否符合正當法律程序所要求的實質正當。

第二目 憲法要求之最低程序保障

而關於憲法上正當程序所保障之「程序上正當程序」之實際內容為何，有國內學者介紹了美國聯邦上訴法院法官所提出之 10 項美國憲法上要求，揭櫫其內涵應為：公正的法庭、告知擬採取的行動及理由、反駁擬議行動之機會、聲明證據之權（包含傳訊證人之權）、獲悉不利證據之權、詰問對造證人之權、完全依據證據作成決定、選任辯護人之權、法庭應就提出之證據作成筆錄，及法庭應以書面載明事實認定及裁決理由²⁴等。另有學者認為，「正當法律程序」之三項基本要素，包括：公正裁決義務、聽取意見義務，以及告知義務，並皆屬現代法治國家之基本要求²⁵。另有論者指出，正當訴訟程序強調有權利即有救濟，行政機關不得為終審機關；訴訟程序必須公開（例如直接審理、禁止法官與當事人或檢察官在法庭外接觸、對社會公開、對當事人公開、開放旁聽）、公平（當事人武器對等、律師辯護制度、閱卷權、攻擊防禦權、被告最後陳述權）、公正（法官必須以中立第三者的立場擔任審判、迴避制度）等，目的則是在追求公平審判²⁶。最後，有學者則點出，正當法律程序的最基本出發點為人性尊嚴之重視，基此要求，在與人民權益有關之事項，其作為權利之主體，有被徵詢、聆聽，以及告知理由之權利，因此關於程序保障應留意的是，有無透過當事人的**程序參與**來確保

²⁴ 湯德宗，論憲法上的正當程序保障，行政程序法論，元照，2005 年 2 月 2 版 2 刷，頁 199、120。

²⁵ 李建良，析論司法院大法官釋字第四九一號解釋，台灣本土法學雜誌，第 10 期，2000 年 5 月，頁 58。

²⁶ 林子儀等合著，註 19 前揭書，頁 377。

決定的正當性²⁷。換言之，正當法律程序之內涵，可導出保障當事人適正的程序參與、給予釐清基礎事實之機會與程序資訊請求權等權利，且其等權利應屬憲法上要求訴訟程序之最基本要求，如同有國內學者亦認為，爭訟當事人切合事理的陳述，以充分的資訊為前提，作為訴訟程序之**最低憲法要求**，其中就包括了「資訊請求權」²⁸。職此之故，關於訴訟資訊取得之「證據開示」制度，可說是正當法律程序中程序參與、公正法庭要求、獲悉不利證據，以及資訊請求權之落實，應認為係憲法上所要求訴訟程序之最低保障。

第三款 小結

國家於刑事程序中，應對人民本於最大程度之尊重，始為憲法價值之所在，因刑事被告有罪與否，攸關其憲法上生命、自由、財產及名譽等重大基本權，若被告不知檢察官欲以證明被告有罪之證據內容為何，是無法提出相應的防禦方法或反詰證據資料，在憲法賦予被告訴訟權下，本應建立當事人得公平地互為有效攻擊、防禦之場合，使被告享有充分的程序保障，始足實現被告憲法上之訴訟權²⁹。雖有學者指出，我國憲法對於基本權的內容並未十分詳盡，若干的訴訟基本原則並未如同國外的立法例般在憲法中直接規定，但即便如此，訴訟程序的基本原則，如訴訟程序上的聽審權、武器平等與公平審判等，仍可從我國憲法第 16 條之訴訟權導出³⁰。另透過司法院大法官之持續解釋，正當法律程序原則已成為支配我國刑事程序之基本原則，殆無疑義，而其內涵，藉由大法官與國內學者之

²⁷ 葉俊榮，環境行政的正當法律程序，三民，1993年4月初版，頁12-14。

²⁸ 陳愛娥，註10前揭文，頁381。

²⁹ 黃翰義，註4前揭書，頁45。

³⁰ 程明修，訴訟權（上），法學講義，第31期，2005年3月，頁9。

演繹，其包含了程序參與、公正法庭、獲悉不利證據，以及資訊請求權等諸權利，前已論述。是證據開示制度之採擇，一方面係導源於被告憲法上訴訟權之保障，藉由其權利主體地位之落實，衍生出刑事被告於訴訟程序中，應享有聽審權與武器平等原則之權利，而其最終的目的，即在於使被告得受公平審判，實現其憲法上之訴訟權；再者，證據開示制度，亦可認為係憲法上所要求的最低程序保障，屬於現代法治國正當法律程序之要求，惟有透過此「訴訟資訊取得」之證據開示制度，始得確保刑事被告在正確且充分的資訊獲得前提下，作出切合事理且符合被告利益之訴訟作為，進而正確地行使憲法上所保障之訴訟權，並避免檢察機關單方公權力之突襲性證據之戕害。是證據開示的最終目的，可說是實踐憲法上訴訟權之保障³¹與正當法律程序之要求。

第二節 證據開示與當事人主義之關聯

第一項 刑事訴訟制度概論

刑事訴訟程序，係國家實行刑罰權之程序，其目的在於真實發現、維護社會秩序與人權保障³²。在刑事訴訟程序的發展史中，因國情民風、歷史背景以及人權觀念之差異，所制定的刑事訴訟制度亦不盡相同。其中，就法院如何受理案件，是否兼具追訴及審判之職權，可區分為糾問主義與彈劾主義；而依照何人為法庭活動的主導者，則有職權主義與當事人主義之區別，在說明證據開示與當事人主

³¹ 黃翰義，註3前揭書，頁274。

³² 黃朝義，刑事訴訟法，一品，2006年9月，頁3以下。

義間之關連前，有必要對於不同的刑事訴訟制度釐清其概念，爰先論明其基本定義，以探知各種訴訟制度之特徵及觀念。

第一款 糾問主義與彈劾主義

所謂「糾問主義」³³是指，由宣告刑罰之國家機關自行偵查犯罪，並行使刑罰權之訴訟制度，因此，即使沒有經過機關或個人之追訴，法院亦可主動發動，對該案件進行審判，典型的糾問制度，即如中國古代包公式的辦案方式，係集追訴者與審判者於一身³⁴。糾問主義係人類最早出現的訴訟方式，屬於一種集權式的審訊型態，以近代訴訟制度的演進來觀察，糾問制度盛行於 13 至 19 世紀中葉的歐洲大陸，當時主要目的在懲罰宗教異議份子³⁵，其審訊的結構中，僅有「糾問者」與「被糾問者」之分而已，人民被視為「處置客體」，非法律主體，其所保障的是少數政治權力者權利之鞏固，使統治者授權之法官，得主動職權調查犯罪、蒐集證據以發現犯罪者，因此，為達犯罪處罰，審訊僅是逼供式的手段，容許對被告以刑求的方式問案³⁶。在糾問主義下的訴訟程序，並無特定的起訴形式，法院係居於主導地位，有權進行犯罪之追訴、逮捕、訊問、調查及審判，此種法院身兼追訴與審判、球員兼裁判之審理模式，對被告而言，難期公平，被告

³³ 關於「主義」之用語，有學者認為，制度的發展無非是一種共識的形成，屬有合理信服性之「原則」而已，關於訴訟進行的方式，僅是制度設計中一個環節，毋須拘泥於特定、類似教條準則之「主義」束縛，其僅是一種進行的「模式」，應以「模式」或「原則」稱之為妥，參見柯耀程，刑事程序理念與重建，元照，初版，2009 年 9 月，頁 31，相似見解請參照，林山田，刑事程序法，五南，5 版，2004 年 9 月，頁 44。因本文闡述重點不在訴訟制度之論證，究以何用語為當，茲不多所評釋，僅為求用語之一致，採取較為大眾所熟悉且通用之「主義」乙詞稱之。

³⁴ 黃朝義，註 32 前揭書，頁 10。

³⁵ 王兆鵬，當事人主義與職權主義，收錄於氏著美國刑事訴訟法，元照，2004 年 9 月初版，頁 484。

³⁶ 柯耀程，註 33 前揭書，頁 44-45。

並非刑事訴訟程序之權利主體，無法積極行使防禦權，常具有起訴罪名不確定、程序秘密，以及刑求等不利於被告之特徵，與近代國家重視個人主義及人權保障之思潮相違，已為現代文明國家揚棄³⁷。

「彈劾主義」又稱「控訴主義」，係指刑事訴訟程序，須由裁判機關以外之第三人提出控訴，區分追訴機關與裁判機關，若未經合法之追訴，裁判機關基本上不得開始審判，採取「不告不理」的原則，其訴訟關係屬於三面關係，即進行追訴者係原告，被追訴之犯罪嫌疑人為被告，而法院則立於超然地位，居中為裁判，不再兼具追訴者之角色，而被告亦不再是被追訴的客體而已，在訴訟程序中亦具有權利主體之地位。美國聯邦最高法院大法官 Stevens 曾描述³⁸：彈劾主義下，對被告必須有具體確定之指控，被告被起訴後有權要求中立的法官盡速聽審，並有權要求律師的協助，執法者有義務告知被告其憲法上所享有的權利。彈劾主義，從制度發展史觀察，可以說，在啟蒙時期以後，由於受到人權保障、權力分立及法律主體等原則之影響，產生了「彈劾主義」訴訟模式之思潮，而於 1789 年法國大革命時到達高峰，其後各國的刑事訴訟體制，由強調鞏固國家權力的糾問制度改革成為注重被告主體性地位保障之彈劾主義³⁹，而近代各國的刑事訴訟程序多採行彈劾主義的訴訟制度。

³⁷ 陳中和，以當事人進行為原則之調查證據程序法官訴訟指揮權行使之研究，司法研究年報，第 21 輯第 8 篇，2001 年 11 月，頁 37。

³⁸ 以下轉引自王兆鵬，美國刑事訴訟法，元照，2004 年 9 月初版，頁 485。

³⁹ 黃朝義，註 32 前揭書，頁 10 以下。

第二款 職權主義與當事人主義概說

在「彈劾主義」三面訴訟架構之前提下，以何人為法庭活動之主導者為分類，尚區分為職權主義與當事人主義。若法庭活動主導者為法院，稱之為「職權主義」，而委由雙方當事人為法庭主導，則稱為「當事人主義」。由於在近代刑事訴訟，除了少數的集權國家尚可見「糾問主義」之訴訟方式，其餘已皆採行「彈劾主義」訴訟模式之背景下，現代關於刑事訴訟制度之選擇，基本上，有謂即是以「職權主義」與「當事人主義」兩種不同模式之爭，作為選擇爭論之重點⁴⁰。詳言之，職權主義下，法院應依據職權進行審判，不受當事人意思決定之影響；而當事人主義，訴訟程序之進行或終結完全交由當事人雙方決定，法院不得強力介入主導；職權主義一般盛行於德、法等大陸法系國家，由法官負擔蒐集證據、調查證據的主要任務，並主導審判，為審判程序中的靈魂，積極地指揮訴訟程序之進行，因此，證人訊問係由法官負最主要的責任，而當事人主義，係由當事人兩造，對其所主張之事實，各自負擔證據之蒐集與調查任務，法院原則上不能對證人為直接的訊問⁴¹，主要係英、美法系國家所採取的訴訟進行方式之立法例。而較特別的是日本的混合式審判模式，有學者即稱日本刑事訴訟法為「大陸法與英美法之混血兒」，係以當事人主義為主，職權主義為輔⁴²。

而職權主義與當事人主義概念間之對立，首先會在發現真實之技術面出現不同之見解，職權主義認為，由處於中立之法院積極地蒐集證據以發現真實的過程，最能達到真實發現之效果；而當事人主義論者則認為，檢察官與被告各自以自己的立場蒐集證據，並將該證據提出於法庭中，以進行攻擊防禦，而由法院以

⁴⁰ 黃朝義，註 32 前揭書，頁 11。

⁴¹ 王兆鵬，註 38 前揭書，頁 486、487。

⁴² 黃東熊，日本刑事訴訟制度，收錄於氏著刑事訴訟法研究，三民，1999 年 10 月，頁 565。

公平公正的審判者自居，基於當事人雙方於審理庭上提出的證據及攻擊防禦主張，判斷何者為真實，才是達到發現真實目的的最有效方式⁴³。而此二大主義的詳論與比較思辨，將於接下來的章節，再為鋪陳。

第二項 當事人主義與職權主義

當事人主義與職權主義的刑事審判方式，二者可說是長短並存、優劣兼具，以下先分別說明其定義及優缺點⁴⁴，再就二者的「主義之爭」，提出思辨。

第一款 當事人主義

第一目 當事人主義之定義

所謂當事人主義，最簡單的定義，係指將訴訟之進行委由檢察官、被告及其辯護人之手，法院無主導之權者⁴⁵；與之相對的概念即為職權主義，亦即訴訟進行係法院之職責。詳言之，當事人主義之內涵在於，系爭犯罪事實須由相爭的兩造當事人各自調查，分別蒐證，提供證人並詰問證人，由兩造極力爭辯正義屬於己方，並向審判者指出對造所提出證據之弱點，至於審判者（umpire）僅屬裁判者而已，其居於消極或被動之地位，聆聽兩造所提出之證據與證人之證言，完全依據兩造所為調查證據之結果與辯論來判斷孰是孰非，審判者並不親自求證真相，自然也不親自調查事實、訊問證人，因此，審判者不得就當事人不主張或不

⁴³ 黃朝義，註 32 前揭書，頁 12。

⁴⁴ 須說明的是，在觀察此二大主義之優缺點時，應抱持著宏觀且相對應的態度，意即一主義的優點，往往係另一主義之缺點，而其中一主義為人所詬病之處，亦通常是另一主義為人稱頌之點。

⁴⁵ 蔡墩銘，刑事訴訟法論，五南，1999 年 1 月 3 版，頁 19。

爭執之事實為判斷，此種審判的型態，稱為當事人主義（adversary system）⁴⁶。其制度設計的原理在於，因審判結果而獲得利益或蒙受損失的人，並非審判者，而係當事人，因此將追究真相的責任加諸當事人身上最合理，亦最為可靠，再者，當事人也最瞭解事實的來龍去脈，最清楚該找哪些人，真相自然容易呈現⁴⁷；且為了保持審判者之公平性與中立性，使審判者不得參與偵查、蒐證與辯論工作，則只有當事人擔負此等工作最為適當。

有認為當事人主義係源自國民文化與政治價值觀念的不同，因英、美國家所強調的是個人主義，反映在刑事訴訟程序上，著重當事人對於程序的自行發動及控制，認為應由當事人雙方自行決定問題的爭點，自行決定證據的呈現⁴⁸。另有謂對於政府官員的信任與否，亦是產生當事人主義之緣由，諸如，美國國民對於政府官員的不信任，故有較多的防範政府濫權的保護措施，因此認為美國之當事人主義乃肇因於對執法機關的不信任，及對政府濫用權力之恐懼⁴⁹。而從國家觀念演進之觀點，有學者進一步指出，由於盎格魯-薩克遜民族的國家型態屬於封建制度，國王分封領主，由領主統治封地並對國王服從、稱臣納貢，惟從歷史經驗得知，國家統治者往往是侵害人權最烈者，而法官正係國王派至各封地宣示其王權的外來敵對者，因此，若案件的事實交由具官方身分的執法者來調查，則根本難以期待有謹慎及客觀公正的結果，反而寧願相信各封地的人民才有能力呈現一切對自己有利的證據，甚至因對官方的恐懼，連裁判者角色的一部分，都由來自自己封地人民的陪審團來分擔，可以說，當事人主義是源自於對於國家公權力

⁴⁶ 黃東熊，註 21 前揭書，頁 147、148。

⁴⁷ 林俊益，刑事訴訟法概論（上冊），2002 年 2 版，頁 38。

⁴⁸ Sward, supra note 19, at 310-15，轉引自王兆鵬，註 38 前揭書，頁 494。

⁴⁹ 丹尼爾·傅特，當事人主義-日本與美國，「日本暨美國刑事訴訟制度研討會」專題演講暨座談紀錄，法學叢刊第 174 期，第 44 卷第 2 期，1999 年 4 月，頁 18。

性格的負面理解⁵⁰。

第二目 當事人主義之優劣

「當事人主義」常為人稱頌的優點在於：其一，在當事人主義下，被告非僅是形式上的訴訟主體，而係屬實質上的訴訟主體地位。在當事人主義的訴訟構造下，被告被定位為具有訴訟程序中「當事人地位」，因此當事人主義，非僅屬於為了發現真實之訴訟制度，亦屬於不將被告視為訊問客體看待，並藉由將被告列為訴訟主體之訴訟模式，強化對被告刑事程序中之正當法律程序，而重視被告人權保障，所架構之訴訟制度⁵¹。在此種制度下，審判係由當事人雙方主導證據的調查，雙方均有充分的機會為自己提出有利證據，如此，當事人，尤其是被告方面，較有受尊重的感覺，而不僅僅是遭檢察官及法院聯手攻擊之客體，就被告之感受而言，自然認為其人格的尊嚴較受到尊重⁵²。

其二，當事人雙方較能接受訴訟的結果。由於當事人主義的訴訟進行，係由當事人雙方主導，雙方均被賦予充足且平等的機會來提供各自有利的證據，亦有充分之機會為攻擊、辯論，且法院的判決是完全依照法庭上雙方訴訟活動，如證據提出、證人詰問所作成，當事人雙方係居於對等之地位，而由於檢察官必須受到被告緘默權保障、無罪推定與被告不自證己罪原則之拘束，甚至，檢察官就此部分可說是較為不利，故與職權主義相較，在當事人主義下審判，被告較不會覺

⁵⁰ 林立，由英美與歐陸思維文化之根本差異反省我國刑事訴訟採用美國司法「交互詰問」制度之爭議，東吳法律學報，第14卷第2期，2003年2月，頁13。

⁵¹ 黃朝義，犯罪偵查論，初版，2004年3月，頁9。

⁵² 王兆鵬，註38前揭書，頁489。

得程序不公平，而檢察官本身畢竟仍享有國家資源之挹注，則當事人雙方的實力在較平衡的狀態下，加上遊戲規則公平，當事人雙方自然對於判決之結果，往往較能接受。

其三，當事人主義論者認為，此制度才較易產生正確的判決。其主張，訴訟之勝敗，攸關當事人利益，而法院較不具有利害關係，故當事人雙方為了自己的利益，較諸法院，更會於審判中傾全力各自提出有利之證據，並作出最有利之辯護，透過此種當事人間互相呈現有利證據的方式，所有與本案有關的事證，均將提出，再經由當事人雙方公平且多面向之辯論與詰問，事實的真相較易被發現，判決之結果才會較正確。

其四，此制度使法官之地位較超然中立。由於法官不介入主導訴訟之進行，法官僅被動地聽訟，使得法院得以維持中立、客觀的「外觀」，較符合人民公平法院之期待，如此將使得法官較易保有較高的權威及聲望，正由於法官未涉入當事人雙方之爭執，人民易較會將法官視為人民權利之守護者，司法威信，將較易提高⁵³。

而英美法系國家「當事人主義」審理方式之主要缺點為：第一，就審判效率而言，當事人主義所消耗的時間極長。由於在當事人主義下，證人係由兩造當事人進行訊問，裁判者原則上不訊問證人，為了讓陪審團或法官能瞭解證人的證詞或涵意，當事人常就一個問題，從各種不同角度反覆訊問證人，耗費許多的時間，也因此當事人主義的典型國家——美國，僅近百分之十的案件經由審判終結，其餘約百分之九十之案件都未經審判，而是以認罪協商的方式消化⁵⁴，原因之一，即係為了避免冗長的審理程序。因此，從審判效率而言，職權主義下係由法官主

⁵³ 王兆鵬，註 38 前揭書，頁 489。

⁵⁴ 王兆鵬，註 38 前揭書，頁 492。

導證據調查，較能避免長時間且反覆的訊問，而在當事人主義下，雙方訊問證人時，為求勝訴或是詰問技巧所致，常常會對於證人的詰問吹毛求疵，一般都有拖延訴訟傾向。

第二，當事人主義程序下所發現的真實，常遭人質疑是否係真正的真實。在此制度下，當事人雙方之主要目的在於贏得訴訟，而非發現真實，例如，明知證人陳述為真實時，仍嚴厲詰問證人，希望動搖證人證言的可信性，以求勝訴判決；甚至有謂當事人主義下，常常是律師的訴訟技巧，決定了審判的結果⁵⁵。可以說，當事人詰問證人的目的，不是為了澄清事實，而是為了混淆事實，美國著名辛普森案承審法官曾謂，「現時我們的審判…宛若將胡椒撒進正在開刀手術之外科醫師眼中」，可見，與其說當事人將幫助法院發見真相，毋寧說係擾亂法院，使法院頭昏腦漲而看錯真相⁵⁶。

第三，法官在法庭審理中過份消極。法官在審理程序中，不蒐集證據，也不進行證據調查，甚至聽任檢察官與辯護人私下交易而左右自己的審判，如此袖手旁觀，容易導致不諳法律之陪審團受到控辯雙方引向錯誤的方向，被認為未發揮法官應有的作用。

第四，容易使無資力或無辜之人處於不利之境況。由於當事人主義的訴訟結果，完全依賴當事人兩造各自的準備，若一造未有完備的事前準備時，審判常被力量較強的一造所控制，導致無資力聘請夢幻辯論團隊之被告，擔心定罪後將受到更嚴厲的量刑而放棄辯護，選擇與檢察官作認罪答辯，可能使原本無辜的被告，放棄無罪辯護，反而藉由選擇答辯有罪，來避免更嚴重的量刑。

⁵⁵ 王兆鵬，註 38 前揭書，492。

⁵⁶ 黃東熊，註 21 前揭書，頁 151。

第二款 職權主義

第一目 職權主義之定義

依照傳統大陸法之觀念，刑事司法係以維持社會秩序為目的，應以國家執法的意志加以貫徹，故法院審判之目的，在於發現事實之實質真相，為達此目的，刑事訴訟之審理，應由法院依職權為之，原則上不受當事人意思之影響，法院因發現真實之必要，應依職權主動調查證據⁵⁷，是法院應直接訊問證人，積極探求事實真相，非僅聆聽當事人雙方之主張而已，此種法庭活動主導者為法院之訴訟制度，稱為「職權主義」⁵⁸。職權主義一般係大陸法系所盛行的訴訟制度，在職權主義下，法院應本於職權，無待被告或被害人之聲請，主動、積極地開始並進行審理程序，當事人僅係居於輔佐的角色。可以說，歐陸法系的職權主義國家，不認同當事人主義所設想的「當事人係平等而勢均力敵的」、「均有足夠能力去挖掘出對自己最有力的證據」且「透過當事人間為自己利益而竭力進行攻擊、防禦，反而容易發現真實」之基本立論，職權主義論者反而認為，有時被告會不懂得防衛自己的權利、不懂得如何找出對自己有利的證據，故法官有必要給予居於劣勢的被告扶助及指引，甚至為了被告利益主動替被告調查證據；或是在被告之目的不在發現真實，而僅在模糊事實真相以獲致有利判決之場合，對於控辯雙方爭執

⁵⁷ 蔡墩銘，刑事訴訟法論，五南，2001年2月4版，頁19。

⁵⁸ 「職權主義」相應之外文，有認為係德文之「Offizialprinzip」，係指刑罰權之國家專屬性或稱國家追訴原則，參見蔡墩銘，刑事訴訟法論，五南，1977年，頁16；有認為應係「the non-adversary proceeding」，參見蔡清遊，刑事訴訟上當事人主義之研究，中國文化大學中山學術研究所博士論文，2000年，頁14；有認為係「Untersuchungsgrundsatz」，即法院負有澄清義務之「調查原則」，參見林鈺雄，刑事訴訟法（上冊），元照，5版1刷，2007年9月，頁59。

不下、案情撲朔迷離之案件，由法官主動介入調查釐清真相，故在職權主義下，法官負有「澄清義務」及「照料義務」⁵⁹。

關於職權主義建構的中心思想，有認為在職權主義之國家，個人的利益固然必須尊重，但更重要的是社群整體之利益，因此，社會正義與真實發見的實現，應委由中立客觀的第三人即法院來主導探知，由法院與當事人共同合作，發現證據及事實真相⁶⁰。亦有認為職權主義係源自於國民對於政府架構的不同觀念，如德國的政府架構傾向於「階級層屬式的模式」，相對於英、美國家的「平等協調模式」，階級式模式產生的職權主義，係由法官居於主導地位，當事人僅居於輔助之地位⁶¹。另有學者指出，從歐陸法系的「國家理念」來觀察，職權主義係採取信任國家、羅馬式的「父權心態」國家理念，其以完全信任之善意來設想國家公權力及執法者，認為法官能夠公正地進行審判，明察秋毫地揪出犯罪者，而對於不知保護自己的無辜者則還其清白，而所謂法官的「澄清義務」與「照料義務」最能代表歐陸法系對於國家正義性格的完全信賴⁶²。

第二目 職權主義之優缺點

就職權主義而言，其優勢表現在：第一，相較於當事人主義的審判方式，理論上，職權主義更有利於查明案件的真實情況。在職權主義下，法官不僅有權蒐

⁵⁹ 林立，註 50 前揭文，頁 7。

⁶⁰ Sward, supra note 19, at 310-15. 轉引自王兆鵬，美國刑事訴訟法，元照，2004 年 9 月初版，頁 494。

⁶¹ 王兆鵬，註 38 前揭書，頁 494。

⁶² 林立，註 50 前揭文，頁 14。

集證據，並有權主導證據的調查，法院爲了查明案情，最瞭解需要哪些證據，並可直接取得這些對於判決有意義的證據，若法院對於證人的證言認有不足之處，亦可直接訊問證人，法院往往成爲訊問證人的「主力」，可以避免當事人雙方運用訴訟技巧來誤導證人，因此相較於英美式的當事人主義模式，更有利於「法院」發現事實的真相。第二則在於，可有效提高審判效率，利於訴訟經濟。職權主義訴訟架構的優點，可體現在法官主導並控制訴訟的審理過程，由於法官掌握著檢、辯雙方的證據資訊，在行使訴訟指揮下，審理程序得以最有效率的進行，並對於不必要的爭論及時地制止，在法院充分行使其法定職權下，提高了查明並懲罰犯罪的效率。

一般對於職權主義較常提出之批評有以下幾點⁶³：第一，審判前法官可能已受檢察官起訴卷證之影響。職權主義下，係由法官主導審理程序之進行，法官應對證人爲主要的訊問，並依職權調查與本案有關之一切事證，爲使法官順利地指揮審理之進行，於開審理庭前，法官即須對於案件有相當程度之熟悉，因此有於審理前詳閱起訴卷宗之必要，惟該起訴卷宗係檢、警等偵查機關作成，內容多爲不利於被告之證據，法院極可能在閱覽時，根據起訴卷宗內容，於審理開始前，「過早」形成對被告不利之部分心證，導致對審理中其他證據視而不見之危險性升高，審理程序將徒具形式。

第二，也是最爲人所詬病之點在於，法官的中立性遭質疑。職權主義之批評者認爲，最好的裁判者應係全心全意抱持中立地位審判，而不是如職權主義下的法官一般主動積極地參與調查，若讓法院身兼裁判與調查之角色，要求對於被告利與不利之事項均應盡調查義務，等於要求法官一人身兼三種角色，即須擔任檢察官角色，發現對被告不利之證據，又肩負辯護律師的地位，須發現對被告有利

⁶³ 以下引自王兆鵬，註 38 前揭書，頁 487、488。

之證據，又需擔任法官中立、客觀裁判之角色，此多重的身分，本質上已具有利益相互衝突之矛盾，法院如何能同時扮演好這三種角色，其形式上的中立客觀，已令人質疑，而由此產生的審判品質，自難受到信賴。而從審理實務觀察，由於法官在開庭前已經看過卷證，在開庭前已經擬好哪些問題要在審理庭調查，因此審理程序實際上，變成法官為追查犯罪而主動調查證據的司法活動，在法官已形成主觀的「法院依職權追查犯罪」之情況下，被告或辯護人的意見往往不受重視，法院中立、客觀的地位，遭受質疑。

第三個缺點是當事人對於案件不夠投入。由於法官主導審理之進行，並詳細地訊問證人，代替檢察官調查對於被告不利之證據，亦代替辯護人調查對於被告有利證據之職責，則當事人雙方可能成為審理過程中的被動旁觀者，因此在職權主義下，常見到出席的檢察官並非該案承辦之檢察官，有時辯護人對於案件也未完全投入，此種現象，即令是德國亦常發生⁶⁴。通常，法庭審理對於檢察官、被告及其辯護人而言，可能僅係「行禮如儀」，履行形式上的法律程序而已。

而刑事被告於審判中的無力感，亦是「職權主義」的主要缺點。在職權主義下，法官因職權調查的緣故，有時扮演著如同檢察官的追訴角色，在調查的過程中，甚至與被告發生爭辯，因此被告或辯護人除了「真正的」檢察官，尚常須面對「身兼」檢察官的法官之質問，從被告的角度試想，心理上當然會產生訴訟不公平的感覺，因此，在職權主義下，被告的假想敵往往是法官，而法官又是裁判者，即最後定被告有無犯罪之決定者，對於被告而言，法官的「絕對權威」，成為訴訟中無法擊敗的對手。

⁶⁴ 王兆鵬，註 38 前揭書，頁 488。

第三款 二者之思辨

在探討職權主義與當事人主義訴訟模式兩者之取捨時，應先從現代刑事訴訟的思想背景加以釐清，瞭解現代刑事訴訟之指導原則為何？究係「發見真實」？抑或「保障人權」？始能掌握今日所應採行的訴訟制度之精髓，而關於職權主義與當事人主義此二大模式之爭，與其要爭個孰優孰劣之論，不如朝向適合我國國情與刑事訴訟政策之思考方向，在符合現今刑事訴訟指導原則之前提下，嘗試此二大模式調和之可能，而提出二者之思辨。

第一目 刑事訴訟指導原則—人權保障

從歷史發展的軌跡省思，現代刑事訴訟的指導思想，無異是源自於人類對抗集權主義之成果，從啓蒙時期後，自由主義與個人思想的抬頭，推翻不合理的主權者命令及揚棄君主至上的觀念代而起之，此種思想，反映在實體法上，確立了個人行為責任，在程序法上，則限制了刑事司法權力之擴張，從辯護制度的更完整、審判原則之確立（諸如無罪推定原則、法定程序原則、不告不理原則等），以及證據規則之增訂，均說明犯罪嫌疑人已從消極的訴訟客體，轉變成賦予基本權利主體之地位，在「人」為核心主體之刑事訴訟潮流下，產生了對於過去所有不合理、將人視為客體的訴訟制度之反動，因此「糾問主義」的訴訟制度，成為歷史名詞，消失在啓蒙時期以後的刑事訴訟體制中，而將犯罪的追訴與審判分屬於不同人之手之「彈劾主義」訴訟模式，則正式宣告其時代的來臨。在彈劾主義之下，基於審判結構設計的不同，再區分為由法院主導訴訟進行之「職權主義」，另一則是由當事人主導之「當事人主義」，可以說，二者均是以尊重「人」為主

體地位思想下的訴訟制度產物⁶⁵。

而此種以「人」為核心的自由與個人思想，不僅影響英美法系國家，同樣也影響大陸法系的刑事訴訟。在英美法系國家，除了確認當事人對等的訴訟主體地位，亦可從嚴謹的證據法則中，得出其訴訟制度的原則是——對於人權的保障，比發見真實更為重要——，也唯有在人權保障之基礎上，發現真實方有其意義；而在大陸法系國家，雖以揭明犯罪事實為任務，但此種任務，依然建構在基本人權尊重之理念上，所有違反人性尊嚴或人權的程序，即使得發現真實，亦為法所禁止⁶⁶，且從大陸法系國家亦有證據規定之訂立，更可以看出「真實發見」必須建立在合法正當程序下取得的證據上，因此不論是職權主義或當事人主義，人權保障均屬於其刑事訴訟程序之共同指導原則，且此種人權保障的思想，已明確見諸歐洲人權公約，尤其在公約第 6 條第 3 項更揭櫫了在刑事司法的運作上，應尊重被告在訴訟程序上之基本權利。職是，現代刑事訴訟法的指導原則，應為「人權保障」，有學者即謂「真實發見」此一古老的訴訟目的，隨著法治與人權思想的發展，已漸次受到限制⁶⁷。

但須強調的是，本文認為「發見真實」與「保障人權」仍係同樣重要的刑事訴訟目的，並無孰優孰劣、孰先孰後，思考任何的刑事訴訟制度，均應本於追求二者兼備或調和之立場，缺一不可，如同憲法上基本權之保障，沒有基本權位階高低，或誰應優於誰先受保護的問題，僅有在二者面臨衝突、矛盾時，在**個別的訴訟程序或個案**中，僅得思考當時的時代背景、法律文化、社會觀念等條件下，

⁶⁵ 柯耀程，註 33 前揭書，頁 37 以下。

⁶⁶ 德國學者即指出，刑事訴訟的目的，非為發現真實，而不計任何代價，故真實發見，須在正當法律程序下為之，方為所許，參見林鈺雄，刑事訴訟法（上冊），元照，5 版 1 刷，2007 年 9 月，頁 9。

⁶⁷ 柯耀程，刑事程序理念與重建，元照，2009 年 9 月初版，頁 43。

個別地權衡何種利益應優先選擇適用之問題；換言之，刑事訴訟制度的選擇，事實上亦為價值之表徵，因而於刑事訴訟，若利益衝突時，亦須藉由利益權衡之方式，以調整各種利益之最佳值⁶⁸。因此，或許可以說在近代保障人權的主流思潮下，許多刑事訴訟制度的選擇，在面臨個別訴訟程序各種利益之價值判斷時，關於「發見真實」與「保障人權」二者之權衡，將傾向「保障人權」刑事訴訟目的之實踐，至於「真實發見」，可能僅得退居次位⁶⁹。

第二目 當事人主義與職權主義之調和

曾有知名比較法學者評論此二主義指出：「如果他是無辜的被告，他比較喜歡在職權主義的國家受審判；如果他是有罪的被告，他比較喜歡在當事人主義的國家受審判⁷⁰」，適足點出二大主義其實各有其盲點，無辜的被告在職權主義下，因注重真實發見，透過法院的強力介入，容易還給被告清白；而有罪的被告，則須要更重視被告人權維護的訴訟方式，使被告得以在更平等的地位下，與檢察官的有罪聲明對抗，當然會偏好當事人主義的訴訟模式。但不可諱言的，此二主義都是人類智慧累積下的優秀法律文化成果，而其追求的都是保障人權與實現正義的目標，並不會因訴訟進行方式之不同，產生其追求目標的結構性改變，並非「當

⁶⁸ 何賴傑，註 11 前揭文，頁 41。

⁶⁹ 就個別的訴訟制度觀察，如證據排除法則即規定，就算是證明力高的證據，若取得證據的程序違法，亦應排除不予採用，彰顯出「真實發見」與「保障人權」相衝突時，此時「真實發見」即須退居次位。而類似的概念，有學者提出，就整體的訴訟目的觀察，因時空的不同，刑事訴訟的目的亦會有偏重「真實發見」，或偏重於「人權保障」之現象，參見黃東熊，刑事訴訟法論，三民，1999 年 3 月增訂初版，頁 6。

⁷⁰ John Henry Merryman, *The Civil Tradition*, 132 (2nd. Edit. 1985)，轉引自王兆鵬，註 38 前揭書，頁 491。

事人主義模式」，方足以保障人權，或「職權主義」，始能實現正義、追求真相⁷¹。而我國長期以來因適用職權主義的訴訟架構，對於歐陸法系有著深厚的親和情感，惟近年來，隨著人權旗幟的高漲，及公平法院建立與當事人平等地位的改革呼聲，開始存在著傾向採取當事人主義的聲音；惟審判程序的制度選擇，如同選擇社會的儀式，應符合該社會的特色思想以及信仰，在移植外國法制時，必須瞭解該法律制度的實質內容外，更應深入比較我國與植入國的政治、社會及文化的差異⁷²，況歐陸與英美二大法系國家的刑事司法，也正處於不斷變革、相互借鑒、逐步調和完善的過程，諸如美國意識到對抗制度下「競賽型」的司法型態，漸漸引來只問輸贏，沒有真實與正義與否的批評⁷³，因而提升了檢察官的客觀義務程度，課予檢察官關於有利被告之證據應提出之義務；而德國則引進了交互詰問制度，提升了被告的法庭地位，因此，可以說二大主義也正在相互學習與調和的過程，我們是否應再極端偏向某一主義，或隨著國內當事人主義審理方式改革呼聲的高漲，而存在著褒當事人主義，貶職權主義的傾向⁷⁴？實則我們理應抱持著理性的態度，分析二大主義中各種訴訟方式之優缺點，朝著二者調和之方向，依循著我國刑事訴訟改革應走向保障人權之「公平法院」建立與真實發現兼顧之方向，克服二大主義的缺點，並吸收其長處，期能截長補短，創建出屬於我國的刑事訴訟制度。而正或許是二大法系的刑事訴訟制度，都存在著過於倚重一方而忽視另一方的缺陷，當事人主義之國家，過度倚賴當事人雙方，使法官的功能無法發揮，而職權主義則偏重法官的職權真實探知義務，忽略當事人之主體性地位，或許其二者之調和，正可產生一不偏重任一方之理想訴訟制度。而日本正可以說

⁷¹ 柯耀程，註 67 前揭書，頁 51。

⁷² Kahn-Freund, id. at 750，轉引自王兆鵬，註 38 前揭書，頁 496。

⁷³ 著名的 O.J. Simpson 案後，美國社會對此議題愈見沸騰，大部分的美國民眾對於所謂當事人進行主義的核心，在發現真實之觀感，已遭動搖，參見丹尼爾·傅特，註 49 前揭文，頁 18。

⁷⁴ 有學者即指出，若將當事人原則視為係與職權原則互不相容之矛盾下對立刑事制度，恐係泯於歷史發展趨勢及刑事司法現狀之偏見，參見何賴傑，註 11 前揭文，頁 43。

是混合了上述二大主義審判模式要素進行了綜合互補所產生的混合性制度，其採取的是當事人主義為主要架構之刑事司法，較有利於確保偵審分離，以及法官職務內容與裁判者地位的單純化，而容易維持法院「公平裁判者」之外觀，應係較可採之基本刑事制度架構⁷⁵，惟日本並未採取英、美的陪審團制度，而再輔以補充性的法官訊問與例外地職權調查，運作的結果，日本人民對於司法的信賴度極高，是值得我國研究之對象；另由於我國法制的建立，有著繼受他國法律制度之傳統色彩，因此，在思考此二大主義調和與適合我國國情之刑事訴訟制度時，不妨參考接近我國國情與歷史發展軌跡之國家——日本，以提供借鏡之素材。

第三項 當事人主義與實體真實發現之衝突

在當事人主義下，其認為唯有提供犯罪嫌疑人或被告，在訴訟程序過程中的正當法律程序之嚴格保障，遵循此種訴訟規則下所獲致的裁判結果，才是真正的探求真實、維護正義，可以說，其追求的是「訴訟的真實」，而非「客觀的真實」，而「訴訟的真實」並非當然悖離「真相」，如同運動競技之結果，勝負判定並非優劣的決定評價，但遊戲規格合理，公平競爭的結果，雙方即應，亦即能接受判決結果⁷⁶。

惟這樣的論據常遭職權主義論者的批評，認為「真實發現」係刑事訴訟的目的，實現國家刑罰權，乃刑事程序最核心、最重要的課題，故訴訟程序中，貫徹

⁷⁵ 當事人主義之基本訴訟構架，避免了職權主義下認為法官有積極調查事實之義務，為了讓法官便於調查，檢察官起訴時，即應將偵查所得之全部資料、卷宗移送法院，造成法官可能受到檢察官影響而形成偏見，且實際上法院乃承繼檢察官偵查所得，而遭偵審不分之質疑。

⁷⁶ 林裕順，註 17 前揭文，頁 179、180。

追緝、調查證據與探求真相，屬於第一要務，而我國通說亦認為「實體真實之發現」為刑事訴訟之目的之一⁷⁷。惟採行當事人主義下之起訴狀一本主義後，由於法官大量進行職權調查之可能性大幅減少，且檢察官於審判時可能基於訴訟策略，僅聲請一部分證據之調查，在辯護人未善盡其證據調查職責時，將造成法院只能藉由有限的證據來認定事實，故認為當事人主義的訴訟構造，可能有害於上開「實體真實發現」目的之達成。

誠然，職權主義之訴訟構造之下，不僅檢察官必須擔負發現實體真實之職責，法官亦須還原案件發生時之事實真相，若以遊戲來比擬，職權主義之訴訟構造，對於實體真實之追求，就像是「拼圖」，法院、檢察官與被告均應竭盡所能地提供拼圖，並協助法院完成，而法院往往是這場拼圖遊戲中最熱心的參與者，甚至取代了原本須負擔實質舉證義務之檢察官；相反地，在當事人主義下所採行的起訴狀一本主義，關於真實的發現，則像是在玩「撲克牌」遊戲，由兩造當事人各自整理所持有之證據，並視對造提出之證據，選擇對己方最有利的牌進行攻擊，法院則是這場撲克牌遊戲中的裁判者，僅擔保撲克遊戲在公平的狀態下進行，因此當事人雙方發牌的結果，或許可發現實體真實，但或許只能使遊戲陷於渾沌不明之狀態，則法院最後也僅能依據牌桌上當事人雙方所發出的牌，為最後的裁決，至於事實上究竟何人的牌是最好的牌，則非這場遊戲輸贏的判定標準，此正係論者所以認為當事人主義與其採行之起訴狀一本主義將有害於實體真實發現目的達成之原因。

而關於「實體真實主義」，在日本學說上有所謂「積極的實體真實主義」與「消極的實體真實主義」⁷⁸。所謂「積極的實體真實主義」，即犯罪者必予處罰

⁷⁷ 陳樸生，刑事訴訟法實務（重訂版），重訂10版，1995年9月，頁10；林鈺雄，刑事訴訟法（上冊），元照，5版1刷，2007年9月，頁9。

⁷⁸ 唯有學者認為「將『實體真實發現』如此區分，係將認識論上之命題，轉為對刑事訴訟任務

之謂，亦即所謂「必罰主義」，在此觀念下，刑事訴訟法既然是以處罰犯罪行為人爲目的，從而在刑事審判中最重要者即爲真實之發現，爲了達成此一目的，刑事訴訟的程序必須是最能保障發現真實之程序，而實體真實發現之重視，亦可窺出刑法優位之思想，亦即刑法之目的在於體現實體正義，而刑事訴訟法則是爲實體正義之實現服務之程序，職是，基於實體真實發現之目的，亦得正當化其手段，而往往犧牲了保障人權之要求，屬於避免「漏網之魚」的積極實體真實主義⁷⁹。在法制史上，爲了追求積極的實體真實發現，往往必須採取糾問主義或職權主義之訴訟構造。而「消極的實體真實主義」則著眼於國家刑罰之嚴厲，故要求嚴守尊重人權保障之正當法律程序，並信賴該「符合正當法律程序」之刑事程序所獲致的結果即屬真相，以避免「殃及無辜」，使無違犯刑法規範之人，有回復其無辜狀態之可能，如同法諺所云：「即使錯放十名，也不能錯罰一名無辜」，而當事人主義下所強調的，正係以「消極的實體真實主義」作爲論理之前提、基礎⁸⁰。而消極的實體真實發現主義，自可導出「罪疑唯輕」或「罪疑唯有利於被告認定」之思想，是本於上述對於實體真實發現主義之理解，且基於正當法律程序之「公平法院」要求，法院即應偏重於「消極的」實體真實發現主義⁸¹，而採行當事人主義。

之規範評價之價值論上之命題，應非的論」，參見何賴傑，註11前揭文，頁42。

⁷⁹ 林裕順，註17前揭文，頁180。

⁸⁰ 林裕順，註17前揭文，頁180。

⁸¹ 相同見解，參見陳運財，刑事訴訟與正當之法律程序，月旦，1998年9月1版1刷，頁53，其指出，消極實體真實主義謂無辜不處罰，強調刑事程序之進行應避免罰及無辜，其背後存在保障人權之思想，此與憲法正當法律程序保障人身自由之精神相符，因此，憲法正當法律程序之真義，於刑事程序，無非意味著「消極之實體真實主義」、「尊重人權主義」。

第四項 當事人主義之重要表徵—起訴狀一本主義

由於歐陸法系的職權主義，雖「制度上」採取了「審、檢分立」的控訴制度，表示期待法官能作客觀中立的裁判者，但就客觀中立的觀點，顯然仍有不足，未竟全功，因職權主義下認為法官有積極調查事實之義務，爲了讓法官便於調查，檢察官起訴時，即應將偵查所得之全部資料、卷宗移送法院，造成法官可能受到檢察官影響而形成偏見，且實際上法院乃承繼檢察官偵查所得，加以具有職權調查之義務，易遭偵審不分之質疑；相較於此，當事人主義之訴訟模式，較有利於確保偵審分離，以及法官職務內容與裁判者地位的單純化，容易維持法院「公平裁判者」之外觀，應係較可採之刑事制度架構，已如前述。然而，於當事人主義下之訴訟模式，若係採行「卷證併送」之制度，在審理庭前將檢察官偵查卷證移送法院，將無法確保法院於審理期日前，不受到偵查卷證之影響，當事人主義「偵查與審理分離」之重要制度核心將遭到瓦解，等同回到職權主義下，法官容易承繼檢察官偵查心證，難以維持其公正第三者裁判者角色之結果，故爲了確保法官得以公平的審判，以符合憲法上所保障被告之訴訟權實踐，法院僅得於審理庭中，透過當事人雙方同時或依次地提出證據以形成裁判之心證外，法院應於起訴前避免接觸相關卷證，以免預先形成偏向當事人一方之心證，否則，縱使訴訟程序之進行由當事人主導，當事人主義之重要精神，即法院之中立地位與單純聽訟者之目的，均無從建立⁸²。因此，在當事人主義下，必然係採取卷證不併送之「起訴狀一本主義」訴訟制度。

⁸² 傅嘉和，公平法院下卷證不併送相關制度之研究，東吳大學法學院法律學系碩士論文，2007年1月，頁21，

第五項 小結—當事人主義與證據開示

由於偵查程序基本上是由檢察官或其他偵查機關單方面地蒐集不利於被告之證據，被告係被偵查之對象，在偵查中往往無辯解或說明之機會，故到了審判時，基於無罪推定原則所派生之公判中心主義、公平法院等原則，法院必須踐行「告知被告被訴事實並聽取被告辯解」之程序，而非僅單方面聽取檢察官就被告犯罪事實之主張，上述「告知及聽取」之要求如果更進一步地落實，則應朝向建立「公平審判」之訴訟構造，給予被告充分的辯解、主張，以及舉證之機會，以充實被告訴訟主體之地位，且應建立在公平之法院面前，經由公正之程序，以充分地發現真實之訴訟制度，此為近代刑事訴訟之共同走向。而當事人主義之訴訟架構，毋寧說是較接近於「公平法院」外觀之訴訟制度，而為了妥善經營當事人主義之制度，使該制度之核心不致崩解（即當事人雙方係立於平等的地位，在法庭上各自盡情地為自己的主張辯護），必須使當事人雙方均具有相等之機會與能力才行，此正係當事人主義之精神——當事人實質平等原則。

是爲了追求當事人主義制度之完備，達成當事人「實質」平等之要求，即有透過「證據開示」制度，達成當事人間實質平等之必要，換言之，即藉由當事人雙方間訴訟資訊之交換，主要是檢察官偵查所得資訊之揭示，以平衡檢察官與被告方面訴訟實力之落差。或有論者提出在形式意義的當事人主義下，訴訟的當事人雙方係彼此對抗的關係，因此兩造均應各自盡其全力，若要求一方對他方事前預先閱覽所持有的證據，在理論上並不公平，且證據經開示後，可能有脅迫證人或證據湮滅等妨礙真實發見之危險。惟這樣的見解，忽視了當事人主義的實質意義，即當事人間應維持實質平等之精神，正由於被告方面的蒐證能力遠低於檢察官，若不藉由證據開示，尤其是檢察官對被告方面的證據開示，平衡雙方訴訟資訊的落差，最後將使得當事人主義的最重要精神——當事人實質平等原則，無法落實，則當事人主義將成爲無意義之訴訟制度，而證據開示對於當事人主義的重

要性，在此即窺見一斑。

第三節 建構在起訴狀一本主義下之證據開示

第一項 起訴狀一本主義與卷證併送之定義

第一款 起訴狀一本主義之定義

所謂「起訴狀一本主義」，乃是日本刑事訴訟法學界的獨創用語，對照英美法國家的當事人主義之訴訟制度，「起訴狀一本主義」所指稱的起訴方式，似乎是當事人主義訴訟制度下本然的產物，並無相應對的英美用語稱謂，國內學者或有稱之為「卷證不併送制度」⁸³，因本文以下主要係日本的相關立法例及制度之介紹，以下均統一採取日本用語稱之，先此敘明。

「起訴狀一本主義」於日文之表達，依照日本廣辭苑字典之說明，「一本」指的是物品的計算單位，同時，「一本」亦可引伸為目標「專一」，態度「專注」。因此，此處所謂的起訴狀一本主義的法律用語，似可認為類似日本「一本化」（即中譯的「單一化」）的語意，指起訴書格式的「簡單化」，或起訴書機能「單純化」，

⁸³ 另有稱之為「預斷排除原則」，參見蔡墩銘，刑事訴訟法論，五南，2001年2月4版1刷，頁337。惟本文以為「預斷排除」並非卷證不併送起訴方式之最主要功能，毋寧「建立公平法院」，「落實當事人實質平等」，才是該制度更重要的目的與功能，此部分將在「起訴狀一本主義之功能」章節中再詳論，因此「預斷排除原則」之用語似乎過於狹隘，忽略該制度其他的重要功能，故本文不採用這樣的名稱來定義此一制度。

似可謂為「起訴狀『一紙』主義」。亦即，基於公平審判的理念，法官於第一次審判期日前，只有起訴狀一紙，並無相關證據資料，因此法院的心證將如同「白紙」般客觀、中立⁸⁴。另「一本」在日文中的「單一化」意義，亦引申有「只有」的意思，是「起訴狀一本主義」也可以說是有「只有起訴書」之意思，即檢察官提起公訴時，「只有」提出起訴書於法院，其餘物證、書證並不隨之移交之謂。

起訴狀一本主義之內涵在於，起訴時，檢察官僅得向法院提出起訴書，至於其他有關之證據、資料及其他文書、物品，亦即我國在刑事訴訟法中所謂之「卷宗及證物」，均不得隨同起訴書送交法院，目的在使審判與偵查得以絕緣，質言之，該制度之基本論述在於，法院不能以偵查機關之偵查成果為基礎而進行審判，否則難期法院審判之公平。而「起訴狀一本主義」固為日本法律用語，但此檢察官起訴時不得將相關卷證資料一併移送法院之「卷證不併送」方式，乃來自於英法法，蓋日本於第二次大戰戰敗後，受美國壓力及影響下，而模仿美國刑事訴訟法之制度改革其刑事訴訟法，當時，引進美國當事人主義之訴訟架構，為切斷偵查與審判之接續性，排除法院對被告抱有利偏見下舉行審判，用以維持刑事審判之公平與公正，於日本刑事訴訟法第 256 條第 2 項⁸⁵規定，起訴書僅須記載下列事項：(1) 被告姓名及其他足以特定被告之事項，(2) 公訴事實，(3) 罪名。而於同法第 6 項⁸⁶中規定「不得將有使法院對案件產生預斷之虞之文書或其他物品，添附於起訴書，亦不得於起訴書中引用其內容」，此即日本有關「起訴狀一本主義」之規定。

⁸⁴ 林裕順，註 17 前揭文，頁 183。

⁸⁵ 日本刑事訴訟法第 256 條第 2 項：「起訴狀には、左の事項を記載しなければならない。(1) 被告人の氏名その他被告人を特定するに足りる事項，(2) 公訴事実，(3) 罪名。」

⁸⁶ 日本刑事訴訟法第 256 條第 6 項：「起訴狀には、裁判官に事件につき予断を生ぜしめる虞のある書類その他の物を添附し、又はその内容を引用してはならない。」

第二款 卷證併送之定義

而卷證併送制度，原則上係存在於職權主義訴訟架構下之起訴方式。在職權主義的訴訟制度，認為證據之蒐集、調查，係屬法院之職權，法官並被認為有所謂「澄清義務」及「照料義務」，為使法院對於案件能預先有所瞭解、充分掌握案情，以知道如何訊問證人、調查證據並主導訴訟之進行，檢察官起訴時，不僅應於起訴書記明被告之犯罪事實，並應將警訊筆錄、偵查筆錄、鑑定報告書等蒐集所得之證據一併送交法院。亦即，起訴後，法院即從偵查機關接收案件之一切事務，所有的證據亦從偵查機關移轉至法院，法院係以偵查機關之偵查結果為基礎而進行審判⁸⁷。

第二項 起訴狀一本主義之功能

起訴狀一本主義，為了遮斷偵查與審判之接續關聯，因此不採行檢察官起訴時一併移送相關卷證於法院之起訴制度，避免法院藉由事前閱覽偵查卷證，而產生先入為主的預斷。惟有論者提出質疑認為，起訴狀一本主義不過是延緩承審法官接觸檢察官提出之證據，既然法院遲早都必須接觸到檢察官提出之證據，則「延後」接觸並無任何意義，甚至，若讓法官事先接觸證據瞭解案情，法官於審判庭方有能力獨自行使訴訟指揮權，似乎較不致造成審理之延滯遲緩。但以此方式理解起訴狀一本主義，實係對於起訴狀一本主義之誤解，若起訴狀一本主義之功能，僅在暫時延遲法官接觸證據形成心證，則實質上並無存在之價值，亦無充分

⁸⁷ 陳中和，註 37 前揭書，頁 47。

之理由說明為何捨棄以法院為中心之有效率之審判方式⁸⁸。

起訴狀一本主義功能的正確解讀，首先應理解，起訴狀一本主義制度設計的結果，將迫使偵查與審判的區隔分離，而法院的審判心態，也將由「積極介入」轉變成「中立聽訟者」，因法院在審理前既未接觸相關卷證，對於案件在無瞭解的情形下，自然無主導案件之著墨可能，使得法院「不得不」以空白的心證及中立客觀的公正態度對待訴訟之兩造，並以「仔細聽取」兩造攻防舉證的方式獲致心證，維持直接審理與法院中立裁判者之地位；其次，起訴狀一本主義還是其他訴訟程序的最大「強心針」，當起訴狀一本主義與其他審理程序相配合，往往才能使該訴訟審理程序發揮最大的功效，諸如，當事人聲請證據調查權（我國刑事訴訟法第 163 條第 1 項）、交互詰問制度（同法第 166 條以下）、傳聞法則（同法第 159 條以下）等，均須與起訴狀一本主義相結合，始能充分發揮制度之功效。職是之故，現今看待起訴狀一本主義之功能，除了切斷偵查與審判接續與排除預斷之目的外，尚應與其他審理程序之規定合併觀察，如此，才能充分掌握到起訴狀一本主義之功能。接著，詳細說明「起訴狀一本主義之功能」如下：

第一款 避免「先入為主」的預斷

檢察官提起公訴時，若起訴書中添附偵查紀錄、卷宗或證物而提出於法院，則承審法官得於審判期日前先接觸相關證據資料，以檢察官所記載的犯罪事實為主軸，經由探知檢察官移送的部分事實而獲致心證後到庭審理，在審判心理上，難免在訴訟程序尚未開始前，已經受到檢察官「單方」、「片面」的影響。因此，

⁸⁸ 謝志鴻，起訴狀一本主義之證據開示—以日本法為中心，輔仁法學 22 期，2001 年 12 月，頁 75。

起訴狀一本主義的制度設計，係避免審理程序開始前，法官已經對於案件有所偏頗，因一般人對於已經存在的預斷心態，即使之後出現相反心證之事實，亦提高難以導正或漠視新事實之危險，且提供預斷心證資料的，是與法官同屬公務員之檢察官或司法警察，法官難免會覺得，案件已經檢警的篩選成案並起訴，心態上容易認同其起訴結果，則在面對檢察官起訴的同樣證據資料時，易陷入檢察官之思維，法官將難以保持公平客觀心態，亦難拋棄「先入為主」的成見⁸⁹。

第二款 排除不具證據能力資料之干擾

由於檢察官之偵查作為，目的在釐清犯罪嫌疑是否存在，因此偵查程序中，可能蒐集了許多匿名信函、傳聞資料或臆測文件等不具證據能力之訴訟資料，若採行卷證併送制度，將使得不具證據能力的資料進入法院，造成法院認定事實的不當干擾。而採行起訴狀一本主義後，檢察官於偵查中蒐集取得之所有證據，均必須於審判期日始能提出，或檢察官於審判期日是否能順利提出其於偵查中蒐集到的證據，尚屬未定之天，若依法不具備證據能力之證據，恐將無法提出於法院，故與卷證併送主義不同，起訴狀一本主義之起訴方式下，法院僅得接觸具有證據能力之證據，則刑事訴訟法上不得作為證據之證據，始可遮斷其與法官接觸之機會，不致使不具證據能力之資料，有擾亂法官心證之危險。

而我國刑事訴訟法於 2003 年增訂了第 159 條至第 159 條之 5 之傳聞法則，在起訴方式採擇卷證併送主義之下，法院有機會於審判期日前接觸到所有的偵查卷證，則實際上，法院在裁決證據是否屬於傳聞證據前，已經閱覽了依法不具證

⁸⁹ 林裕順，註 17 前揭文，頁 184。

據能力之資料，而該傳聞證據有可能是具有影響法院心證的「有力」證據，如此，將難以避免雖然最後的判決理由中並未將傳聞證據採為判決基礎，惟實際上系爭傳聞證據正是影響法院心證走向的關鍵證據，甚至，由於該傳聞證據之內容，係「為證明犯罪事實存否所必要者」，基於難以捨棄該證據的心理下，使法院對於傳聞法則例外之要件採取寬鬆之解釋，使得原本依法應不具證據能力之資料，藉由例外規定而「敗部復活」，導致傳聞法則之例外變為原則的弔詭結果。

若採行起訴狀一本主義，法院在審理期日實際詳細接觸閱覽相關證據前，該證據已經經由審理前準備程序中之聲請調查證據程序，透過證據法則之檢驗，決定系爭證據係具有證據能力，始得在審理期日提出於法院，換言之，法院在審理期日之證據調查完畢後，始得接觸業經判定具有證據能力之證據之詳細內容，如此，自能真正地排除不具證據能力對於法院的錯誤干擾，才能讓傳聞法則得到實質的落實。職是，與卷證併送制度不同，法院在斟酌證據是否屬於傳聞證據而應排除其證據能力前，並無法事先閱覽該證據之**詳細內容**，僅得在當事人雙方聲請調查證據之程序中，依據證據法則之規範，檢視該證據是否具有傳聞法則之**外在客觀要件**，諸如判斷證人於審判外之供述有無「較可信之特別情況」（同法第 159 條之 2）或「可信之特別情況」（同法第 159 之 3）存在，如此，法院在判斷該證據之證據能力前，並無接觸證據之詳細內容，自不致出現前述卷證併送主義下，法院有受不具證據能力資料影響，或在對於傳聞證據「棄之可惜」之心理下，對傳聞法則例外採取過度寬鬆解釋之情形，讓不具證據能力的資料真正地排除其影響判決的可能性，傳聞法則始獲得實現。

第三款 交互詰問與公判中心主義之活化

在卷證併送制度之下，檢察官在起訴時已將所有的偵查卷證移交予法院，殊難期待法官不會事前詳細閱覽上開卷證，以利於迅速審理、掌握爭點，且我國法官良窳的評判標準之一，往往是法官有無詳閱卷證、開庭時是否掌握所有爭點。而法院詳閱卷證之結果，將造成法院忽略法庭中的檢察官及被告論證與辯論的行為，而產生重閱卷、輕臨訟之結果，使得公判中心主義所表彰之直接審理主義與言詞審理主義形骸化⁹⁰。

相反地，在採行起訴狀一本主義後，由於法官在審理「前」無法接觸到卷證，勢必僅得將證據調查之主導權交予當事人雙方，而由於法官亦無法在審理庭「外」接觸到卷證，導致法院形成心證之方法，僅得藉由在審判期日，透過當事人雙方的交互詰問、提出證據與辯論等過程，讓法院知悉證據的內容，以形成心證。職是，審判期日之證據調查成為法院判斷有罪與否的唯一來源，則法庭的交互詰問活動勢必精彩可期，因當事人雙方為了使法院形成對己有利的心證，必然會盡力地蒐集各種有利證據，並構築出最精彩的法庭舉證或辯論活動，使得事前無卷證可詳閱之法官，僅得藉由觀察、聽聞法庭上兩造之主張與舉證行為等法庭活動，做出最後的判決，故起訴狀一本主義下，法官將無法過度介入舉證活動及進行職權調查，審判的重頭戲自然轉變到當事人雙方間的交互詰問與法庭活動上，則公判中心與直接審理的精神將得到實踐⁹¹。

⁹⁰ 同此見解，有謂：法官既有此預測，其公判之審理，難免流於形式，當事人辯論主義將有名無實，參見陳樸生，刑事證據法，三民，1990年7月重訂初版，頁23。

⁹¹ 林裕順，註17前揭文，頁186。

第四款 審檢權責分明及檢察官實質舉證責任落實

卷證併送制度論者認為，「真實發現」是法院與檢察官共同的責任，因此，檢察官之起訴卷證須全數移送法院，使法院掌握案情，便於法院依職權調查，並完成釐清真相之任務。然在控訴原則之三面關係下，真實發現實係法院、檢察官與被告三方共同的責任，而發現真實的正確方式，係檢察官與被告各自盡力舉證，而法院則在法庭上經由當事人雙方的攻擊防禦，而發現真實，非法院本身主動介入調查證據，亦即法院的主要工作，係依法嚴守客觀立場進行審判，至於法庭中的調查證據，原則上應全交由檢察官負責，法官僅在極少的例外情形，輔助地介入調查，因此為了嚴守法官單純聽訟的角色，自應採取起訴狀一本主義，使法官無法承繼檢察官心證而繼續在審理過程中積極介入調查，如此，審檢的權責得以區分，被告亦較能接受此種遊戲規則下的判決結果⁹²，法院在審檢權責分明的訴訟架構下，亦較能維持公平法院之外觀。故採取起訴狀一本主義的卷證不併送起訴方式後，由於法官事先無法接觸到起訴相關卷證，法官即無法預斷關於犯罪的心證，縱使想介入調查，亦無從下手，則檢察官必須在法庭上親自為實質的攻防，檢察官的實質舉證責任自然落實，否則檢察官只負責起訴，法庭上調查證據的工作仍由法院負擔，很難抑制檢察官的輕率起訴⁹³。正由於職權主義下，法官非僅是單純的聽訟者，而係應主動介入調查之**主要角色**，導致檢察官須將所有起訴卷證移交法院，以利法院瞭解案情，則起訴卷證併送的結果，等於宣告審判成為偵查的延長，造成審檢不分，則法院須負擔本屬於檢察官舉證責任範疇的調查義務，檢察官存在著「反正法院會查清楚」的心態，也未盡起實質的舉證責任，造成權責不分的訴訟架構。因此，若不採擇「起訴狀一本主義」，將無法落實檢察官的實質舉證責任，且容易有檢察官輕率起訴之危險。

⁹² 黃朝義，註 6 前揭書，頁 74。

⁹³ 黃朝義，註 6 前揭書，頁 75。

第五款 公平法院之實踐

從切斷偵查與審判的功能來看，起訴狀一本主義將使得檢察官的提起公訴行為與進入審理程序後的立證行為予以區別，因此，起訴後，由於法院並無看過相關卷證，檢察官要說服法院贊同其有罪聲明，就應在審理程序中，透過法庭的審理活動，使法院相信檢察官的主張，因此，起訴狀一本主義的影響，將使得法院僅得藉由法庭中兩造的相互攻防以形成心證，而確保法官僅係一中立、客觀的第三人，法院不再是公判審理的中心，而係單純的聽訟而判之人，且因法官事先未接觸被告不利之事證，對於法官而言，其「無罪推定原則」較易落實，法官將抱持著中立的態度來聽訟，也較易維持「公平法院」之外觀，法院將轉變成為「運動場上的裁判」，不會親自下場打球，自可避免球員兼裁判的不客觀弊病。使法官本其完全空白之心證，聽臨於公判庭，以確保其公平、公信法院之地位⁹⁴。

第三項 卷證併送制度之優劣

歐陸法系之職權主義採用「卷證併送」理念，認為法官並不會因為事先看過檢察官的卷宗證物而產生偏見，因為法官係受過專業訓練的司法人員，會對檢察官移送之卷證抱持著批判的態度，繼續以中立客觀之立場來進行訴訟，毋需過份擔心法官會受到檢察官起訴資料的左右⁹⁵；反之，就算被告極力承認犯罪，法官也不能相信，仍應自行調查證據、查明真相。

惟對於「卷證併送」的有力批評在於，人的天性是對未完全明瞭之事物驟下

⁹⁴ 陳樸生，刑事訴訟法實務，三民，1999年6月再訂2版，頁7。

⁹⁵ 林立，註50前揭文，頁7。

斷語，人皆有評量及歸納其得到資訊，使其亂中有序之本能，因法官必須判決案件，更有此壓力，結果是造成法官在蒐集證據的過程中，即開始對證據做推論，即使採被動立場的法官都可能做初步的推論，則傾向主動調查案件的法官，更無法避免在接觸部分或單方的證據後，即做出初步的推論⁹⁶，可以說，卷證併送最爲人所詬病之處，在於將使法官有產生預斷之危險，裁判者如果事先看過檢察官單方面提供的文件及證物，容易形成先入爲主的偏見。

另倡議「卷證併送」之學者併指出其技術性優點認爲：其一，由於檢察官將起訴卷證移轉予法官後，被告的辯護人有權向法院聲請閱覽並抄錄已移送法院的一切卷宗證物，因此，卷證併送反而對被告有利，因爲，被告方面等於是完全知悉檢察官的「底牌」；而相對地，檢察官並無權探知辯方掌握何有利證據。其二，由於我國法官必須撰寫判決書，並應附判決理由，如果沒有卷證，特別是複雜案件中，面對堆積如山的資料，法官如何僅憑聽訟而寫出判決書⁹⁷。

針對上開贊成「卷證併送」的 2 點技術性理由，有學者則提出不同的見地，認爲第一點的辯護人閱卷優勢，即使廢除卷證併送後，法律仍可規定被告的辯護人有權知悉檢察官手中的卷宗及證物，即藉由「證據開示」的卷證揭示，辯護人一樣可以保有其優勢，又可免於法官的預斷偏見，更係兩全⁹⁸，而「證據開示」的價值，在此亦可端見。而第二點關於法官書寫判決書的部分，由於日本的刑事司法，採取的是「起訴狀一本主義」之起訴制度，且仍是由法官爲最後的判決，法官同樣要面對寫判決書及理由的問題，卻從未因此有廢除「起訴狀一本主義」的呼聲，可見此技術性的問題早已克服，況相關卷證在法庭中經當事人雙方提示

⁹⁶ William Burnham 著，林利芝譯，英美法導論，元照，2005 年 5 月二版 1 刷，頁 69。

⁹⁷ 林鈺雄，輪替詰問之法庭活動，收錄於「法庭詰問活動」，學林文化，2000 年 9 月一版，頁 28、61。

⁹⁸ 林立，註 50 前揭文，頁 19。

辯論後，均會提交予法院，法院並非全然無訴訟資料可供參酌，起訴狀一本主義僅是禁止非藉由法庭審理程序中所提出的單方、片面訴訟資料，並非是訴訟資料自始至終法院均不可接觸，職是，以有害於法官書寫判決，而認為起訴狀一本主義為不可採的制度，實有誤會。

第四項 起訴狀一本主義與卷證併送制度之簡評

有國內學者認為在卷證併送制度下，即使檢察官送來的卷證有所疑點，有專業素養的法官也能洞悉出來，不致遭誤導，也不會輕易讓被告遭冤屈判刑，在發源於德國法之澄清義務下，法官對於有利被告之疑問，反而可以補充調查，不能袖手旁觀，而有助於實體真實發現之目標⁹⁹。反之，亦有學者比喻，在卷證併送制度下，法院猶如拍攝電影的導演，在正式開拍前，導演早已擬定劇本（法院已依檢察官起訴卷證形成初步心證並擬定審理計畫），決定好拍攝過程的順序、方法，演員（檢察官與被告）稱職與否，似乎不影響劇本之原貌¹⁰⁰。二者之論述，各有見地。惟不可諱言，正因我國法官係受過專業訓練的職業法官，在開庭前已閱覽所有卷證之結果，法官有可能早在心中勾勒出心證之走向，甚至已經藉由卷證閱覽，決定了有罪或無罪的判決結果，則法庭活動將徒具形式。而倡議採行起訴狀一本主義起訴方式論者的另一思考層面，在於「起訴狀一本主義」至少可以達成：由於採卷證不併送之結果，法院方面無相關卷證可供閱覽，對於案情或犯罪關係屬於一無所知的狀態，法院自然不能亦無法大量地介入調查過深，在審理的過程中僅得退居配角，檢察官之蒞庭將不再僅是消極地監督法庭運作，而是必

⁹⁹ 林鈺雄，註 97 前揭書，頁 56、57。

¹⁰⁰ 黃朝義，註 6 前揭書，頁 69。

須積極扮演追訴者角色之地位，亦須善盡實質的舉證責任，否則將負敗訴之責任，則審檢角色定位釐清之結果，將使得檢警機關在偵查階段，須盡全力蒐集案件各種的證據，因為檢察官意識到在「起訴狀一本主義下」，法院將不會再幫檢察官調查未盡的調查義務，檢察官在敗訴的壓力下，將迫使偵查的「精緻化」，亦可防止檢察官之輕率起訴¹⁰¹。因此，若採行「起訴狀一本主義」，可避免檢察官不履行檢察官職責（證明犯罪之義務），法官反成為檢察官（職權調查並證明犯罪之義務）的角色錯亂與權責不明之結果。

而曾來我國傳授交互詰問技巧的美國律師 Brian Kennedy 則點出了，法官也許都是專業工作者，但法官也是人，任何心理學家或廣告工作者都可以告訴你，所有的人都會受到先入為主印象的影響而使他們的判斷有所偏差，特別是在第一個版本的解釋沒有「立即」受到挑戰的情況下¹⁰²。就起訴狀一本主義的「排除預斷」功能而言，雖然有一部分的法官在閱覽過檢察官的起訴卷證後仍會保持中立並客觀的審判，並善盡其澄清義務，給被告一個公平的判決，但歷史的教訓告訴我們，好的制度選擇方式，應是站在「信任制度，而非信任人」的立場，若制度要求執法者作的是違反一般人性要求的職務內容，就必須有更多的制衡機制存在，否則難保執法者能做到該制度的職務要求，而起訴狀一本主義論者，對於法官預斷心理的論述，並非沒有道理的，既然法官也是人，也有其人性的弱點，難保所有法官在開庭前看完起訴卷證後不會產生預斷，畢竟法律縱使期待法官應公正睿智，但此心理層面的要求，並非法律文字規範所能達成的，因此持著「信任人，不如信任制度」的思維，與其將審判的公平性託諸於法官的自覺，不如採用能杜絕法官預斷心理的「起訴狀一本主義」制度，始為較可採的對策。

¹⁰¹ 黃朝義，註 6 前揭書，頁 72。

¹⁰² Brian Kennedy 著，郭乃嘉譯，證人詢問的技巧，元照，2002 年 9 月初版 2 刷，頁 6。

第五項 起訴狀一本主義之必要配套措施—證據開示

採用「起訴狀一本主義」之結果，因檢察官之起訴相關卷證，並不於起訴時隨同移送法院，法院本身既無偵查卷證，被告及其辯護人自然亦無法如「卷證併送」制度下，利用向法院閱覽卷證的方式，取得檢察官欲證明被告有罪的相關證據，因此，在訴訟資料由當事人各自擁有的情況下，訴訟雙方間的資訊互相給予，在不採行卷證併送，且係當事人雙方向法院舉證的訴訟結構中，尤其是爲了彌補被告方面防禦上之不足，並實現當事人間的實質平等，有必要賦予被告及其辯護人事前閱覽、抄錄偵查中卷證之機會與權限。因此，在起訴狀一本主義制度下，爲了確實保障被告或其辯護人得以充分地掌握訴訟資訊，以利於行使其辯護權或反對詰問權等訴訟權能，乃設有「證據開示」之制度。

另由於「起訴狀一本主義」的起訴方式，可能引發訴訟遲延或影響迅速審判的問題，一直是我國是否引進該項制度，在判斷上的重要疑義之一¹⁰³。則在當事人主義訴訟架構下所採行的「起訴狀一本主義」制度，爲確保迅速、充實的審理，當事人雙方於審理期日前的事先準備、整理爭點與擬定明確審理計畫，確有必要，是爲了整理爭點，並使雙方攻防對焦，以促進訴訟，實有採行「證據開示」制度之必要，蓋刑事程序中，因當事人雙方各自擁有訴訟資料與事實主張，對於雙方意見歧異，惟有藉由彼此訴訟資訊之揭示交換，始得獲得統合之機會，促進訴訟之進行；另查，被告方面雖然是與檢察官立於對等地位的當事人，但被告實際上自行蒐集證據的能力較爲薄弱，亦無如同檢察機關之國家權力之挹注，若能檢閱檢察官所蒐集的證據資料，不僅能促進雙方爭點的整理及對焦，亦利於刑事裁判之迅速正確，達成促進訴訟之效果，而助於被告防禦權的行使，以及真實的

¹⁰³ 劉令麒等，司法院九十七年度日本起訴狀一本主義制度考察報告，司法院刑事廳，2008年10月，頁39。

發現。綜上原因，「證據開示」制度，實屬於起訴狀一本主義制度的必要配套措施。

第四節 公平法院之改革方向

第一項 公平法院下之制度應然

第一款 公平法院之內涵

從刑事訴訟發展的歷史軌跡中發現，過去威權統治的時期，由於行政權過度膨脹，司法審判介入過多國家行政權力，司法僅是國家再度的宣示其「統治權」之制度，導致司法難以獲得人民信賴，此時，國家多以「正義實踐」的美麗外表來包裝，來降低外界對於「不公平法院」之質疑，因而「公平法院」之理念亦未受到重視。惟現今世界各國均重視民主主義與自由主義，以及在權力分立、行政司法權分隸之潮流下，被告訴訟主體的地位已然受到重視，而「公平法院」之實踐，成為刑事訴訟制度追求的重要目標之一。

所謂「公平法院」，係指組織及構造上均無偏頗或不公平之虞之法院，且其程序之進行亦應公平且公正，因此，「公平法院」應從組織構造面上，著重法院獨立且公正地位之確保，而在程序進行面上，則明確切割偵查與審判程序之關聯，且著重被告訴訟權利之強化，以維持當事人間實質之平等¹⁰⁴。詳言之，「公

¹⁰⁴ 傅嘉和，註 82 前揭論文，頁 9，

平法院」展現在刑事程序上的意義，所強調的是全民司法之概念，而非官僚體制司法，避免如我國目前訴訟體制，常遭假職權之名而行糾問之實的質疑，而應於刑事程序中建構出符合「公平審判」¹⁰⁵原則之制度。蓋刑事程序中，被告並非僅屬程序中追訴的對象，最重要的是被告非但得以參與訴訟，尚得在訴訟程序中取得訴訟主導地位，具有訴訟主體地位，而獲得程序中的平等保障。

而公平法院之依據，依美國聯邦憲法增修條文第 6 條¹⁰⁶：「刑事被告有受公平之陪審審判之權利」；日本憲法第 37 條第 1 項則規定¹⁰⁷：「一切刑事案件之被告，有受公平法院迅速公開審判之權利」，此公正審判的要求，係憲法保障刑事被告之基本人權。而我國憲法雖未明文規定，然經由我國大法官釋字第 418、442 號等解釋多次對於憲法第 16 條之闡釋，亦明白宣示了我國刑事被告受有「公平法院」審判權利之意旨¹⁰⁸。可以說，爲了落實憲法所保障人民訴訟權之實踐，國家應依社會整體發展之狀況，提供人民適當的制度保障，因此國家對於刑事被告有義務提供完整的法定程序，諸如訴訟救濟、審級制度、被告緘默權保障、證據裁判原則等程序，以符合民主法治國家之要求，而「公平法院」建構即屬其一要務。

¹⁰⁵ 公平審判原則為支配德國刑事訴訟法原則之一，德國聯邦憲法法院於 1969 年裁定中首次提及公平審判原則，認為基於公平審判原則，被告不應是刑事訴訟之客體，詳參何賴傑，註 11 前揭文，頁 37。

¹⁰⁶ 全文為：「In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district where in the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.」

¹⁰⁷ 日本憲法第 37 條第 1 項：「すべて刑事事件においては、被告人は、公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける権利を有する」

¹⁰⁸ 諸如大法官釋字第 466 號、512 號、591 號及 654 號解釋文或理由書中，均明示人民有受公平法院審判之權利，乃係憲法第 16 條訴訟權保障之範疇。

我國司法院於 1999 年 7 月召開全國司法改革會議的問題意識指出¹⁰⁹，職權進行主義賦予法官調查證據之職權，包括法庭活動及訴訟程序之進行，均由法官主導操控，惟多年實務運作之結果，發現偏離**公平法院**之理想，法院、檢察官及辯護人三方面關係嚴重失衡，被告訴訟權益未能獲得有效保障，因此，如何重建公平之審判制度，即屬我國刑事訴訟制度改革之重要課題。可以說「公平法院」之理念已成我國司法改革之共識，既是「司改主軸」，亦是符合憲法「正當法律程序」之要求，故我國「公平法院」之建制與完善，實刻不容緩，而公平法院意義下的訴訟制度，僅針對觸及與「證據開示」制度關連之部分，開展如下。

第二款 偵查與審判權責分隸

職權主義下，由於法官須主導刑事程序之進行，故須事前接觸檢察官的起訴卷證，導致法院易以檢察官之觀點審理案件，並喪失與偵查機關所須要保持之必要距離，混淆了偵查與審判之界線，可以說，職權主義下採取的卷證併送制度，等同導致法院承繼檢察官起訴卷證之結果，面對偵查與審判不分之批評，職權主義下的審判模式，無法脫免——法院在審理開始前，已經在法庭外詳閱了偵查卷證，則卷證併送的起訴方式，將無法解決法官如何能將自己由檢察官有罪心證中可能的「錯誤」見解中解放出來¹¹⁰之質疑。

而我國職權主義多年施行的結果，因法院須職權調查，故採行卷證併送制度，形成法院有承繼檢察官偵查成果**繼續補強**之心態，加上我國法官與檢察官的養成教育是合併受「司法官」訓練後，再分派至法院或檢察機關，有所謂同期或

¹⁰⁹ 司法院司法行政廳編，全國司法改革會議實錄（下輯），1999 年 11 月，頁 1032。

¹¹⁰ Claus Roxin 著，吳麗琪譯，德國刑事訴訟法，三民，1998 年 11 月，頁 470。

前後期的同具「司法官」身分之情誼，造成有所謂院、檢一家的錯誤傳統，時至今日，尚有法官在審理案件時，抱著這樣的心態，在訴訟程序中傾向配合檢察官之要求，法院的中立性因此喪失，則中立性一旦無法維繫，審判已喪失其意義，所得之判決結果，註定遭受世人質疑。是爲了維持法院公平公正裁判者之外觀與實質，偵查與審判必須嚴加區隔。

第三款 強化被告訴訟權主體地位

在近代文明國家之刑事訴訟，通常係以國家或政府機關爲一方當事人，另一方則係以私人爲當事人，此種強者對弱者之爭，形成被告之權益容易受另一方當事人即國家機關之侵害，因此，刑事訴訟制度有必要添加保障人權之功能。而保障人權之目的，亦含有對於人性尊嚴之重視，是近代刑事程序，對於人民面對國家刑罰權實現所進行的程序，均鑑於刑罰之嚴重性，大多朝向肯認被告係刑事程序之權利主體之方向，加強被告訴訟權利之保障。

而比較職權主義與當事人主義審理中的發言方式，不難發現職權主義的訴訟設計，讓被告在發言權的公平性上顯然居於劣勢，被告基本上只是被訊問的客體而已¹¹¹，而非訴訟主體，可以說，在職權主義的審判形式下，被告很難擺脫「被審問的客體」與「待罪可疑之身」的卑屈圖像；相反地，當事人主義刑事司法下的被告，則有「理直氣壯」、「平等參與決鬥」的訴訟主體氣概¹¹²，惟於刑事程序，被告並非程序之客體，而係具有主體地位之理念，應是公平法院下所應具備之制度應然，對於刑事案件，被告最後可能將遭受剝奪生命、身體、自由、財產或名

¹¹¹ 林立，註 50 前揭文，頁 11。

¹¹² 林立，註 50 前揭文，頁 12。

譽之不利益，自更應享有能充分參與之機會與權限，對其案件審理過程與結果，亦應享有能予以重要影響之權能，若限制被告訴訟上之權利，削減其權利主體地位，將違背憲法上被告訴訟權之保障，並隱含有違反公平審判原則之虞。是刑事程序之制度選擇，不可忽略了確保被告主體性地位之建立，在被告權利範圍之制度思考上，應站在保障人權之觀點，使被告享有充分的**程序保障**，得以積極、主動且具有充分權能之立場，來參與整個刑事訴訟程序。

第二項 改革方向一起訴狀一本主義與證據開示之採行

鑑於「公平法院」理念之實踐，應使刑事程序中之偵查與審判階段完全地區隔，以確保審判程序之獨立性，並排除法官預斷之危險因素，擔保法庭活動的公平公正，即有其必要。而起訴狀一本主義制度的意義之一，即在於斷絕審判與偵查之結合，蓋卷證不併送之「起訴狀一本主義」採行之結果，將可達到切斷偵查與審判接續性之效果，且可使得檢察官於審判程序中確實擔負起實質舉證之責任，而實踐權責分明的訴訟模式，而法官不再積極強力地介入調查的結果，亦得保有法官中立客觀之裁判者角色。而由於現制我國採取的是卷證併送制度，行準備程序或合議審判之法官，於開庭前均應詳閱卷證，故在開庭前之閱卷過程中，極有可能依照檢察官起訴卷證之鋪陳，已經產生偏向被告有罪之心證，惟裁判者犯罪心證之形成，本應在公開審理之審理庭中，透過雙方當事人在法庭上之舉證活動以形成，而非在未公開且係法庭外之閱卷過程中產生，因此，如未採取卷證不併送之起訴狀一本主義制度，則公開審理庭上之攻擊防禦行爲，將難脫「程序形式化」之缺失¹¹³，將使整個刑事程序失去價值，公平法院難以實踐，故起訴狀

¹¹³ 黃翰義，註4前揭書，頁36。

一本主義乃建立公平法院之改革方向，至為灼然。

另觀察前章節論及之「起訴狀一本主義之功能」，首先，由於檢察官之偵查卷證中，可能蒐集了許多匿名信件或傳聞資料等不具證據能力之訴訟資料，為避免因若採行卷證併送制度，將使得不具證據能力的資料，藉由法院事前的閱覽起訴卷證，造成不具證據能力資料，對於法院認定事實的不當干擾，導致傳聞法則功能無法發揮，實有採鐸起訴狀一本主義制度之必要；再者，由於採行起訴狀一本主義，法官在審理庭「前」已無法接觸卷證，在不清楚案情的情形下，審理庭中法院勢必僅得將證據調查之主導權交還予雙方當事人，而審理期日之證據調查，將成為法院判斷有罪與否的唯一來源，則法庭的交互詰問活動勢必充實精彩，審判的重頭戲將繫於當事人間在法庭上之證據調查與交互詰問等活動，則直接審理、公判中心的精神將得到實踐；最後，起訴狀一本主義，將確保法官僅係一中立、客觀的第三人，不再是審理庭中訴訟活動之主角，而係單純的聽訟而判之人，且因法官事先未接觸被告不利之事證，對於法官而言，其「無罪推定原則」較易落實，起訴狀一本主義的影響，法官僅得以空白、中立的心證來聽訟，也較易維持「公平法院」之外觀，法院將轉變成為「運動場上的裁判」，不會親自下場打球，自可避免球員兼裁判的不客觀弊病，以確保法院公平、公信之地位；不可諱言，審判者之所以為審判者之理由，乃在於其公平性與中立性，因此，無論在何時，審判者均應避免捲入兩造間之爭論，否則，審判者之公平性與中立性將遭質疑，導致當事人不能悅服判決之結果。綜上所述，如同本文再再強調的，「起訴狀一本主義」並非僅係藉由起訴方式而排除法官預斷而已，其係得以確保偵查與審判分離，實踐「公平法院」建立，併使其他刑事訴訟制度得以真正發揮功能，而貫穿整部刑事訴訟程序之制度。

而在採行「起訴狀一本主義」後，為了使被告得以進行實質的辯護，自應同時採行「證據開示」制度，以充實被告聽審權之要求，透過證據開示制度之資訊

取得，平衡檢辯雙方資訊與訴訟實力之落差，保障被告防禦權之實施，以實踐當事人間之實質平等，則刑事被告之**訴訟主體地位**，方獲實踐，彈劾主義下之訴訟三面關係，始可完整的建立並區分。質言之，起訴狀一本主義下關於**訴訟資訊取得**之「證據開示」制度採行，應認為源自刑事被告訴訟權，以及憲法上所要求訴訟程序之最低保障，若刑事被告無法獲得充分的訴訟資訊，包含檢察官提出不利證據之偵查卷證等資料，如何作出適切之訴訟行為，其訴訟主體地位將被剝奪，惟有透過證據開示制度，被告及其辯護人方得獲取檢察官據以起訴被告之證據資料，而在充分認識起訴資料後，被告將衡量其利益，作出真正符合其意志之訴訟行為，始保障了被告之訴訟權。

而「證據開示」制度，除了具有藉由被告方面預先閱覽檢察官持有，欲證明被告有罪之證據資料，進而擬定辯護策略，以充實被告防禦權之功能外，亦有透過資訊交換的證據揭示程序，而助於訴訟經濟促進之功效，該制度可避免無益之攻擊防禦而浪費訴訟程序，並防止爭點擴散而延滯訴訟，助於訴訟經濟；再者，證據開示對於被告詰問權之保障，亦見其功，若被告或其辯護人於審理庭對於證人為詰問時，無任何訴訟資料得以參酌，尤其是檢察官所提出不利被告之證據，如何為有效之詰問，是應藉由證據的揭示，使被告方面取得傳喚或詰問證人之有利資訊，方落實詰問權之保障；最後，就無罪推定原則而言，為了擔保被告保有充分的防禦權，得以對抗檢察官的有罪聲明，自然應開示檢察官之起訴卷證，並經由證據開示程序，使偵查不公開原則下之偵查作為，得於事後公開，使偵查透明化，防止檢警隱匿有利於被告之證據，而間接地落實無罪推定原則。是證據開示制度，實有「強化被告訴訟權主體地位」、「確保當事人間之實質平等」之功能，藉由證據開示之制度，能平衡並強化被告及其辯護人的攻防能力，確立其訴訟主體性地位，而實踐公平法院之改革方向。



第三章 日本刑事證據開示制度

日本係自 2005 年 11 月 1 日開始實施新的證據開示規定，在此之前，由於日本從二次大戰後改採當事人主義之刑事訴訟構造以來，即採行起訴狀一本主義，故證據開示之問題，一直都成為該國實務與學術上討論之重點，在日本新證據開示制度的實施前，關於證據開示的問題，已有多年的研究討論，適足提供我國不同的思考方向；復以日本一向是我國刑事訴訟法繼受法律之重要國家，最高法院學術研究會於 1999 年 4 月提出之修正刑事訴訟法條文草案中，對於證據開示制度之規定（草案第 163 條之 1 第 4 項¹¹⁴），即係參考日本刑事訴訟法第 299 條第 1 項之規定而來¹¹⁵；況日本在歷史上深受我國漢文化之影響，重禮尚節的民情，較自由奔放的西風，更接近我國民情，而日本於近代又汲汲吸取西方的制度與法制，從專制政府改制為民主政體，也不過是百年多的光景，此一國情亦與我國頗為相似，基於上開理由，日本證據開示制度的相關討論與規定，足為我國他山之石。而近代日本自 2000 年開始推動司法制度的改革，於 2004 年（平成 16 年）5 月 28 日，國會通過「平成十六年法律第六十二號」法案，確立了在刑事訴訟法在裁判員制度導入前之必要準備措施，其中之一，即係增設了「爭點以及證據整理程序」中「證據開示制度」之相關規定，本文希望藉由介紹上開日本刑事訴訟制度中關於「證據開示制度」之規定，以及日本學界、實務對於此一新制度之適用見解與問題分析，提供該制度在我國適用之可能性以及相關見解之探討，期能成為我國未來相關法制建立時之參考。

¹¹⁴ 草案第 163 條之 1 第 4 項：「當事人或辯護人聲明訊問證人、鑑定人或通譯時，應先賦予他造知悉該證人等之姓名及住居所之機會，聲明調查證據文書或證物時，應先給予他造閱覽之機會」，參見最高法院學術研究會編印，最高法院學術研究會建議修正刑事訴訟法條文（草案），1999 年 4 月，頁 51。

¹¹⁵ 最高法院學術研究會編印，註 114 前揭書，頁 54。

第一節 日本 2004 年增訂證據開示前之法律規定

在介紹日本新證據開示規定前，有必要針對日本修法前的相關規定、實務適用情況之演進及學界爭議進行介紹，始能全盤瞭解日本 2005 年催生新證據開示制度的歷史背景與沿革，並掌握其立法緣由及精神，接下來先說明 2005 年修法前日本關於證據開示之規定。

第一項 2004 年修法前證據開示之規定

日本於明治維新時期，關於刑事訴訟法制的訂立，受到歐陸法系國家的影響，於二次大戰前所實行的舊刑事訴訟法（又稱大正刑事訴訟法，於大正 11 年（1922 年）施行）規定，係職權主義的訴訟模式，採行的是卷證併送主義，即檢察官提起公訴時，連同起訴書，應將手中全部之卷宗及證據一併提出於法院，辯護人則得向法院閱覽抄錄上開檢察官提出於法院後之所有卷宗、證據文件¹¹⁶，當時日本並不採行起訴狀一本主義，辯護人在案件起訴後，得向法院聲請閱覽抄錄檢察官於偵查中蒐集取得之全部卷證，因此並不會產生證據開示的問題。惟日本在戰後，受到戰勝國尤其是美國主導下所修改的刑事訴訟法，借鑒美國法，改採當事人主義下必然的起訴方式一起訴狀一本主義之訴訟架構，則提起公訴後，偵查中所蒐集的證物、證據文書仍全部在檢察官持有中，相關證據係於法庭證據調查後，方移交由法院保管，而辯護人聲請閱覽訴訟文書的規定，改為現行日本

¹¹⁶ 日本舊刑事訴訟法第 44 條：「辯護人於被告案件被付公判後，得於法院閱覽關於訴訟之書類及證據物，並得謄寫該書類。」「於預審時辯護人得在場，並得閱覽關於預審處分之書類及證據物，亦得謄寫該書類。」「辯護人經審判長或預審法官之許可，得謄寫證據物」。

刑事訴訟法第 40 條第 1 項，即：「辯護人於公訴提起後，得於法院閱覽關於訴訟之書類及證據物，並謄寫之。但關於證據物之謄寫，應得審判長之許可」，雖然表面上看來，辯護人仍得向法院聲請調閱證據，然而，日本現行刑事訴訟法第 256 條第 6 項同時規定：「起訴狀內不得附添可能使法官就該事件產生預斷之虞的書類或其他物品，亦不得引用其內容」，即所謂「起訴狀一本主義」，故檢察官起訴時，僅向法院提出記載有被告年籍資料、起訴事實及罪名之起訴書，不得另提出相關證據資料，相關證據只有於證據調查完畢後，始需向法院提出（同法第 310 條參照¹¹⁷），故事實上辯護人於第一次公判期日前，依上開刑事訴訟法第 40 條第 1 項規定，向法院聲請閱覽時，根本無法閱覽到任何檢察官起訴之證據，等到可以依刑事訴訟法第 40 條第 1 項規定閱覽到證據時，該證據多已完成證據之調查，且日本係採用交互詰問制度，爲了落實日本憲法第 37 條第 2 項關於被告有反對詰問權保障之意旨，有必要讓被告在詰問前知悉證人於偵查中所爲訊問筆錄之內容¹¹⁸，故依上開規定，對於打算閱覽檢察官所持有之證據以進行防禦準備之被告及辯護人而言，已無任何實益，於法院審理庭調查證據前，另外要求檢察官開示證據，以利被告防禦準備之必要性，於焉產生。然而，上述日本新證據開示實施前之相關法律規定，並未解決檢察官是否應將偵查中所得證據資料揭示予被告或辯護人之問題，導致實務判例及學說上的爭論，識者首先從當時日本刑事訴訟法的現有規定中，嘗試藉由解釋的方法，尋求解決之道。茲介紹修法前日本刑事訴訟法有關證據開示之相關規定：

- 一、刑事訴訟法第 40 條規定：「辯護人於公訴提起之後，得於法院閱覽關於訴訟之書類及證據物，並謄寫之。但關於證據物之謄寫，應得審判長之

¹¹⁷ 日本刑事訴訟法第 310 條：「完成證據調查之證據書類或證據物，應儘速提出於法院。但得法院許可者，得以謄本代替原本提出」。

¹¹⁸ 庭山英雄、岡部泰昌 編，刑事訴訟法（新版），青林書院，2002 年 1 月，頁 240。

許可。」

刑事訴訟法第 299 條規定：「檢察官、被告及辯護人聲請訊問證人、鑑定人、通譯或翻譯前，應預先給予對造知悉受訊問人姓名及其住居所之機會。(第 1 項)」¹¹⁹「在聲請調查證據書類或證據物前，應預先給予對造閱覽該項證物之機會。但對造對此無異議時，不在此限。(第 2 項)」

日本刑事訴訟規則第 178 條之 6 第 1 項第 1 款：「檢察官於第一次公判期日前，依刑事訴訟法第 299 條第 1 項本文之規定，應給予被告及其辯護人證據書類或證據物之閱覽機會時，應於提起公訴後立即給予被告及其辯護人上述機會。」

日本刑事訴訟規則第 178 條之 7：「訴訟關係人於第一次公判期日前，依刑事訴訟法第 299 條第 1 項本文之規定需給予對造知悉證人之姓名及住居所之機會時，應儘早給予對造上述機會。」

日本運作的實務上認為，依上開規定，僅有在審判庭上聲請調查的證據種類係「證物或證據文書」時，法律上才要求檢察官預先給予對造閱覽該項證物之機會，若聲請調查的是「證人」，僅須預先讓被告方面知悉證人之姓名、住所為足，無須讓辯護人閱覽該證人之供述文書或相關證物之必要¹¹⁹，因此關於偵查中證人之偵查筆錄（下稱供述筆錄），檢察官若認為該供述筆錄之內容有聲請調查之必要，檢察官一開始就會以檢方證人的方式聲請調查，則僅須依刑事訴訟法第 299 條第 1 項之規定，

¹¹⁹ 黃朝義，起訴卷證不併送制度下之證據開示原則，月旦法學雜誌，第 54 期，1999 年 11 月，頁 130。

預先給予被告或辯護人知悉該證人之姓名、住所等資料為足，並無須讓辯護人閱覽該證人之供述筆錄¹²⁰，也就是以直接聲請調查證人的方式，來迴避證人供述筆錄之揭示，且從上開規定可知，僅有檢察官聲請調查之證據，始有預先讓對造知悉之必要，若檢察官並未聲請調查，則無開示該證據之必要。

惟檢察官聲請調查之證據係證物或證據文書時，應提示該證物，給予對造知悉證據內容之機會，此係聲請調查證據物時所必然履踐之程序，此種開示就刑事訴訟程序進行的本質而言，乃屬當然，若檢察官不打算於審理程序聲請調查之證據，則不論開示此等證據是否有利於被告，依上述規定反面解釋，即無應開示予被告及其辯護人之明文規定存在，故純粹以日本法律明文規定來理解，可謂法律並不允許檢察官聲請調查證據以外之證據開示¹²¹，且即使是檢察官依刑事訴訟法第 299 條第 1 項規定應開示予被告及其辯護人之證據書類或證據物，亦僅需給予對造「閱覽」之機會即可，無須進而給予對造「謄寫複製」之機會¹²²。然而，檢察官在偵查中擁有國家賦予的強制權，得藉由搜索、扣押等方式，取得相關證據，若辯護人無法閱覽這些證據，被告如何對抗檢察官之攻擊而為有效的防禦，此違反當事人對等主義，況既然實務上，檢察官慣以聲請調查證人的方式，迴避該證人於偵查中所作供述筆錄的證據開

¹²⁰ 謝志鴻，註 88 前揭論文，頁 174。

¹²¹ 石井一正，「証拠開示の在り方」、特集・公判前整理手続と公判手続、刑事法ジャーナル、2 号，2006 年，頁 5。

¹²² 但在日本實務運作上，凡檢察官依刑事訴訟法第 299 條第 1 項規定給予辯護人閱覽檢方請求調查之證據書類者，均進一步亦允許其謄寫，此為超越刑事訴訟法第 299 條第 1 項之文義射程範圍，而為合目的性解釋之情形，見後藤昭，公判前整理手続をめぐる二つの検討課題，自由と正義 57 卷 9 号，2006 年 9 月，頁 94。

示，則在公判庭上的詰問程序中，辯護人因無法閱覽到該證人的供述筆錄，將如何彈劾該證人在公判庭上證言的憑信性，詰問功能將無法發揮，交互詰問制度等於形同虛設，故檢察官以上開方式，拒絕證人供述筆錄的揭示，顯非正確之結論。有日本學者認為，上開第 299 條第 2 項之規定應擴張解釋，將「聲請調查證據書類或證據物」解釋為「有聲請調查可能性之證據文書或證據物」¹²³，惟這樣的解釋，似乎過於擴張文義，並非適當的解決方法。

二、日本刑事訴訟法第 99 條規定：「法院在必要時，得將證物或認為應當沒收之物品扣押，但有特別規定者，不在此限。」「法院得指定應當扣押之物品，命令物品之所有人、持有人或保管人提出該項物品。」

因該條文規定的係「物品」，一般解為僅包含「證物」，不包括供述筆錄之類的證據文書，似無法引為檢察官應為供述筆錄之開示之法律依據。但有學者認為，如確認於偵查階段有供述筆錄存在，則該筆錄存在的形式，應被認為具有「證物」的本質，因此可依本條規定，要求法院為提出供述筆錄之命令¹²⁴，惟日本刑事訴訟法第 99 條之規範目的，與我國刑事訴訟法第 133 條之規定類似，係為了保全證物，而暫時予以占有之強制處分規定，是否可作為法院命檢察官提出證據之依據，即有疑問。

三、日本刑事訴訟法第 300 條規定：「依據第三百二十一條第一項第二款¹²⁵

¹²³ 平野龍一，書類證據物の閱覽，法曹時報，第 11 卷第 6 號，1959 年，頁 14。

¹²⁴ 謝志鴻，註 88 前揭論文，頁 176。

¹²⁵ 日本刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 1 款、第 2 款規定：「被告以外之人所寫成的供述書或紀錄該人供述之書面材料，而由供述人簽名或蓋章之記錄書，以下列情形為限，得作為證據：(1) 關於記錄在法官面前所做供述之書面材料，由於供述人死亡、精神或身體之障礙、所在不明或現在

後段之規定，關於得作為證據之文書，檢察官必須請求調查。」

若依照該條之規定，證人在準備公判或公判期日之證言，若與其偵查中在檢察官面前所作之供述筆錄內容相反或有實質上差異，且認為偵查中的供述筆錄具有可信之特別情況時，檢察官不論其係有利或不利之情形，依法必須請求調查該偵查中之供述筆錄。

惟實務運作上，若該供述筆錄之內容係有利於被告時，檢察官有可能為了維持公訴，而選擇不聲請調查該供述筆錄，蓋本條之規定並無法保障檢察官必定會請求調查該供述筆錄，因該條文並無違反效果之法律規定，造成檢察官若未依規定聲請調查，在起訴狀一本主義原則下，法院可能連確認該供述筆錄是否存在的機會都付之闕如，則聲請調查與否，仍由檢察官自行判斷，等同又回到日本刑事訴訟法第 299 條之規定，即檢察官得藉由不聲請調查該證據而迴避開示，對於證據開示之問題，並無助益¹²⁶。且縱使檢察官不論利或不利於公訴維持，均依該條規定聲請調查該偵查中的供述筆錄，證據開示的範圍，亦僅限於有該第 321 條第 1 款、第 2 款規定證人證言前後供述有不符等情形，則其餘的供述筆錄，辯護人還是無法閱覽，甚至是根本無法知悉其存在，仍無法保障被告的辯護防禦權，並無解決證據開示的問題。

基於上述法律條文規定之侷限性，對於檢察官未為聲請調查之證據，得否強制檢察官開示相關證據供被告或辯護人閱覽之爭議，並無法從舊有的日本刑事訴

國外而不能在公判準備或公判期日供述時，或供述人在公判準備或公判前期日為與以前供述不同之供述時。(2) 關於記錄在檢察官面前所為供述之書面材料，由於供述人死亡、精神或身體之障礙、所在不明或現在國外而不能在公判準備或公判期日供述時，或供述人在公判準備或公判前期日為與以前供述不同之供述時。但以存在著以前之供述比在公判準備或公判期日之供述更可信賴之特別情形時為限。」

¹²⁶ 謝志鴻，註 88 前揭論文，頁 175。

訟法規定中得到解答，在當時立即修法有現實上困難的情形下，僅能藉由實務判例與學說見解的提出，暫時提供解決之道，以下即介紹當時日本實務見解之演進。

第二項 實務見解之演進

日本刑事訴訟法於施行新的證據開示規定前，就證據開示之範圍，僅有該法第 299 條第 1 項所規定，檢察官預定於公判庭上聲請調查之證據，始須提供予辯護人閱覽而已，但當時實務的慣行是，除了被告自白認罪之案件外，檢察官均會請求調查其持有的全部證據，且絕大多數的案件中，檢察官於裁量後，均會同意並滿足被告及其辯護人其他事前閱覽卷證之要求，較少發生被告或其辯護人認為尙有其他證據應予開示，因此法院須介入解決證據開示與否爭議的情形¹²⁷。但近 60 年來，針對公共安全、勞動案件、行受賄案件與違反選罷法等被告否認且爭議較大的案件，檢察官拒絕將手中證據揭示的事例屢屢發生，例如 1952 年發生的大阪枚方公共安全勞動案件（在大阪枚方發生在日的朝鮮青年，反對韓戰而騷擾日本軍需工廠的案件），由於檢察官在起訴後拒絕辯護人閱覽案件相關人於警、偵訊時所作的偵訊筆錄，造成檢察官與辯護人間對立情形甚為嚴重，彼此缺乏互信基礎，甚至出現檢察官一開始就決定以聲請調查證人之方式取代聲請調查偵訊筆錄之方式，使偵訊筆錄無法依刑事訴訟法第 299 條第 1 項規定讓辯護人閱覽，而辯護人則強烈要求閱覽上述偵訊筆錄，若檢方不予開示，即不願依刑事訴訟法第 291 條第 2 項為是否承認犯罪之陳述，亦不願意依刑事訴訟規則第 190 條第 2 項規定，對於檢察官之證據調查聲請陳述意見，造成訴訟程序進行停滯不前，引發不小的爭議；至 1959 年 8 月 10 日，日本最高裁判所又針對「松川事件」

¹²⁷ 石井一正，註 121 前揭文，頁 14。

(即以工會幹部為被告，起訴被告 20 人破壞鐵軌使列車翻覆之案件)，以發現檢察官有故意隱匿足以證明被告不在場之筆記(勞資雙方交涉時記載出席者發言之筆記，因紀錄者姓「諏訪」，俗稱「諏訪筆記」)為由，撤銷原判決發回仙台高等法院，於 1961 年 8 月 8 日仙台高等法院依「諏訪筆記」改判被告等人無罪，並於 1963 年 9 月 12 日經最高法院駁回檢方上訴而確定，由於本案發生了檢察官故意隱匿有利被告證據之情形，且當時實務見解對於證據開示係採取全面否定的看法，導致相關證據開示之爭議因此更為沸騰¹²⁸。終至 1963 年「松川事件」無罪確定的 6 年後，實務見解始一改過去全面否定的看法，轉變為肯定個別性的證據開示。以下即介紹日本實務見解之演進歷程。

第一款 最初見解——全面否定論

第一目 最高裁判所 1959 年 12 月 26 日之決定¹²⁹

1958 年間，大阪地方發生春季鬥爭事件¹³⁰，被告等人違法侵入全遞勞動組織大阪地方本部，該案在朗讀起訴狀(即所謂開頭陳述¹³¹)前，辯護人以無法閱覽檢察官全部持有之證據為由，拒絕進行後續訴訟之抗辯，檢察官則以欲作為證

¹²⁸ 田宮裕，刑事訴訟法(新版)，2004 年 2 月，頁 267。

¹²⁹ 最高裁判所昭和 34 年 12 月 26 日決定，見刑集 13 卷 13 号，頁 3372。另「決定」係日本法律用語，等同我國之「裁定」，附此敘明。

¹³⁰ 日本每年 2 月間舉行之勞工運動，以增加工資、減少工時、改善勞動條件為主要訴求，又稱「春鬥」，見 <http://ja.wikipedia.org/wiki/%E6%98%A5%E9%97%98>。

¹³¹ 日本刑事訴訟法第 291 條規定，於開始公判程序時，應先進行人別訊問、朗讀起訴狀、告知被告法律上權利及讓被告及其辯護人陳述等事項，此即所謂「冒頭程序」或「開頭程序」，而檢察官於開頭程序之朗讀起訴書等陳述，稱為「開頭陳述」。

據而請求調查之證據資料，均已讓辯護人閱覽，而其他證據因無請求調查之意而拒絕揭示，針對上開爭議，同年 10 月 3 日，大阪地方裁判所西尾審判長裁定「檢察官於冒頭程序前，應立刻讓辯護人閱覽本件檢察官持有之全部證據」，即所謂「西尾裁定」，此係日本裁判史上第一個證據開示命令。該裁定理由主要如下：

- (1) 檢察官向辯護人開示檢察官持有該案件的全部證據資料，是為了法院發現實體真實之必要，且檢察官亦負有協助法院發現真實之義務，因此不應拒絕證據開示；而提起公訴後，為了確保刑事訴訟法第 300 條規定檢察官聲請文書證據義務的客觀性，任何時刻均應將該等筆錄讓辯護律師閱覽、檢討或利用。
- (2) 刑事訴訟法第 299 條之規定，亦可解為是對檢察官有協助究明真實義務之規定，因為該條要求檢察官須預先使辯護人知悉，何種證據將於公判庭時請求調查，等於提供不允許檢察官有意料外攻擊證據提出的法理基礎。
- (3) 檢察官亦有協力促進訴訟之義務，不應將證據分散聲請而導致訴訟遲延，反而應接受事前全部開示證據之要求，才符合刑事訴訟規則第 193 條第 1 項「檢察官就案件之審判認為必要時，應請求調查全部之證據」之規定。
- (4) 檢察官與被告係對等的訴訟當事人，因此檢察官手中的證據無須讓辯護人閱覽之主張，僅係滿足「形式當事人對等」，而偵查階段擁有強大調查權的檢察官與未握有強制權的被告、辯護人間，有力量極不均衡之狀態，因此須證據開示來打破此不平等的狀態，始能達到「實質當事人對等」。
- (5) 刑法第 105 條之 2 有威逼證人罪、同法第 104 條有湮滅證據之規定，得

充分處理因事前開示證據所可能發生的脅迫證人及湮滅證據，因此不應以會發生威逼證人等情形為由，拒絕事前的證據開示。

針對上開證據開示命令，檢察官向大阪高等裁判所提出異議遭駁回後，再向最高裁判所提出特別抗告，對此，日本最高裁判所第三小法庭於 1959 年 12 月 26 日裁定撤銷原裁定，全面否定證據開示，其理由認為：

- (1) 刑事訴訟法第 40 條規定，辯護人得閱覽抄錄法院保管中的訴訟文書，但不認為得閱覽不屬於法院所管理之證據，亦即法院均不知該證據存在與否？內容為何？亦不知檢察官於公判時是否請求調查？如何決定該證據是否應開示，因此法院不得命令檢察官於證據調查前預先給辯護人閱覽該證據全部或一部之機會。
- (2) 刑事訴訟法第 299 條第 1 項、刑事訴訟規則第 178 條之 3 規定的，僅是當事人請求調查特定證據文書時的相關程序規定，並非規定不問檢察官是否請求調查，或不問該證據文書是否有證據能力？與案件是否有其關連性，均應將全部的證據文書「無差別地」給予對造閱覽機會之規定，亦非讓法院得以命令檢察官開示證據。
- (3) 檢察官雖具有公益代表人身分，不可怠忽應將對被告有利之證據顯現於法庭的職責，以協助法院發現真實，但原裁定從檢察官的發現真實義務中，似乎找出關於檢察官手中所握證據，應讓辯護人閱覽的根據，惟訴訟程序中，發現真實的方法，應沿著訴訟法規的軌道而為，係無庸置疑的，而在刑事訴訟法規當中，並不存在法院得不問檢察官所持有之證據書類或證據物是否於公判期日聲請調查，即應事先命檢察官讓被告或其辯護人閱覽之法律規定。

第二目 最高裁判所 1960 年 2 月 9 日決定¹³²

本裁定係檢察官對特定證人主詰問終了後，辯護人對該證人進行反對詰問的階段，辯護人請求閱覽檢察官所持有的該證人偵查中的供述筆錄，而向法院提出命檢察官證據開示之聲請，因原法院駁回辯護人之請求，辯護人向最高裁判所提出特別抗告，最高裁判駁回抗告，認為：「檢察官於公判庭上請求調查之義務，僅限於刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 2 款後段之場合，連檢察官都還未決定是否請求調查之證據書類，均無預先讓辯護人閱覽之義務，被告方面亦無閱覽請求權，此亦昭和 34（1959 年）年 12 月 26 日第 3 小法庭裁定之旨趣」。此亦為針對檢察官聲請調查證據以外之證據，全面否定檢察官開示義務之代表性見解。

第三目 小結

觀察以上日本早期的實務見解可知，當時最高裁判所的態度，係完全依循前述日本刑事訴訟法第 299 條第 1 項之條文規範，只有打算在審判期日聲請調查之證據，檢察官始具有開示該證據予被告及其辯護人閱覽、謄寫之義務，而超過此部分的證據開示（即檢察官不欲聲請調查之證據），則認為因法律無明文規範，法院不得命令檢察官為證據之揭示。是日本早期全面否定證據開示的看法，主要係嚴守當時法律規定的內容，認為不適宜做超過文義解釋範圍的擴張，而另一方面，也可以說是尚未充分意識到當事人雙方蒐集證據能力的明顯落差，忽略了當事人平等、被告防禦權及詰問權之保障，對於當事人主義之內容做過於形式化的理解；此外，也有基於檢察官負有客觀義務之觀點，認為檢察官享有是否開示持

¹³² 最高裁判所昭和 35 年 2 月 9 日決定，見刑集 132 號，頁 181。

有證據予被告其辯護人之「獨占裁量權」的意味¹³³。故檢察官雖然在大部分的案件中，均會基於裁量而將持有之證據開示予被告及其辯護人，但此係檢察官的「恩惠性處置」，若檢察官不願意將證據揭示，被告及其辯護人可以說是沒有救濟的途徑。然而，對被告或其辯護人而言，最重要的訴訟防禦策略，是先瞭解檢察官手中持有何證明被告犯罪的證據資料，始能針對檢察官可能的攻擊策略，進行有效的辯護，基於被告防禦辯護權，係憲法保障基本權利之普世價值而論，日本當時實務上此全面否定的見解，應非正確之結論。

第二款 最終見解—個別開示論

上述見解維持長達近 10 年後，於 1969 年 4 月 25 日，日本最高裁判所第 2 小法庭針對檢察官開示持有證據之爭議，一改過去否定刑事訴訟法第 299 條第 1 項規定以外證據開示的見解，出現了從全面否定，到肯定證據「個別開示」的劃時代見解。

第一目 最高裁判所 1969 年 4 月 25 日決定¹³⁴

本案是大阪地方裁判所的妨礙執行公務案件，辯護人從第 1 次公判期日開始就不斷要求開示，包含偵查中目擊證人供述筆錄在內的檢察官所持有之證據，均遭檢察官拒絕，最終於法院促使辯護人提出反證時，辯護人再度強烈要求檢察官應開示目擊證人之偵查中供述筆錄，主張若不開示，檢察官亦不得請求訊問目擊證人等人。大阪地方裁判所最後作出訴訟指揮，命令檢察官立即給

¹³³ 酒卷匡，刑事証拠開示の研究，初版，1988 年 7 月，頁 13。

¹³⁴ 最高裁判所昭和 44 年 4 月 25 日裁定，見刑集第 23 卷第 4 號，頁 248。

予辯護人閱覽各目擊證人之供述筆錄，檢察官不服提起抗告，遭高等裁判所駁回後，向最高裁判所提出特別抗告，仍遭駁回其抗告，認為：

- (1) 考量法院在訴訟上之地位，只要不違背法規之明文及訴訟基本構造，法院具有藉由適當之裁量以公正地行使訴訟指揮，並使訴訟得以合目的地進行之權限與職責。
- (2) 如本案般在進入調查證據階段後，辯護人表示具體之必要性而聲請法院命令檢察官將一定之證據讓辯護人閱覽時，若法院經斟酌案件之性質、審理之狀況、聲請閱覽之證據種類及內容、閱覽之時期、程度與方法，以及其他各種情事，認為此一閱覽對於被告之防禦特別重要，且無因此招致罪證隱滅、脅迫證人之弊害而認為相當時，應解為法院得基於其訴訟指揮權，命令檢察官將其所持有之證據讓辯護人閱覽。

此日本最高裁判所所為具有指導性質之裁判例，選擇以法院基於**訴訟指揮權**，就**個別證據**為證據開示命令之方式，解決證據開示爭議，而非僅以法律無明文規定為由，否定證據開示。分析其內容得以發現，在符合下述 4 個要件之情形下，法院得基於訴訟指揮權，就個別特定證據，命令檢察官為證據開示：(1) 須於證據調查階段，始可提出證據開示之請求；(2) 提出證據開示之請求時，辯護人必須表明證據開示之必要性（個別證據開示之必要性）；(3) 對被告之防禦而言，上述聲請開示證據之閱覽具有特別重要性；(4) 證據之開示，不致於造成罪證湮滅等弊害，且開示之請求被認為是正當¹³⁵。此係日本修正增訂新證據開示規定前，極為重要之實務見解。

¹³⁵ 黃朝義，註 119 前揭文，頁 132。

第二目 最高裁判所 1969 年 4 月 25 日決定

本案係橫濱地方裁判所之妨害業務案件，於檢察官為開頭陳述¹³⁶及聲請調查證據階段時，辯護人要求檢察官開示證人於警察及檢察官面前所作之供述筆錄，法院於「檢察官聲請調查證據之階段」即接受辯護人之聲請，命令檢察官於證人主詰問終了後、反詰問前，應讓辯護人閱覽證人上開供述筆錄，檢察官抗告後，遭高等裁判所駁回，經向最高裁判所提出特別抗告，最高裁判所在本案中同樣以訴訟指揮權出發，旨趣同前開最高裁判所裁定，贊同個別性證據開示的必要性，惟仍以本案欠缺必要條件，而撤銷原命令檢察官為證據開示的裁定，其確立了證據開示的時期，即「辯護人對於檢察官是否調查該證據尚未決定前，不得主張有給閱該證據之權利」，其摘要內容如下¹³⁷：

- (1) 上述命令檢察官證據開示之裁定，係在尚未決定是否准許檢察官聲請傳訊證人前即作成，若法院嗣後不同意檢察官就該證人之證據調查聲請，即無辯護人對該證人行反對詰問之必要，另縱使法院准許檢察官調查證人之聲請並進行主詰問，亦可能出現無須再進行反對詰問之情形。從而上述情形，以爲了進行反對詰問而有閱覽偵訊筆錄之必要性爲前提之要件，即有所欠缺。
- (2) 進行主詰問之後，並非不能預期檢察官會進而聲請法院調查證人的偵訊筆錄，在此情形，於主詰問實施之後，因爲檢察官有進而聲請法院調查偵訊

¹³⁶ 檢察官於開頭程序後、開始調查證據時，應說明根據證據所能證明的事實，以說明案件全貌並明確審理對象，稱爲「開頭陳述」，即日本刑事訴訟法第 296 條規定：「證據調查之開始，檢察官應表明經由證據待證之事實。但不得本於不能作為證據、或無作為證據而聲請調查之意的資料，陳述使法院就該案件可能產生偏見或預斷之虞的事項」。

¹³⁷ 見刑集 23 卷 4 號，頁 279。

筆錄之可能，而使被告、辯護人得以閱覽該偵訊筆錄，在通常之情形，亦不致影響被告之防禦，並符合當事人間之公平。由上述觀點，就並無其他特殊情事存在之本案而言，在法院尚未裁定是否同意檢察官之證人調查聲請前，以反對詰問之需要為由，聲請閱覽本案之各項供述筆錄，即使原法院裁定指定被告閱覽之時期，係在主詰問終了後反對詰問前，仍不足認為對於被告之防禦有何重要性。

- (3) 就閱覽證據有無招來弊害之點，第一審裁定及原裁定均認為，命檢察官將本案各項筆錄交付閱覽之裁定，若將閱覽之時期放在主詰問終了後反對詰問前，脅迫證人、湮滅罪證之危險即屬杞人憂天，但在證人尚未決定是否調查並進行主詰問之階段，判斷有無弊害產生，實屬為時尚早。上述弊害之有無，應該在同意檢察官聲請調查證據並進行主詰問之後的階段，於判斷閱覽之必要性同時，一併加以考慮即可。

第三目 小結

雖然上述肯定個別開示的最高裁判所裁定出現後，並未進而以判例變更之方式宣告前開 1959 年否定證據開示之見解失效，但由於 1969 年個別證據開示裁定的出現，仍使得最初全面否定證據開示的見解，在適用上大受限縮，因此上開個別開示的最高裁判所見解，乃成為日後日本實務界慣行的依據，甚至以開示勸告之方式，更為放寬上開判例就開示時期及範圍所揭櫫之基準¹³⁸。然須注意的是，日本最高裁判所面對全面否定的最初見解，未選擇變更廢棄前裁判例，而是使彼

¹³⁸ 大島隆明，公判前整理手續に関する冊子の作成・配付について，判例タイムズ 1192 号，2006 年 1 月 1 日，頁 6。

此矛盾之前後裁定並存，此意謂最高裁判所仍認為，檢察官對於無意聲請調查之證據，日本刑事訴訟法並未規定檢察官有開示的義務，僅在符合特定要件下，法院得藉由訴訟指揮權，針對個別證據的審查，要求檢察官作成個別的證據開示¹³⁹。換言之，證據開示係基於法院的「訴訟指揮權」，並非「法定」的檢察官「義務」，亦非基於被告及其辯護人的證據開示請求權而來。

檢討上開實務見解，最高裁判所將決定證據開示與否，完全取決於法院的訴訟指揮裁量，實際運用之結果，法院固然可能藉由其裁量達到幾近於全面開示證據之結果，但反之，亦可能達到幾近於全面否定證據開示，可以說當時的證據開示，完全取決於法院，而法院於判斷是否裁定開示，卻往往過度重視從法院角度出發，未充分斟酌被告方面的觀點，例如法院若本於發現真實之高度意欲，打算藉由檢察官的開示證據，「順便地」取得更多協助心證形成之證據，則當然會傾向於容許證據開示¹⁴⁰。換言之，法院是否基於訴訟指揮權，裁定命檢察官開示證據，與法院重視無罪推定原則或被告基本權保障之程度，有密切關係¹⁴¹。因此，被告及其辯護人若有證據開示的需求，僅得促請法院發動訴訟指揮，若法院決定不發動，該訴訟指揮之決定，屬於「判決前關於訴訟程序之裁定」，依照日本刑事訴訟法第 420 條第 1 項¹⁴²規定，被告及其辯護人不得對其聲明不服，因此，被告及其辯護人是無法對於法院不命令檢察官開示證據的訴訟指揮提出抗告，但檢察官是可以對法院之證據開示命令，以違法為由聲明異議的¹⁴³，若法院決定不依

¹³⁹ 酒卷匡，註 133 前掲書，頁 20-22。

¹⁴⁰ 酒卷匡，註 133 前掲書，頁 307。

¹⁴¹ 寺崎嘉博，公判前整理手續の意義と「やむを得ない事由」の解釈，刑事法ジャーナル 2 号，2006 年，頁 2。

¹⁴² 日本刑事訴訟法第 420 條第 1 項規定：「法院於判決前就關於管轄或訴訟程序所為之裁定，除本法規定為即時抗告之情形外，不得對之提起抗告」。

¹⁴³ 日本刑事訴訟法第 309 條第 1 項規定：「檢察官、被告或辯護人，得就關於證據調查聲明異議」

職權發動證據開示命令，由於上述最高法院見解，並不承認被告及其辯護人之證據開示請求權，故被告及其辯護人亦不得對於法院拒絕命令檢察官開示證據之裁定聲明不服，可以說被告並非是證據開示請求權之「權利主體」，其係無權請求法院命令檢察官為開示證據的，如此，將使得被告之防禦權處於一種不穩定之狀態。

第三項 學說見解

第一款 證據開示肯定說

關於肯定證據開示之學說見解，茲分別介紹「從檢察官客觀義務導出」與「從當事人主義所導出」之理論基礎，再說明證據開示肯定說下的「事前全面性證據開示說」與「個別性證據開示說」。

第一目 從檢察官客觀義務導出

刑事訴訟程序，除了自訴外，案件係由檢察官取代被害人擔任追訴者的角色，甚至某些犯罪並無被害人存在，此與民事訴訟顯有不同，故檢察官並非單純被害人之「訴訟代理人」，更應具有實現正義、維護公共利益的意義存在¹⁴⁴；其次，在刑事審判中，被告若因其防禦活動被法院判定為失敗，則需接受刑罰，而可能喪失自由或生命，反之，檢察官起訴案件後，即使證明被告確非犯罪行為人，亦不致被視為檢察官之失敗，故檢察官行使法律所賦予之權限，顯然具有強烈之

¹⁴⁴ 松尾浩也，刑事訴訟法（上），2005年6月30日新版，頁220。

公益性質¹⁴⁵；再者，檢察官乃國家機關之一環，可藉由國家所賦予之強大強制力蒐集所有證據，相對於此，僅係一介私人之被告，蒐集證據之能力顯與檢察官存在明顯落差，故實難將檢察官以單純一造的當事人來看待；且日本檢察廳法第 4 條規定，檢察官實行公訴時，應請求法院正當適用法律，且監督判決之執行，又關於法院權限之其他事項於職務上認為必要時，亦得要求法院通知，並陳述意見，係基於公益代表人之地位，執行依其他法令規定屬於其權限事務，是從上述規定，亦可推導出檢察官為公益之代表人，負有客觀義務的結論。檢察官既然具有上述客觀性義務，檢察官實施公權力而取得之證據，並非「私有」，亦具有強烈的公益性質，故檢察官本應將其所得之證據交予辯護人進行檢閱¹⁴⁶。故從檢察官之客觀義務，推導出證據開示之理論基礎。

第二目 從當事人主義導出

在當事人主義之下，為了切斷法院承繼檢察官偵查結果之情形，徹底實踐訴訟之三方構造，故應採行起訴狀一本主義，已如前述。但因為採行起訴狀一本主義後，除了檢察官決定聲請法院調查而顯露於法院之證據外，其他檢察官偵查所得之證據均無提出予法院之可能，其中當然也包括有利於被告之證據在內，故若不採取證據開示制度，將導致被告無法閱覽，甚至是無從知悉檢察官偵查所得之證據，造成被告防禦手段之脆弱化¹⁴⁷。為了解決證據過度集中在檢察官手上，當事人間武器極不平等的情形，須藉由檢察官的證據開示，讓被告及其辯護人有機

¹⁴⁵ 白取祐司，刑事訴訟法（第五版），2008 年 10 月 10 日，頁 49。

¹⁴⁶ 荒木伸怡，「事前準備・準備手續と証拠開示に関する一考察」，載於田宮裕博士追悼論集下卷，頁 359，2003 年 2 月。

¹⁴⁷ 田口守一，刑事訴訟法（第五版），2009 年 3 月 30 日，頁 251。

會為「防禦」的準備，始符合當事人主義下「當事人對等主義」之精神。

且檢察官的證據開示，可使被告及其辯護人事先知悉公判庭上證人證述之可能內容，避免突襲；當檢察官對證人進行主詰問時，被告及其辯護人亦可藉由閱覽該證人偵查中供述筆錄之內容，進行有效之異議及避免證人受到不當誘導；且檢察官對證人進行主詰問後，若證人於主詰問時之陳述與審判外之陳述不同，且審判中之陳述有利於被告時，檢察官可能進而以該證人偵訊時之筆錄內容，對證人進行彈劾，為了擔保檢察官彈劾詰問之正確性，也為了讓辯護人進行有效的反對詰問，並防止訴訟的中斷，達到集中審理，應要求檢察官在進行詰問程序前，先開示證人之供述筆錄予被告及其辯護人閱覽，確保當事人主義下詰問制度的適正實施¹⁴⁸。因此，在基於實質當事人主義而採取起訴狀一本主義之後，為了彌補起訴狀一本主義造成被告防禦手段不足之缺失，與詰問程序之活化，應採行證據開示，職是，證據開示制度可謂當事人主義的進一步落實。

第三目 事前全面證據開示說及個別性證據開示說

而在肯定證據開示理論的前提下，就證據開示的範圍，尚有事前全面性證據開示說與個別性證據開示說，二者內容分論如下：

一、事前全面性證據開示說

此說認為若採取個別性證據開示，由法官就個別證據進行審查，個案決定是

¹⁴⁸ 酒卷匡，註 133 前揭書，頁 302。

否開示，有回到職權進行模式之疑慮¹⁴⁹，且證據僅作個別性的開示並不充分，應該要求檢察官有義務作事前的全面開示。蓋基於實質當事人對等主義之精神，檢察官不僅是法律專業人才，還擁有國家公器，爲了**當事人間的實質平等**，檢察官應將所有的證據均開示予被告及其辯護人閱覽，以確保被告**聽審權**，促進當事人間**武器平等**，使**人民訴訟權保障**得以實現；雖然證據開示制度起源之美國，其發軔係爲了避免「舉證之突襲」，亦即在短期間內審理終結之陪審制度下，避免一造當事人於結審前突然提出有利於己之證據而翻轉陪審團之印象，故要求當事人於提出證據前，必須先將欲提出之證據開示予對造，在此情勢下，才會偏向於採取各個證據逐一斟酌其必要性及弊害，以決定是否應開示之運作模式；反之，在檢察官習於在起訴前，已蒐集大量證據以決定是否起訴之日本，由於審理時，檢察官已經取得大量證據，而被告及其辯護人則缺乏有利或對抗檢察官起訴事實之證據，爲了提供被告防禦手段，應在**事前**，即進入審理程序前，爲全面性的開示證據，以利被告及其辯護人進行無罪舉證¹⁵⁰。至於所謂「將證據提示辯護人閱覽，恐有串供、偽造、變造證據等」之弊害，實已被過度強調，實際發生的案例則少之又少，且此情形應另外立法防止，且不全面開示證據導致被告遭處罰的風險，更應予以重視，故不能成爲否定全面開示之理由¹⁵¹。

二、個別性證據開示說

認爲在當事人進行原則下，應充實當事人間之攻防能力，且法院既爲審判之主宰者，自應賦予訴訟指揮權，肯定由法院爲個別的證據開示，在檢察官無意請求調查之證據，可由法院就個別情形，命檢察官就個別證據開示，而此種個別分段的方式，可以保障被告防禦利益，又避免直接閱覽全部可能產生之弊害，自然

¹⁴⁹ 黃朝義，註 119 前揭文，頁 131。

¹⁵⁰ 田宮裕，註 128 前揭書，頁 269。

¹⁵¹ 邱忠義，證據開示及目的外使用之禁止，軍法專刊，第 53 卷第 3 期，2007 年 6 月，頁 102。

較為適當¹⁵²。且基於無罪推定原則，請求有罪之證據必須受到徹底地驗證，在經由驗證後，仍無法予以推翻之際，方得認定被告有罪，因此，為達成此種要求，縱然有事前的全面性證據開示必要，惟為了使證據開示得以實現或現實化，在實際的運作上，須以具體的開示命令配合，就個別證據的開示要件具備與否，由性質上客觀中立的法院為個案性的綜合判斷，係較為合宜的方式，換言之，證據開示須依法院之訴訟指揮，採取個別性的開示¹⁵³。

第二款 證據開示否定說

第一目 從當事人進行原則導出

此說亦是從當事人主義出發，認為以當事人進行原則而論，不應承認得以利用他造當事人所蒐集之證據。各當事人只能享受本身的蒐集到證據的成果，對於他造當事人所蒐集到的證據成果，依理無權享用¹⁵⁴。詳言之，其認為在當事人主義之訴訟構造中，就對於自己有利證據之探索，原本就應該由當事人各自為之，不應准許從對造證據中尋找對自己有利證據的方式來蒐集證據，若允許證據開示，會造成被告及辯護人過度仰賴檢察官開示之證據，而怠於自行蒐集證據¹⁵⁵，如此，將違背了當事人主義原本預想的，二造均會竭盡全力，分頭蒐集證據的制度設計。在證據僅賴檢察官一方蒐集的情形下，反而有害於真實的發現。

¹⁵² 邱忠義，註 151 前揭文，頁 103。

¹⁵³ 黃朝義，起訴制度與證據開示原則，收錄於氏著「無罪推定—論刑事訴訟程序之運作」，五南，2001 年 8 月，頁 92。

¹⁵⁴ 黃朝義，註 153 前揭書，頁 92。

¹⁵⁵ 大澤裕，「新たな準備手続」と証拠開示，刑法雜誌 43 卷 3 号，2004 年 3 月，頁 430。

第二目 由證據開示可能產生之弊害導出

此說認為將檢察官持有之證據開示予被告及其辯護人，若遭到惡用，將產生以下弊害：

一、威脅證人與湮滅證據

被告在閱覽檢察官持有的證據後，可能會知悉某些證人先前在偵查中作了不利於被告之證述，亦可能知悉某些不利於被告之證據尚未被扣押、或發現某些可能為不利於被告證述之證人尚未遭傳訊，則被告就有可能對證人進行威脅利誘，要求於審理程序中為有利於被告之供述，或湮滅隱匿某些不利於己之證據，上述弊害，在組織犯罪案件中特別明顯，其結果，將造成法院不易藉由審判程序正確認定事實，亦可能造成證人或案件關係人，因恐懼證據開示後遭受被告方面的騷擾，而不願配合偵查手段之結果¹⁵⁶。

二、侵害案件關係人之隱私權

日本的偵查現狀，係以其精緻化之偵查技巧為傲，日本的檢警係進行廣泛且詳細的之調查，因此在偵查過程中，往往會蒐集到許多與案件事實無關，但與個人隱私有關之資訊，例如官員受賄案件，除了相關行賄過程與細節的犯罪事實，證人亦常會談到案件關係人之婚姻狀況、交往或交友情形等與案件無關之個人隱私內容，若藉由證據開示之方式使被告或其他第三人知悉，即可能侵害該案件關係人的隱私權。

¹⁵⁶ 渡辺修，開示証拠の「目的外使用」，載於氏著「刑事裁判を考える 21世紀刑事司法の展望」，2006年5月31日第1版，頁285。

三、造成審理之延滯

在偵查中，檢察官為證據被告有罪，除了積極證據外，針對被告可能的辯解，往往亦蒐集許多用以彈劾被告未來可能辯解之證據，若將此等「備用」證據亦開示予被告及其辯護人，被告即可事前知悉檢察官所有訴訟策略之「部署情形」，據此重新擬出毫無矛盾之辯解，而被告之辯解可能是毫無止境的，故證據開示恐將造成檢辯雙方負擔之失衡，及審理程序之遲延¹⁵⁷。

第四項 簡評—立法期待論

檢討上開學說，證據開示否定論忽視了檢察官與被告，關於證據之蒐集能力存有明顯程度的落差，首先，因被告並無國家強制調查權，且不易取得案件關係人之協助，又檢察官偵查行動的發動時間必然早於被告，則被告的蒐證行為，本有其侷限性，導致進入審判程序時，證據將過度集中於檢察官手上，且此乃刑事訴訟程序必然的結果，若不謀適度平衡此差距，將嚴重不利於被告防禦權，故反對證據開示者，以「當事人主義之下，被告本來就應該自行蒐集有利於己之證據」為理由拒絕開示，自難謂為適當¹⁵⁸，為了確保當事人主義下之當事人實質平等，應贊同證據開示之必要性；再者，以辯護人利用檢察官持有的證據，將違反當事人主義之論理，顯然將檢察官使用國家公權力所取得的證據，視為檢察官的「私有財」，惟檢察官亦具有公益代表人的身分，若證據的開示，將利於雙方的發現真實，實不宜將證據視為檢察官的私有物而認為被告無權利知悉；至於被告或其辯護人會太依賴檢察官的證據而怠於舉證的想法，則恐屬多慮，因被告若敗訴，

¹⁵⁷ 大澤裕，註 155 前揭文，頁 430，

¹⁵⁸ 酒卷匡，註 133 前揭書，頁 290-291。

係將遭受刑罰制裁之對象，應無舉證不力之可能，且亦得藉由區別證據之類型，對於被告及其辯護人可輕易取得之證據，據以否定證據開示之必要性，而針對具有非替代之證據類型，由於無法期待被告及其辯護人再為蒐集，只要被告及其辯護人能明確地提出主張，應准許證據開示。

最後，雖無可諱言的，即使是主張證據開示者，亦無法否定上述證據開示可能產生弊害的存在，但如果因此全面否定證據開示之必要性，在利益衡量之下，不啻係因噎廢食，故比較正確的作法是，原則上允許全面的證據開示，而在判斷開示證據有造成上開弊害之虞時，視案件之性質及審理之狀況而決定部分證據的不予開示，以平衡追求證據開示之利益及防止弊害，例如，將開示證據之時間延後到主詰問結束後反對詰問之前，或是僅准許向辯護人開示證據，或是法院特別發出禁止將證據作為訴訟外不正利用之命令，甚至在法院認為證據之內容有部分與本案無關連性且涉及第三人之隱私而不宜公諸於世時，亦可將該認為不宜公開之部分剔除後開示，即因應開示證據可能產生弊害的程度，在原則上准許開示之前提下，進行審慎之處置¹⁵⁹。

而日本的實務界，從全面否定轉變為肯定證據的個別開示，顯示出日本逐漸肯認證據開示的必要性，惟日本最高法院 1969 年肯定個別開示之裁定，就證據開示與否之基準仍不夠明確，加上當時證據開示運作之方式是先由檢察官裁量是否開示證據，若檢察官不願開示證據，始由辯護人「促請」法院發動訴訟指揮權命令檢察官開示證據，除了發生證據開示與否之爭議時，有造成審理中斷之虞，對於在實際開示前無法接觸到系爭證據之法院及辯護人而言，亦難排除檢察官故意隱瞞某些有利於被告證據的疑慮，且正由於法院及辯護人無法瞭解檢察官持有卷證之內容，故此種疑慮往往成爲一種「臆測」，即使檢察官不同意開示之證據

¹⁵⁹ 酒卷匡，註 133 前揭書，頁 305。

實際上確非有利於被告，且是與本案較無關連性之證據，但就辯護人而言，爲了維護被告之利益，勢必抱著「懷疑與不信任」的態度，有日本辯護律師即提出這樣的批評，認爲檢察官於審判中提出的證據，皆爲對被告不利的證據，但其他對被告有利的證據，或得突顯矛盾的證據，檢察官皆視而不見，不提出於審判中¹⁶⁰，故辯護人僅得藉由提出各種事後證明無意義的爭執，以使法院擴大證據開示之範圍，並且不願輕易承認已事證明確的犯罪事實，而法院因同樣未接觸到系爭證據之內容，恐怕亦會無法判斷開示系爭證據之必要性而輕易依照辯護人之主張准許開示，而就辯護人無益的證據開示爭點進行審酌，其結果，自然亦造成了審理的遲延，浪費訴訟資源¹⁶¹。

另察，上述日本最高裁判所 1969 年裁定雖然一改過去日本最高法院否定刑事訴訟法第 299 條第 1 項規定以外證據開示的見解，但最後係由法院依訴訟指揮權之發動，命令檢察官開示特定證據，若檢察官不願遵照法院命令而開示證據時，其效果僅係違反法院之訴訟指揮權而已，對訴訟程序及案件本身將產生如何之影響，實屬不明，雖然有認爲法院可以對檢察官發提出命令或扣押，以達到實質開示證據之效果，或於公判期日排除檢察官拒絕開示證據的其他相關連證據亦不得採爲判決基礎，以保障被告之防禦權，或認爲檢察官此舉爲公訴權濫用而逕自爲不受理等形式判決以終結訴訟¹⁶²等主張，但均非法律明文保障之救濟方式，故日本實務當時的作法，對於被告之防禦權保障，實屬不夠完整，並造成被告防禦權的不穩定狀態，更因此有審理延滯、弊害之判斷基準過度抽象、救濟手段不全等弊害，故在日本刑事訴訟法無明文規定解決上開疑慮的情形下，論者多認爲須以立法之方式重新形塑日本證據開示之制度，此即修法前證據開示之「立法期

¹⁶⁰ 王兆鵬，日本刑事審判實務觀察，法學叢刊，第 181 期，2001 年 1 月，頁 35。

¹⁶¹ 酒卷匡，刑事裁判の充実・迅速化——争点整理と証拠開示手続の構築，ジュリスト 1198 号，2001 年 4 月 10 日，頁 149。

¹⁶² 黃朝義，註 119 前揭文，頁 133。

待論」¹⁶³。

第二節 修法緣起

第一項 日本司法改革概說

自 1999 年起，日本開始進行所謂跨世紀、自主的、全面的及合於民主法治的司法改革。其中「跨世紀」，含有迎新送舊的思想，不過最主要的是強調日本的危機意識，亦即，對於既有的司法制度能否繼續因應新世紀的需求所抱持的不安。而「自主」一詞，乃在彰顯與百餘年前明治維新時所發起的司法改革，係肇因於列強外力的對照，顯示此次日本司法改革的特徵之一，是源自於繼受法制在日本蛻變及植根的過程中所遇到困境的自省而自發的改革。「全面」一語，是指司法改革的範疇兼及訴訟制度面，包括民事、刑事、行政訴訟的改革；人力資源面，包括法學教育、司法考試與法曹人員的養成進修制度，以及充分確保國民接觸司法的機會與管道等課題。至所謂「合於民主法治」，則主要說明此次司法改革的過程，乃依循其議會內閣民主體制逐步推動，以實踐司法為民的理念¹⁶⁴。可以說此次改革，係對於日本司法、宗教、經濟及社會等各領域存在的問題，長遠思考日本司法制度應如何因應，以改良法治為基礎，擬透過司法改革，將日本帶領到得以因應二十一世紀衝擊的更完善法治國家。其改革方向係以「呼應國民

¹⁶³ 笠井治，「証拠開示管見—証拠開示の体験に寄せて—」，載於田宮裕博士追悼論集下卷，2003年2月，頁387。

¹⁶⁴ 陳運財，論日本刑事司法制度之改革，東海大學法學研究，第20期，2004年6月，頁115。

期待的司法制度」、「提昇支撐司法制度的法曹的理想狀態」、「確立國民性基礎」作為司法制度改革的三個支柱，其中「呼應國民期待的司法制度」中有關刑事訴訟程序的改革，則包含（1）刑事審判之充實、迅速化，（2）設立對嫌疑人及被告的公設辯護制度，（3）強化檢察審查會的功能等內容，而在上開「刑事審判之充實、迅速化」中，則包含了「證據開示」制度的擴充；此外，前述「確立國民性基礎」部分之改革，主要則係在刑事審判程序中導入了性質上為國民參審之「裁判員制度」¹⁶⁵，本文僅就與證據開示相關部分說明此次司法改革的內容及立法過程，先予敘明。

第二項 改革立法過程

日本此次的司法改革歷程，首先於 1999 年 6 月 9 日制定「司法制度改革審議會設置法」，日本政府依法於同年 7 月 27 日設立了「司法制度改革審議會」（下簡稱司法改革會），由社會賢達、專家學者等各界代表計 13 人，組成司法改革會，負責司法制度改革的規劃及審議，並負責釐清司法在二十一世紀日本社會中應扮演的角色，並針對如何使司法制度更加便利於國民利用、國民參與司法制度、法律家應有的要求及其功能的充實強化，以及其他有關司法制度之改革等事項，進行調查審議，在專家學者發掘問題、廣徵民意、尋求共識，歷時近 2 年的審議，於 2001 年 6 月 12 日，司法改革會正式向內閣提出「司法制度改革審議會意見書」（最終意見書），而國會隨即於同年 11 月 16 日制定通過「司法制度改革推進法」，並依司法制度改革推進法第 8 條規定，於內閣設立跨部會的「司法制度改革推進本部」，基於上開司法改革會最終意見書的意旨，以內閣總理為本部

¹⁶⁵ 陳運財，註 164 前揭文，頁 118、120。

長，分爲 10 個檢討會，分別針對意見書的建議事項，研擬司法改革計畫及所必要的法律案與相關政令等事項¹⁶⁶，終至 2004 年 5 月 28 日，日本國會通過了司法制度改革推進本部提出的 2 部法律案，其一是「與裁判員制度相關的法律」，另一則是「刑事訴訟法部分條文修正案」(平成 16 年法律第 62 號)，而在此修正案中的新「公判前整理程序」規定(即我國的「準備程序」，以下均依日本法律用語稱之)訂於 2005 年 11 月 1 日開始施行，作為公判前整理程序規定一部分的「證據開示制度」，亦於同日開始施行。

第三項 日本刑事司法改革之一環——證據開示

第一款 刑事審判之充實、迅速化

針對前述「刑事審判之充實、迅速化」的改革方向，主要係源自於日本憲法第 37 條第 1 項規定：「於所有刑事案件中，被告有權利受到公平法院迅速且公開的審判」之落實，因此關於「刑事審判之充實、迅速化」中「刑事審判充實」的目標，司法改革會係以由「精密司法」轉變到「核心司法」的方向來進行。所謂「精密司法」，從日本實務運作的情形來說明，首先，日本之偵查是以犯罪嫌疑人的偵訊為重心，偵查中之被告必須忍受檢、警調查的長時間訊問與徹底的搜索，檢察官於綿密偵查後，若認為已具有被告有罪之確信，且係有助於刑事政策之場合為限，始提起公訴，此種檢察官慎重、詳細偵查及篩選起訴的結果，日本刑事審判的有罪率竟高達 99% 以上，至於審理程序，由於先前詳密偵查所作成的陳述筆錄等書證，被大量作為證據使用，而審判庭中此種書證的調查，多僅是

¹⁶⁶ 陳運財，註 164 前揭文，頁 117、119。

告以要旨即結束，實際上，法官是在「審判庭之後」詳細審閱其內容而形成心證，更由於審判並非每日連續開庭，而是每 2 星期或每月 1 次的間隔開庭，因此，法院須製作詳細的審判筆錄，供法院「事後」審閱，以製作包含了詳細認定事實及科刑判斷為內容的判決書，是謂「精密司法」¹⁶⁷。在「精密司法」的運作下，由於檢察官縝密細緻的偵查作為，日本刑事審判可以說是，在檢察官決定起訴的時間點，幾乎就已經可以判斷被告是有罪的，雖然高度的訴追標準及縝密的偵查，可以減少無具體犯罪事實或證據的被告遭無端起訴的危險，但相對的，高達 99 % 以上的有罪判決率，卻也在客觀上導致被告一旦被起訴，就容易放棄自己的訴訟權益，辯護人也較缺乏意願，進入刑事審判程序中為被告辯護，且檢察官起訴之後會固執於被告有罪之證明，同時也使法官在心態上養成有罪判決的習慣，甚至使法院對於下無罪判決，感到不安與懷疑，如此，反而造成錯誤起訴時誤判的危險升高，因此司法改革會在確立縝密且詳實的偵查訴追制度，乃不可改變之架構後，僅得由審判中「公判活化」的目標來改變「精密司法」¹⁶⁸，也就是希望透過當事人積極進行攻擊、防禦活動，來「充實」審判活動，避免前述法院「事後」高度倚賴書證來形成心證，導致審理變成事後詳閱書證及背書偵查成果之情形，使得公判庭審理活力喪失，而產生公判程序「空洞」、「空虛化」之弊病。換言之，因「審判的空洞」，將實質上阻斷了被告或辯護人在審理時的防禦辯護，而違反了日本憲法第 37 條所保障被告應受公平審判之權利，因此，上述司法改革會提出的意見書即提到「如果傳聞法則受到誤用，讓書證之調查成為審判之中心，則公判審理之直接主義、口頭主義將倒退，而造成傳聞法則之形骸化」，「在確實有爭執之案件中，於集中審理之下，針對已經明確之爭點，由當事人進行活潑地主

¹⁶⁷ 井上正仁，「日本暨美國刑事訴訟制度研討會」專題演講暨座談紀錄—日本刑事訴訟法當事人主義之採行及其發展，法學叢刊第 174 期，第 44 卷第 2 期，1999 年 4 月，頁 9、10。

¹⁶⁸ 廖其偉，證據開示制度—日本刑事訴訟法的創設，法令月刊，第 60 卷第 3 期，2009 年 3 月，頁 113、114。

張、舉證，且法官基於此而獲取心證，此為本來公判應有之型態」，故前述法官「書證精讀優先」式的審理，顯然不合於司法改革會認為審理庭應有的型態，法院應以法庭上當事人雙方活潑地主張舉證及防禦為基礎，僅斟酌其當否，始為「當事人主義之訴訟構造」，質言之，就是從過去法院極為精細地認定廣泛的事實，闡明包含犯人之人品、犯罪之背景、周遭情狀等「案件之全貌」的此種「精密司法」，改為針對「案件之核心」進行審理之「核心司法」¹⁶⁹。而為了「審判的充實」與活化審理，勢必有在進行審理前，就相關爭點、證據進行匯集整理，以訂定有效率地審理計畫，始能讓接下來的審理程序有條不紊的進行，並進一步達成司法改革會的另一目標——「審判的迅速化」，而其具體的制度規劃，則反映在「公判前準備程序」與「裁判員制度」之改革。

第二款 公判前整理程序、裁判員制度與證據開示

2001年6月12日由司法改革會向內閣提出的「司法制度改革審議會意見書」（最終意見書）中提到：「從刑事審判之實際情況來看，雖然一般的案件大致上都能迅速地審理，但國民矚目之特別重大案件，第一審之審理就耗費相當長期間的情形，並非僅有，此種刑事審判的遲延乃是國民對於刑事司法整體之信賴受到損傷的原因之一，因此，有必要檢討謀求刑事審判充實、迅速化之對策」、「特別是，因為一部份的刑事案件之訴訟程序將導入新的國民參加制度，上述要求將更為明顯」、「基本的方向是，就確實有爭執之案件，以當事人之充分事前準備為前提，藉由集中審理（連日開庭），在法院適當的訴訟指揮之下，以經過明確化後的爭點為中心，由當事人進行活潑的主張舉證活動，以謀求有效率且有效果的公

¹⁶⁹ 堀江慎司，刑事裁判の充實・迅速化，ジュリスト 1370号，2009年1月，頁124-126。

判審理」、「應該創設以下新的準備程序：(1) 應該在第一次公判期日前，創設進行充分的爭點整理、制定明確的審理計畫、由法院主宰之新的準備程序。(2) 爲了能夠進行充實的爭點整理，有必要擴充『證據開示』，因此，關於證據開示之時期、範圍均應以法令明確之，同時在新的準備程序中，應該整備於必要時，法院得以就應否開示爲裁定之構造」、「檢察官預定聲請調查證據以外之證據是否得向被告、辯護人方面開示，截至目前爲止，雖然是依照最高裁判所判例之基準來進行運用，但該基準之內容及開示之規則未必很明確，關於開示與否迭有糾紛，成爲阻礙順暢審判的原因之一」、「爲了進行充實之爭點整理，證據開示之擴充即有必要，因此，關於證據開示之時期、範圍等之規定藉由法令明確化之同時，在新的準備程序中，爲因應需要，亦應整備法院得以就開示與否進行裁定之構造。在檢討上開制度之具體方案之際，除了應該考慮到與預斷排除法則間的關係外，亦應檢討在準備程序中法院的功能、權限及當事人之權利、義務。且在明確化證據開示之規則之際，有必要盡可能防止證據開示所伴隨之弊害（威脅證人、隱滅罪證之虞，侵害關係人之名譽、隱私之虞）」¹⁷⁰。故爲了爭點整理及訂定明確的審理計畫，必須創設新的準備程序，而爲了充實爭點整理，則必須擴充證據開示範圍，並以法令明確規定開示之時期、範圍，新證據開示制度的訂定，實爲司法改革中不可或缺的環節。

此外，本次司法改革中新增訂「裁判員制度」的立法目的之一，是爲了解決長期以來公判審理上時間的延宕，避免當事人受過長的訟累¹⁷¹，進而達成「**刑事審判迅速化**」之目標，然而，就目前實際的考量，裁判員制度的基礎是國民參與司法審判，藉此反映出國民對於司法案件真正的意志，而能使得司法審理得到國

¹⁷⁰ 引自辻裕教，裁判員法・刑事訴訟法，初版，2005年7月20日，頁92以下。

¹⁷¹ 因裁判員並非職業司法人員，而係從一般國民中，依一定程序隨機選出，被選任出的裁判員，本有自己的工作或家庭，不可能長期投入冗長的審理，故日本裁判員制度施行之際，勢必採連日開庭的方式，以迅速審結，並藉此解決長期訟累之詬病。

民更深刻的信任，但因要求非專業、有自身工作或必須照顧家庭的國民來擔任裁判員，難期裁判員詳閱卷證並對刑事訴訟相關程序有所瞭解，因此，公判前整理程序的強化、爭點的整理，以及證據的開示，變成為裁判員制度成功與否的關鍵¹⁷²。此觀察「司法制度改革推進本部」延攬學者、實務界人士成立「裁判員制度・刑事檢討會」2003年11月11日研討會議中，由檢討會座長提到：「在準備程序中進行爭點整理及證據調查之裁定、擬定審理計畫等，均係決定公判程序時審理證據調查之應有狀態，因為關於證據開示之裁定也與爭點整理間有密切關連，故均應由負責公判運作責任之承審法院法官負責進行」、「顧慮到證據開示所伴隨之弊害的同時，為了爭點整理及被告方面之訴訟準備，認為應為必要且充分之證據開示」¹⁷³，可知，新證據開示制度，亦視為裁判員制度成功的關鍵之一，換言之，在日本司法改革追求「刑事審判迅速化」的同時，是否被告基於訴訟防禦權而能進行的防禦活動會遭到簡化而犧牲？這個問題的解答，或許就在公判整理程序與證據開示制度。是唯有透過事前的證據開示制度，來強化被告方面的防禦準備，始得讓被告的辯護權能，不致在追求「審判迅速化」的同時，遭到弱化及犧牲，證據開示制度的重要性，也就在此層面上得以展現¹⁷⁴。

第四項 當事人主義訴訟構造的再造

或有人質疑日本縝密偵查下的高定罪率與法官事後詳閱書證以形成心證的「精密司法」運作實態，不能說就是代表法院會照單全收檢察官之偵查結果，法官並不是僅在審理庭外詳閱檢察官的起訴資料而予以有罪背書而已，事實上，法

¹⁷² 廖其偉，註 168 前揭文，頁 115、116。

¹⁷³ 引自辻裕教，註 170 前揭書，頁 283 以下。

¹⁷⁴ 廖其偉，註 168 前揭文，頁 116。

官也會本於發現真實，而為與檢察官主張相反之事實認定云云。雖不可否認，法官畢竟是受過專業法律訓練，應該會依法正確地認定事實、適用法律，但即使如此，至少我們可以說，此種過度注重偵查而使審判空洞化的審理型態，確實是偏離了當事人主義所期待——「法院應在公判庭中，以客觀第三人的地位，當場聆聽雙方當事人互相的攻擊防禦，雙方互相提出證據並進行正、反詰問之結果，以形成心證」——此種本來應有的審理方式。對此，前述提到的司法制度改革審議會意見書中亦指出，如果傳聞法則受到誤用，讓書證之調查成為審判之中心，則公判審理之直接主義、口頭主義將倒退，而造成傳聞法則之形骸化；在確實有爭執之案件中，於集中審理之下，針對已經明確之爭點，由當事人進行活潑地主張、舉證，且法官基於此而獲取心證，此為本來公判應有之型態¹⁷⁵。故日本過去「書證精讀優先」的審理，顯然不合於上述意見書所預設公判本來之樣貌，並違反了當事人主義應有的訴訟型態。

而日本之所以會出現此種「書證精讀優先」的審理型態，除了前述的「縝密偵查下高定罪率」，導致案件的重心，過度傾向偵查程序，在起訴等於有罪的氛圍下，使得審理程序「行禮如儀」空洞化之因素外，日本並不採行陪審團制度，而是由法官裁判，並應撰寫出具備事實、理由之判決書，為此，法官即有詳閱卷證之必要，此亦是造成法官事後「書證精讀優先」的因素之一。觀察日本法制進程，正如堀內國宏教授所言：「二次世界大戰之前從德國輸入很多觀念，而在二次世界大戰之後又從美國輸入很多觀念，把這兩者融會貫通結合在一起，而創造出非常獨特的日本制度」¹⁷⁶，有人稱日本的刑事訴訟法為「準當事人主義」，雖然日本基於當事人主義的訴訟構造，採行起訴狀一本主義、當事人主導證據調查與交互詰問等制度，但因為大戰前實施職權主義的歷史經驗，且並未採行英、美

¹⁷⁵ 引自堀江慎司，註 169 前揭文，頁 124。

¹⁷⁶ 王兆鵬，註 160 前揭文，頁 43。

當事人主義下的「陪審團」制度，因此，日本的刑事訴訟制度，爲了使法官得以順利寫出判決書，在制度設計上，是不同於採取「陪審團」制度的英美法國家，因英美國家下有、無罪判斷的是陪審員並非法官，實際上無法要求非法律專業的陪審員詳閱卷證，是陪審員形成心證的依據，完全是來自法庭上當事人雙方事實證據的呈現與辯論，且其有、罪與否「係」無須說明理由，因此法庭的活動是很豐富、活潑，陪審員並無事後大量詳閱書證之情形；而日本在此部分，由於最後法官須撰寫具備理由之判決書，在制度的設計上，反而是較傾向職權主義色彩的，例如法官在當事人訊問完證人後的「補充訊問」，事實上常是詳盡冗長的¹⁷⁷，且因非連日開庭，常需要在法庭外詳閱卷證，以形成心證，可以說，日本的刑事審判，法官太過於注重事後的書證精讀，審理程序中的攻訐防禦並非重點，審理的空洞、形骸化，均不能說是徹底的當事人主義下應有的訴訟型態，故此次的刑事司法改革，希望藉由「核心司法」的創立，讓日本的刑事審判能夠更趨近於當事人主義之訴訟構造，即當事人主義訴訟構造的再造。則本次司法改革中新增訂之證據開示制度，應視爲藉由雙方證據的呈現，以利作成有效的爭點整理與有效率的審理計畫，提昇審理程序的活化，減少書證精讀的情形，並藉由證據開示，充實被告防禦權的準備，使辯護人於審理程序中得進行充分的辯護，減少辯護人在案件審理時，面對檢察官的強力偵查與資訊缺乏（證據都在檢察官手中）的情形下，僅得「不戰而降」的窘境。易言之，即是藉由新的證據開示制度，強化辯護人的防禦權能，縮小檢察官與辯護人實力的落差，進而活化審理程序，而達到日本刑事司法改革所期待的——刑事審判之充實與迅速。

¹⁷⁷ 在美國，法官訊問證人，係因證人證詞模糊或為幫助陪審團瞭解證據的爭執所在，若法官介入訊問範圍過廣，上級法院有可能認爲法律錯誤而發回，故聯邦法官極少訊問證人。

第三節 日本新證據開示規定

第一項 2004 年創設「公判前整理程序」概說

日本於 2004 年修法時引進了新的「公判前整理程序」，規定在第一次公判審理期日前，爲了能充分地進行爭點整理，並建立明確的審理計畫，在制度上創設，由法院來主導的公判前整理程序，於該程序中，檢察官、被告與其辯護人應明確表明預定於公判程序中主張之事項，及聲請調查關於該事項之證據，而法院則應確認案件之爭點，並決定在審理程序中應予調查之證據，及該證據調查之順序及方法，並指定公判期日，策定明確的審理計畫；另「公判前整理程序」並規範了關於公判前整理程序終了後，原則上應禁止當事人爲新的證據調查請求之「失權效」規定，而正由於被告之主張或舉證若不於「公判前整理程序」中提出，將有此失權效力，即新的證據請求，原則上將被禁止，是考量被告多不具備法律專業能力，恐無法適切在「公判前整理程序」中爲證據調查之聲請，對被告權益損害頗具，並期待能迅速、有效率的進行公判前整理程序，因此只要進入該程序，日本刑事訴訟法並規定，被告須強制辯護，並適用國選辯護制度。

而日本「公判前整理程序」的適用範圍，除了適用裁判員參與審判制度之案件¹⁷⁸應全部適用公判前整理程序，尙包括法院認爲有必要進行繼續性、計畫性且迅速而充實之公判審理之案件，經聽取檢察官、被告及辯護人意見後，亦得於第一次公判期日前，以裁定進行公判前整理程序（日本刑事訴訟法 316 條之 2 第 1

¹⁷⁸ 依日本「關於裁判員參加刑事審判之法律」（茲簡稱為「裁判員法」）第 2 條規定，法定刑爲死刑、無期徒刑之案件，或法定刑爲一年以上有期徒刑，且因故意犯罪行爲致被害人死亡之案件（但強盜罪、準強盜罪等除外）者，應適用裁判員參與審判制度；裁判員法第 49 條規定，法院就適用裁判員法之案件，應於第一次公判期日前，進行公判前整理程序。

項參照¹⁷⁹)。而公判前整理程序的主要內容，包括確認訴因、法條及事實上、法律上主張並整理爭點之「爭點整理」事項；確認證據調查請求、舉證意旨、詰問事項、對於證據調查請求表示意見及准駁裁定之「證據整理」事項；有關當事人雙方預定主張證據調查及爭點事項之「證據開示」事項；以及有關審理期日指定、變更及其他審判程序進行必要事項之「審理計畫」事項（同法第 316 之 5）。

另關於「公判前整理程序」證據調查聲請之失權效力（同法第 316 條之 32 第 1 項¹⁸⁰參照），規定除有不得已之事由致不能於公判前整理程序中聲請調查證據者外，不論何人，均不得再為新的證據調查聲請。此係課予聲請證據調查之當事人須說明不能於公判前整理程序中聲請系爭證據理由之義務，且本次的修正，顯然採取較嚴格的制度，來保障公判前整理程序之實效性，以免公判前整理程序之目的無法達成，故不能無限制地允許新的證據調查聲請，從而當事人必須「釋明因不得已之事由致該調查證據之聲請無法為之」（刑事訴訟規則第 217 條之 30），且「該事由終了後，即應儘可能迅速地」提出聲請（刑事訴訟規則第 217 條之 31）始可能獲准再為新的證據調查聲請¹⁸¹，雖然如此，然依同法第 316 條之 32 第 2 項規定，仍允許法院認為必要時，得以職權裁量進行證據調查，如此一來，為了發現真實而確有調查證據必要之證據，將可受到涵蓋，不致遺漏，且在程序上，當事人亦得說明理由，促請法院職權發動證據調查，考此法院的補充調查規範立法意旨應係認為，公判前整理程序是為为了提高爭點整理及增進審理效

¹⁷⁹ 日本刑事訴訟法第 316 條之 2 第 1 項：「法院為持續、有計劃並迅速地進行充實的審理，認為有必要時，得聽取檢察官及被告或辯護人之意見，於第一次審判期日前，以裁定將案件交付公判前整理程序，以作為爭點及證據整理之審判準備」。

¹⁸⁰ 日本刑事訴訟法第 316 條之 32 第 1 項：「就交付公判前準備程序之事件，除有於公判前準備程序中因不得已之事實致無法聲請者外，於公判前準備程序完成後，檢察官及被告或辯護人即不得聲請調查證據」。

¹⁸¹ 寺崎嘉博，註 141 前揭文，頁 3。

率之制度，但絕對不是爲了程序的單純、效率化，而就犧牲了刑事訴訟目的——發現真實之制度。而此「公判前整理程序證據調查之失權效」規定影響證據開示所及，在於避免當事人一方利用證據聲請延遲至審理庭階段，而造成舉證之突襲，使得證據開示之制度目的，得以達成。

第二項 2004 年新證據開示規定之適用對象

依據前述公判前整理程序之規定，適用新證據開示制度的案件，僅限於（1）適用裁判員參與審判制度之案件，以及（2）法院認爲有必要進行繼續性、計畫性且迅速而充實之公判審理時，於經聽取檢察官、被告及辯護人意見後，以裁定進行公判前整理程序之案件。非屬上述 2 種情形之案件，仍然必須回歸日本刑事訴訟法第 299 條第 1 項規定進行證據開示（日本刑事訴訟法第 316 條之 13 第 3 項參照）。

惟須注意的是，除了適用裁判員法審理的案件一定要適用公判前整理程序外，上述（2）由法院視案件必要與否，自行裁定是否進行公判前整理程序之情形，日本實務上，並不認爲當事人具有請求法院進行公判前整理程序之權利，即當事人雖得向法院請求案件應進行公判前整理程序，但此僅是「促使」法院注意有無進行公判前整理程序之必要性，若法院對於當事人之請求，裁定「不進行公判前整理程序」，此爲「判決前關於訴訟程序之裁定」，依照前已提及之日本刑事訴訟法第 420 條第 1 項規定，並非得抗告之對象，相同地，裁定進行公判前整理程序，亦非得抗告之對象，此將造成若法院怠忽或濫用其裁量權，就是否進行公判前整理程序爲不當裁定時，除有特殊情形外，亦難認達於明顯足以影響判決之

程度，而得為上訴第二審之事由（日本刑事訴訟法 379 條¹⁸²參照）。對此有批評認為，案件是否進行公判前整理程序，對於當事人，尤其是被告的權利影響甚大，例如，不適用公判前整理程序之案件，依法就無適用新證據開示制度之餘地，則關於證據開示的問題，必須回到日本刑事訴訟法第 299 條第 1 項規定，則檢察官聲請詰問證人時，僅需告知辯護人證人之姓名、住所即可，若是請求調查證據書類，僅需給予辯護人閱覽之機會即可，並無應給予謄寫之法定義務；相對於此，若進行公判前整理程序，由於是適用新的證據開示制度，則開示範圍大增，檢察官若聲請詰問證人，即需開示該證人先前偵查中的供述筆錄，若請求調查證據書類，則需給予辯護人閱覽加上謄寫之機會」（日本刑事訴訟法第 316 條之 14 參照），兩種情形相比，被告可得享有的證據開示範圍程度差距甚大，對於保障被告防禦權上就產生的不合理的差別待遇，而造成某些案件被告防禦權保障不周之結果，實有欠公平。

上述情形，日本學者認為可循以下 2 種解決之道，其一是，除了法律規定一定要適用公判前整理程序之裁判員參與審判案件外，其他案件在交由法院審酌有無進行公判前整理程序必要性之場合，認為只要被告請求進行公判前整理程序，原則上法院即應認為被告之請求，已符合日本刑事訴訟法第 316 條之 2 第 1 項所謂「有必要進行繼續性、計畫性且迅速而充實之公判審理」之要件，而即應裁定進行公判前整理程序；另一則是，縱使未進行公判前整理程序之案件，亦仿照新的證據開示規定，讓雙方當事人任意地提出主張並進行證據開示，使未進行公判前整理程序之案件，在實際上運作之結果，與依法進行公判前整理程序之案件，

¹⁸² 日本刑事訴訟法第 379 條規定：「除前 2 條之情形外，以訴訟程序違反法令，且其違反明顯影響於判決為理由而提起第二審上訴者，必須於上訴意旨書中，引用足以相信訴訟記錄及原審法院所調查之證據顯現之事實中，有明顯影響於判決之違反法令情形存在之內容。」

在程序利益上的差距縮小，來保障被告的防禦權¹⁸³。

第三項 新證據開示方法

日本的新證據開示制度，雖已對證據開示的範圍大為擴充，惟並未採行全面性的證據開示，而係所謂的「三階段證據開示法」，雖然在立法過程中，一直有應採行「事前全面證據開示論」之呼籲，認為基於保障被告防禦權之需要，檢察官應於公判前整理程序中，開示檢方持有的所有證據，但最後仍未獲採納，其原因，主要係顧忌證據開示所生之弊害所致¹⁸⁴，故仍係採行證據個別衡量利弊的開示體制，區分為（1）檢察官請求調查證據之開示、（2）類型性證據開示，以及（3）爭點關連證據開示的三階段證據開示，以下先就證據開示的三階段個別開示架構作說明，再分述三階段證據開示方法之規範內容。

第一款 概說—三階段個別開示架構

日本新證據開示制度並未採行事前全面開示，主要是考量全面開示將導致前已論及的開示所會帶來的弊害，諸如有威脅證人、湮滅證據之危險、侵害案件關係人的隱私權及造成審理之延滯等，因此乃由「利益衡量」的觀點，採取限制性、階段性的個別開示架構，亦即衡酌證據類型、範圍、案件內容、開示必要及所生

¹⁸³ 後藤昭，註 122 前揭文，頁 93-94。

¹⁸⁴ 大澤裕，註 155 前揭文，頁 430。

弊害等因素，採取所謂「階段性個別開示之制度」¹⁸⁵，分爲：(1) 先由檢察官就聲請法院調查之證據，開示相關的證據（檢察官請求調查證據之開示，日本刑事訴訟法第 316 條之 14），(2) 再由檢察官開示判斷上述聲請調查證據的證明力之相關類型性證據（類型性證據開示，同法第 316 條之 15），(3) 於被告提出具體之事實主張後，再由檢察官開示與被告主張關連之證據（爭點關連證據開示，同法第 316 條之 20）三個階段。「三階段個別開示架構」，主要係爲了配合公判前整理程序之進行方式，以連結雙方當事人之事實主張，以及證據調查聲請的方式，來達到協助爭點整理及訂定審理計畫之效果，其流程大致如下：首先，檢察官必須提出對於犯罪事實之主張及聲請調查之證據（同法第 316 條之 13），然後由檢察官開示與聲請調查證據相關之證據（同法第 316 條之 14），接著針對用以判斷上開檢察官聲請調查證據的證明力，並且係對被告之防禦準備具有必要性及重要性，且開示所生弊害亦較小之證據類型再次要求檢察官進行開示（同法第 316 條之 15）；於檢察官 2 次開示後，被告應說明對於檢察官聲請調查證據之意見，並提出其事實上之主張與證據調查之聲請（同法第 316 條之 16、17），同時亦應將其聲請調查的證據開示予檢察官（被告請求證據之開示，同法第 316 條之 18），然後由檢察官表明對於被告聲請調查證據之意見（同法第 316 條之 19），接著檢察官應將與被告事實上主張相關之證據開示予被告（爭點關連證據開示，同法第 316 條之 20），透過上述三階段之證據開示以及穿插其間之事實主張、證據調查聲請與意見之陳述，使兩造檢討事實上主張之妥當性（同法第 316 條之 21、22），以達到爭點整理，並訂定審理計畫，而完成公判前整理程序。

而在證據開示法制化的過程中，有主張縱使不採全面性的證據開示，亦應命檢察官製作全部證據的一覽表並交付被告，使被告得以據此檢討有無其他對被告

¹⁸⁵ 堀江慎司，註 169 前揭文，頁 130。

防禦具有重要性的證據存在，並請求檢察官開示¹⁸⁶，就此見解，學者有以被告可能藉此窺探到檢察官用以彈劾被告可能辯解或主張之證據，而重新擬出毫無矛盾之辯解，造成檢辯雙方負擔之失衡為由，反對開示所謂「證據一覽表」予被告¹⁸⁷，而立法當時，針對應由檢察官交付證據一覽表的見解，則以如果一覽表沒有任何內容，只臚列證據標目，將不具有任何意義，若於一覽表中詳列證據之內容或要旨，則不啻全面性證據開示，有前述事前全面開示相同之弊病，且要求檢察官製作詳列證據之內容或要旨之一覽表，將造成檢方的負擔過重，亦容易引發檢方製作之一覽表內容是否正確之紛爭為理由¹⁸⁸，最後仍然不採取命檢察官事先交付證據一覽表予被告的方式，惟在同法第 316 條之 27 第 1 項、第 2 項規定，法院於裁定是否進行證據開示，認為有必要時，得命檢察官提示系爭證據或記載法院指定範圍內的證據標目之一覽表予法院，但不容許被告或辯護人閱覽上開提示證據及證據一覽表。

以下均以先條列出日本刑事訴訟法新證據開示規定之條文內容，再進行內容分析說明的方式，逐條說明三階段證據開示之規範。

第二款 第一階段－檢察官請求調查證據之開示

第 316 條之 13（檢察官提示預定證明事實及聲請調查證據）

檢察官就進行公判前整理程序之案件，應向法院提出記載證明預定事實之

¹⁸⁶ 酒卷匡，註 161 前揭文，頁 150。

¹⁸⁷ 大澤裕，註 155 前揭文，頁 431。

¹⁸⁸ 川出敏裕，公判前整理手續，載於「特集・裁判員制度の導入」，ジュリスト第 1268 号，2004 年 6 月，頁 78。

書面，並送交被告或其辯護人。在此情形，上開書面不可基於不得作為證據使用或無意聲請調查之證據而作成，亦不得記載有使法院對案件產生偏見或預斷之虞的事項。

依前項規定聲請調查證據者，不適用第 299 條第 1 項之規定。

法院於聽取檢察官及被告或辯護人之意見後，訂第一項書面提出及送交，以及第二項聲請之期限。

第 316 條之 14（檢察官聲請調查證據之開示）

檢察官依前條第 2 項規定聲請調查之證據，應儘速依下列各款所示證據之區分，依各款所定方式，開示予被告或辯護人。

一、證據書類或證據物

給予閱覽（對於辯護人，閱覽且謄寫）該證據書類或證據物之機會。

二、證人、鑑定人、通譯或翻譯

給予知悉該人姓名及住居所之機會，且若該人之供述錄取書（供述書、錄取供述之書面且有供述者之署名或押印者，或得以紀錄影像或聲音之記錄媒體，而記錄其供述者）中，有足以彰明該人於公判期日之預計供述內容者（若該供述錄取書不存在，或認為給予閱覽不適當時，為記載該人於公判期日之預計供述內容之要旨之書面），應給予閱覽（對於辯護人，閱覽且謄寫）之機會。

由於日本新證據開示制度，係規定在公判前整理程序中，須與爭點整理、證據調查聲請等程序結合，故檢察官必須先提出「預定證明事實記載書」。所謂「預定證明事實」，係指檢察官在公判期日打算證明之事實，應以具體且簡潔之方式分項說明，並標示檢察官用以證明該部分事實的證據整理標目，惟其內容不得本於無證據能力、或無請求調查意思之證據而記載，亦不得記載使法院對特定案件

可能產生偏見或預斷之事項，簡言之，「預定證明事實記載書」可以說是檢察官對於待證事實之說明，並標示出將以何證據證明該待證事實¹⁸⁹之文書，同時也向法院聲請調查「預定證明事實記載書」上所標目出之證據。於檢察官提出「預定證明事項記載書」，表明預定證明之事實，並提出證據的調查聲請後，依同法第 316 條之 14 規定，即應向被告及其辯護人開示預定聲請法院調查的各項證據，若檢察官請求調查之證據為證人、鑑定人、通譯或翻譯者，除了給予被告或其辯護人得知其姓名、住所之機會，亦必須將該證人之警、偵訊筆錄等「記錄證人陳述之文書」（日本法律用語為「供述錄取書」），且其內容須足以預判該證人於公判期日之陳述內容者，始給予被告閱覽之機會，若是辯護人則給予閱覽且謄寫之機會（同法 316 之 14 第 2 款），但在開示上述證據時，檢察官若認為逕自開示紀錄證人陳述之文書本身恐有產生弊害之虞時，亦得僅開示記載其**供述要旨**之書面（同法 316 之 14 第 2 款）而不須開示整份文書，且得限制開示之時間、方法及附加條件（同法 316 之 25 第 1 項）。此一開示為檢察官之義務，不待被告請求，均應予開示。

從本條的規範內容可以看出，日本新證據開示制度，關於檢察官的開示「義務」範圍，仍係採取較保守的作法，雖然檢察官依相關規定有開示聲請調查證據之義務，但在聲請調查證據係證人的情形，關於該證人的警、偵訊筆錄揭示義務的前提是，其內容須與預判證人在公判庭可能之供述內容有關連，且檢察官是可以選擇不開示整份筆錄，而僅開示其要旨的，亦可限制開示的方法、時間及附加條件，本文以為其優點是，在較無爭議的案件中，藉由檢察官第 1 階段的開示，在證據明確的情形下，可能就已經取得被告不爭執案件的結果，被告或其辯護人

¹⁸⁹ 「預定證明事實記載書」上關於證據之記載，僅得記載該證據的編號，例如甲 1、乙 5，習慣上乙是被告自白證據的編號，其餘的證據則以甲來編目，因此在記載書上並不會看到證據的種類及內容。

自然不會再聲請後續第 2 階段的證據開示，在程序上較為經濟，也減少產生證據開示弊害之機會。

第三款 第二階段－類型性證據開示

第 316 條之 15（檢察官聲請證據以外之證據開示）

檢察官對於依前條規定開示之證據以外之證據，若該當於下列各款所列證據類型之一，且被認為係對於判斷檢察官聲請調查之特定證據之證明力具重要性者，於被告或辯護人請求開示時，經斟酌其重要性之程度及為了被告之防禦準備而進行該開示之必要性程度，及開示可能產生之弊害之內容及程度，認為開示為適當時，應儘速依同條第 1 款所定之方法開示之。此種情形，檢察官認為必要時，得指定開示之時期或方法，或得附加條件。

一、證據物

二、第 321 條第 2 項規定之記載法院或法官勘驗結果之書面。（即法院或法官之勘驗筆錄）。

三、第 321 條第 3 項規定之書面或準用之書面。（即檢察官之勘驗筆錄及警察機關之勘查報告）。

四、第 321 條第 4 項規定之書面或準用之書面。（即鑑定書）

五、以下所列之人之供述錄取書

1、檢察官聲請詰問之證人。

2、檢察官聲請調查供述人之供述錄取書，在該供述錄取書未獲同

法第 326 條¹⁹⁰之同意使用時，檢察官預定將該供述人作為證人而聲請詰問者。

六、除前款所列情形外，被告以外之人之供述錄取書，且以關於檢察官欲藉由特定之聲請調查證據，打算證明待證事實有無之供述內容者。

七、被告之供述錄取書。

八、基於關於調查狀況之記錄準則，檢察官、檢察事務官或司法警察官負有義務，而於職務上作成之書面，記錄有關身體受拘束者之調查，其年月日、時間、場所及其他調查狀況者（以與被告有關者為限）。

被告或其辯護人為前項之開示請求時，需表明後列事項。

- 一、足以識別前項各款所列之證據類型及請求開示之系爭證據之事項。
- 二、依照案件之內容、對應於檢察官聲請證據之證明預定事實、請求開示之系爭證據與檢察官聲請特定證據之關係及其他情事，請求開示之系爭證據對於判斷檢察官聲請證據證明力上係屬重要，及其他被告防禦之準備上有必要開示之理由。

檢察官於第一階段為聲請法院調查證據之開示後，為了讓被告能夠表明對於檢察官犯罪事實主張之意見，以及判斷檢察官聲請調查之證據有無證明力，並作為被告方面擬定事實主張之參考，藉此進行爭點之整理，日本新證據開示制度，另針對某些特定類型之證據，要求檢察官於被告及其辯護人提出聲請時，即應開

¹⁹⁰ 日本刑事訴訟法第 326 條：「關於檢察官與被告已同意作為證據之書面資料或供述，於經過考量該書面資料作成時之情況或作出供述時之情況，以認為適當者為限，可不受同法第 321 條至前條規定之限制，而將其作為證據。（第 1 項）」、「於被告不到場亦可進行證據調查之場合，被告未到場時，視為有前項之同意。但代理人或辯護人已經到場者，不在此限。（第 2 項）」。

示該證據，是為「類型性證據開示」¹⁹¹（同法第 316 之 15）。其之所以限定於某些類型性證據，係認為該類型之證據，在判斷檢察官聲請調查證據之證明力上通常具備重要之意義，且若經開示，其產生之弊害通常較小¹⁹²。

類型性證據開示的要件為：（1）類型該當性：須是日本刑事訴訟法第 316 條之 15 第 1 項第 1 至 8 款的 8 種類型性證據，（2）重要性：該特定證據，應被認為係判斷檢察官聲請調查之特定證據之證明力方面，具有重要性者，（3）開示之必要性及相當性（利益權衡）：斟酌該證據之開示，對於被告防禦準備之必要性；並權衡因開示證據所生弊害之內容及程度，而認為開示具有相當性，（4）開示請求：應由被告或辯護人為開示聲請，並應表明同條第 2 項所規定之事由¹⁹³。茲分別說明「類型性證據開示」之要件如下：

第一目 類型該當性——八種類型性證據

日本刑事訴訟法第 316 條之 15 規定，檢察官關於類型性證據開示的證據類型，限於以下 8 種的證據種類：

一、證物。

二、法院或法官之勘驗筆錄。

三、檢察官之勘驗筆錄及警察機關之勘查報告。

四、鑑定書。

¹⁹¹ 岡慎一，証拠開示規定の解釈・運用，自由と正義，57 卷 9 號，2006 年 9 月，頁 73。

¹⁹² 岡慎一，註 191 前掲文，頁 74。

¹⁹³ 岡慎一，註 191 前掲文，頁 72。

五、以下檢察官預定傳喚證人之供述筆錄。

1、檢察官聲請詰問之證人。

2、檢察官聲請調查供述人之供述錄取書，在該供述錄取書未獲同法第 326 條之同意使用時，檢察官預定將該供述人作為證人而聲請詰問者。

六、除前款規定外，記載被告以外之人陳述之文書，且其內容與檢察官聲請調查證據之待證事實有關者。

七、記載被告供述內容之書面。

八、基於關於調查狀況之記錄準則，檢察官、檢察事務官或司法警察官負有義務，而於職務上作成之書面，記錄有關身體受拘束者之調查，其年月日、時間、場所及其他調查狀況者（以與被告有關者為限）。（即記載調查時狀況之書面）。

以上一至四項的類型性證據，即證物、法院或法官之勘驗筆錄、檢察官之勘驗筆錄及警察之勘查報告，以及鑑定書，此 4 種證據，由於是事實認定的重要證據，往往是當事人雙方詰問證人或事實認定上的基礎，且亦最適合用於被告對檢方證人進行反對詰問時，藉以彈劾檢方證人證言之彈劾證據，或成為有利於被告之客觀證據，且該 4 種證據具備非代替性，因此在證明力的評價上，當事人雙方亦較少會有所爭議，可以說是屬於雙方當事人都可以接受且共通之證據，加上檢察官蒐集此等證據的能力，遠優於被告或辯護人，且該類型的證據，其開示所將導致的弊害亦較少，故應給予被告及其辯護人利用之機會¹⁹⁴。

¹⁹⁴ 岡慎一，公判前整理手續の課題と証拠開示規定の趣旨・目的，刑事法ジャーナル 2 号，特

而第五項則係檢察官預定傳喚證人的供述筆錄，因檢察官可能是一開始就決定要傳訊該名證人（即五、1），或是檢察官雖先聲請法院調查該名證人之警、偵訊筆錄，但辯護人以傳聞法則爭執該筆錄之證據能力，致供述筆錄未獲同意使用，檢察官乃改以聲請傳訊該證人之方式聲請調查（即五、2），均係本款的類型性證據。其立法目的，在使被告及其辯護人得以藉由觀察檢方證人先前證述內容，探知其證述內容有無前後不符或矛盾之處，來判斷該證人供述的可信性，故亦具有類型上的重要性，且雖然與同法第 316 條之 14 第 2 款（檢察官聲請調查證據之開示）規定相同，同是關於證人供述筆錄的開示，惟此處的開示，由於屬於同法第 316 條之 14 第 1 款關於證據書類或證據物之開示，因此並無同法第 2 款，對於開示內容做了限定範圍的規定（即以其內容有「足以預判該證人於公判期日之陳述內容」者為限），亦沒有得僅開示筆錄要旨或限制開示方法、時間等限制，故其開示範圍顯較前述檢察官聲請調查證據時之開示範圍更大。但由於並非檢察官聲請傳訊證人之警詢、偵訊筆錄一符合此款規定，檢察官即必須開示予被告及其辯護人，仍須再符合後述 3 種要件後，檢察官始需開示，故可以預見檢察官若不願開示本款類型之證據，將可主張欠缺「重要性」或「相當性」等為拒絕開示之理由¹⁹⁵。

至第六項「記載被告以外之人陳述之文書」，其內容須與檢察官聲請調查之待證事實有關，始為開示的對象，故凡用來判斷待證事實存在與否上，具有意義之直接或間接事實為內容者，均屬「與檢察官聲請調查之待證事實有關」，而且，從該款規定係在「提供被告及其辯護人判斷檢方聲請調查證據之證明力」的立法目的來看，凡內容與檢察官聲請調查之待證事實有所相關連的第三人陳述，均屬之。

集・公判前整理手續と公判手續，2006 年，頁 38。

¹⁹⁵ 川出敏裕，註 188 前揭文，頁 76。

第七項關於記載被告供述內容書面的開示類型證據，對於檢討檢察官聲請調查被告自白犯行筆錄的任意性、信用性，使辯護人得以掌握被告歷來供述之轉變情形，以判斷自白之證明力上有其意義，且通常亦不致發生湮滅罪證之危險，故亦屬類型性證據之一種。

第八項則是關於記載調查時狀況書面之類型性證據開示，即偵查機關依據記錄調查狀況準則，於受拘捕羈押之人犯受訊問時，以書面紀錄訊問之時間、地點及其他調查時之狀況，此種類型性證據之效用，與第七項相同，亦係用以判斷被告於偵訊時供述之任意性及信用性。

第二目 判斷證明力具有重要性者

所謂證據之證明力，係指該證據在判斷特定事實之存否上，所具有的實質價值，又稱為證據價值。而為了判斷檢察官聲請調查證據的證明力，故開示之類型性證據在內容上，必須與檢察官聲請調查的證據間具備一定程度之關連性，如與檢察官聲請調查之證據間完全不具有任何關連性，當然就不具重要性，即非本階段證據開示所得聲請開示之證據¹⁹⁶。可以說，在此階段的證據開示，仍然限制範圍在與檢察官聲請調查證據有所相關聯的範圍內，而非廣泛且漫無關係的開示，其立法體例，主要係避免開示的範圍，將等同於採取全面性的證據開示，而導致有全面開示弊害之產生。

一般而言，檢察官聲請調查的證人所證述之事實與被告聲請開示之證據所記載之事實，如果是相同之事實，固不待言，當然符合此重要性要件，若是相關連

¹⁹⁶ 岡慎一，註 191 前揭文，頁 73。

之事實，應在解釋上亦符合此要件，大阪高裁平成 18 年 6 月 26 日裁定即認為，爲了判斷重要性，當然應考量聲請開示之筆錄記載事項與在公判庭被預測供述之事項間，是否具有關連性，若聲請開示之筆錄中記載之事項與檢察官聲請調查之筆錄中記載之事項間並無關連性時，即不應認為聲請開示之筆錄係判斷檢察官聲請調查筆錄之證明力之重要證據¹⁹⁷。至於是否具備「相關連性」，應該是以被告之角度來觀察，即只要依被告主張，足認聲請開示之證據有助於判斷檢察官聲請調查證據之證明力者，即應予以開示。但須注意的是，並非兩證據間一有關連性，即屬具備「重要性」要件，還是必須在判斷證據之證明力上被認為係重要者，始符合此要件¹⁹⁸。

第三目 開示之必要性及相當性

須斟酌是否是爲了被告防禦準備而進行該證據開示之必要性；並斟酌開示後所可能產生弊害之內容及程度，而認為開示爲適當者，始得開示（相當性），又所謂「可能產生之弊害」，包括威脅證人、湮滅證據、損害關係人之名譽、隱私侵害之虞及內部告發人之保護等，若檢察官主張有發生弊害爲由，而反對依 316 條之 15 規定爲證據開示，則檢察官必須具體說明，如何認定將有弊害發生，及釋明可能產生何弊害之情事。原則上，由於公判前整理程序之目的，除了在於爭點及證據的整理外，尙應重視被告及其辯護人在防禦準備之強化，故只要具有一定的開示必要性或重要性存在，且沒有特別嚴重弊害發生之顧慮，即應開示證

¹⁹⁷ 岡慎一，註 194 前揭文，頁 191。

¹⁹⁸ 岡慎一，註 19 前揭文，頁 75。

據，再針對可能發生之弊害，以限制開示之時間或條件之方式來調整即可¹⁹⁹。

第四目 被告或辯護人為開示聲請

被告及其辯護人依同法第 316 條之 15 規定聲請檢察官開示類型性證據時，必須表明「足以識別請求開示證據之事項」，以及「該證據對於判斷檢察官聲請調查證據證明力之重要性，及被告防禦準備上開示之必要性」之二要件（同法第 316 條之 15 第 2 項）。分析此二要件，其一為，要求被告及其辯護人必須「指明」請求開示之證據，惟此要件，對於並未接觸到檢察官持有的所有證據之被告及辯護人而言，當然有一定程度的困難性，換言之，在日本不採行全面性證據開示的情形下，被告及其辯護人清楚指明請求開示證據之要求，確實有強人所難之虞，因此有學者主張，被告及其辯護人於本階段要求檢察官開示證據時，因尚未設定爭點，而只是希望透過檢察官的證據開示，閱覽檢察官持有證據的內容，而檢討被告的防禦方針，當然應該容許一定程度之概略性，亦即被告及其辯護人只要根據檢察官的待證事實主張，以及聲請調查證據之種類及性質、內容及舉證意旨，即檢察官所提出的「證明預定事實記載書」及聲請調查證據之情形，推測案件之概要及證據構造後，通常情形可以認為有某一證據確實存在，且說明該證據在判斷檢察官聲請調查證據之證明力上具有何種程度之意義即可，例如，被告雖然不知道鑑定肇事原因的鑑定書是否確實存在或是正確名稱為何，但只要表明，聲請開示「關於肇事原因的鑑定書」，即已完成上述指明證據之義務²⁰⁰。

¹⁹⁹ 大島隆明，註 138 前揭文，頁 20。

²⁰⁰ 大島隆明，註 138 前揭文，頁 21。

第四款 第三階段一爭點關連證據開示

第 316 條之 16（被告、辯護人對於檢察官聲請證據之意見表明）

被告或辯護人，受有第 316 條之 13 第 1 項之書面之送交，且受有依第 316 條之 14 及前條第 1 項規定應開示證據之開示時，應就檢察官聲請證據，表明有無第 326 條之同意或對調查之聲請有無異議之意見。

法院於聽取檢察官及被告或辯護人之意見後，得定前項意見應表明之期限。

第 316 條之 17（被告、辯護人之主張明示及聲請調查證據）

被告或辯護人，受有第 316 條之 13 第 1 項之書面之送交，且受有依第 316 條之 14 及第 316 條之 15 第 1 項規定應開示證據之開示之情形，若有預定證明之事實或其他於公判期日預定提出之事實上或法律上主張時，必須對法院及檢察官表明之。此種情形，第 316 條之 13 第 1 項後段（禁止記載有致生偏見或預斷之虞之事項）之規定準用之。

被告或辯護人，有前項預定證明之事實時，應聲請調查所用以證明之證據。此種情形，第 316 條之 13 第 3 項（排除當事人權利）之規定準用之。

法院於聽取檢察官及被告或辯護人之意見後，得定第一項主張及前項請求應表明之期限。

第 316 條之 18（被告、辯護人聲請證據之開示）

被告或其辯護人依前條第 2 項規定聲請調查之證據，應儘速根據下列各款所示證據之區分，依各款所定方式開示於檢察官。

- 一、證據書類或證據物：給予閱覽且謄寫該證據書類或證據物之機會。
- 二、證人、鑑定人、通譯或翻譯：給予知悉該人姓名及住居所之機會，且若該人之供述錄取書等之中，有足以彰明該人於公判期日之預計供述內容者（若該供述錄取書不存在，或認為給予閱覽不適當時，為記載該人於公判期日之預計供述內容之要旨之書面），給予閱覽且謄寫之機會。

第 316 條之 19（檢察官對於被告、辯護人聲請證據之意見表明）

檢察官受有依前條規定應開示證據之開示時，應就被告或辯護人依第 316 條之 17 聲請之證據，表明有無第 326 條之同意或對調查之聲請有無異議之意見。

法院於聽取檢察官及被告或辯護人之意見後，得定前項意見應表明之期限。

第 316 條之 20（與爭點關連之證據之開示）

檢察官對於依第 316 條之 14 及第 316 條之 15 第 1 項之規定開示之證據以外之證據，承認與第 316 條之 17 第 1 項之主張有關連，且被告或辯護人請求開示時，經斟酌其關連性之程度及爲了被告之防禦準備而進行該開示之必要性程度，及開示可能產生之弊害之內容及程度，認為開示爲適當時，應儘速依同條第 1 款所定之方法開示之。此種情形，檢察官認為必要時，得指定開示之時期或方法，或得附加條件。

被告或其辯護人爲前項之開示請求時，需表明後列事項。

- 一、足以識別請求開示之系爭證據之事項。
- 二、第 316 條之 17 第 1 項之主張與請求開示之系爭證據之關連性，及

其他被告防禦之準備上有必要開示之理由。

在為上述 2 階段的證據開示後，檢察官說明事實上主張及聲請調查證據之義務即已告一段落，接下來則由被告及其辯護人，就檢察官開示的證據進行檢討後，表明對於檢察官聲請調查證據之意見或異議（同法第 316 條之 16 第 1 項），且為了使公判前整理程序更有效率，法院於聽取檢察官及被告或辯護人之意見後，得定被告及其辯護人表達上開意見之期限（同條第 2 項），但法院酌定上述期限時，應斟酌案件之複雜程度及檢察官聲請調查證據之質量，裁定適當期限。於被告或辯護人表明對於檢察官聲請調查證據之意見後，接下來即由被告或辯護人，向法院及檢察官提出事實及法律上主張，以及相關的聲請調查證據（同法第 316 條之 17 第 1、2 項）。又關於被告方面聲請調查之證據，被告及其辯護人並應依照前述「檢察官聲請調查證據開示」相同之模式，開示相關證據予檢察官（同法第 316 條之 18），此處之證據開示為被告的義務，不待檢察官請求，均當然應予開示，且於被告方面的證據開示後，檢察官亦應表明對於被告聲請調查證據之意見或異議（同法第 316 條之 19 第 1 項）。而檢察官與被告方面證據開示的相異處在於，被告方面並無類型性證據及爭點關連證據的開示義務，其原因，係著眼於被告及其辯護人的證據蒐集能力遠較檢察官薄弱，其可資開示的證據並不充足，況且檢察官本負有舉證責任，對於事實上主張及證據之提供，不管是事實存否或證據的證明力，本來就是訴訟程序中，主要的爭執判斷對象，因此檢察官負有較多的證據提供及證據開示的義務。

在當事人雙方均分別提出事實上主張、聲請調查證據，並開示證據後，被告藉由閱覽檢察官開示之證據並提出辯方對於事實之主張後，法院及當事人均已對於案件的爭點有一定程度之掌握，但為了更進一步地協助被告進行

防禦準備，同時藉由再度為爭點關連證據開示之結果，讓被告得以檢討並追加或變更原本預定證明之事實，事前消除無用爭點，讓爭點集中²⁰¹，故立法者更規定，當被告及其辯護人提出為了防禦準備上必要之理由，請求開示與其事實主張相關連之證據時，檢察官斟酌被告防禦準備上必要性之程度及因開示所生弊害之內容與程度，認為相當時，即應開示該證據，是為第 3 階段之證據開示，即「爭點關連證據開示」（同法第 316 之 20）。「爭點關連證據開示」之要件有三：（1）關連性：被告方面依刑事訴訟法第 316 條之 17 第 1 項規定明確說明其事實主張後，與該主張有關連的證據，始能請求開示，（2）相當性：考慮「關連性之程度及其他被告為了進行防禦準備而開示該證據之必要性程度」及「開示該證據可能產生之弊害之內容及其程度」後，認為應予開示者，（3）被告方面表明足以識別請求開示證據的事項，且表明請求開示之證據與其事實上主張的關連性，並說明被告有必要為了進行防禦準備而開示該證據之理由。

「爭點關連證據開示」的目的在於，在被告提出其事實上主張後，再由檢察官為與被告主張事實相關的爭點關連證據開示，讓被告再度檢討其事實主張，而與前述被告提出事實主張「之前」所為的類型性證據開示相同，此證據的開示將有助於公判前準備程序的爭點整理；另一功能，則在協助被告進行防禦準備，雖然多數防禦所需證據，可能在前 2 階段證據開示即已揭示，但此處毋寧應視為是一種補漏條款，讓其他對於被告防禦準備亦形重要的證據，藉此成為開示的對象²⁰²。

須注意的是，由於前述第 2 階段之證據開示即有「判斷檢察官聲請調查

²⁰¹ 川出敏裕，註 188 前揭文，頁 78。

²⁰² 岡慎一，註 191 前揭文，頁 79。

證據之證明力之重要證據」得予開示之規定存在，如果只是單純否認檢察官主張事實，藉此請求檢察官開示證據，通常情形，於前述第 2 階段即已開示完成，恐無法藉此在第 3 階段再獲開示。故被告如果想要藉由爭點關連證據開示之規定擴大開示之範圍，實不宜單純為「否認之主張」，而是應該為積極地否認事實，並同時提出自己的事實主張，或是提出犯罪阻卻事由等積極抗辯事由，始有爭點關連證據開示之可能²⁰³。

經由上述 3 階段的證據開示，案件的爭點整理應已明確，若仍有不足之處，當事人雙方均得提出新的事實主張，以及新的聲請調查證據（同法第 316 條之 21、第 316 條之 22），此時上述證據開示與證據整理之程序即必須重複為之。當然，為了加速公判前整理程序之進行，法院亦得聽取檢察官及被告或辯護人之意見後，要求有意提出新事實主張或新證據調查聲請之人，於指定期限內提出上開主張及聲請（同法第 316 條之 21 第 3 項、第 316 條之 22 第 3 項）。而公判前整理程序，即是藉由不斷令當事人雙方提出事實上主張與證據調查聲請，並配合進行必要之證據開示後，浮出本案的爭點，之後，法院即應整理出爭點，並於聽取當事人雙方意見後，決定公判程序中證據調查之範圍及順序，且要求兩造確認爭點與證據整理之結果（同法第 316 條之 24），最後，由法院決定公判期日（第 316 條之 5 第 11 款），公判前整理程序之工作，即已宣告完成。

²⁰³ 岡慎一，註 191 前揭文，頁 81。

第四項 開示證據不當使用之防免

證據開示由於可能發生威脅證人、湮滅證據等弊害，即使於判斷應否開示證據時，並無具體之弊害存在，或認為雖有產生弊害之虞，而限制開示時間、內容之方式已足以達成防弊效果而予以開示，但仍難保證證據經開示後，該證據沒有遭人惡用之危險，故實有必要對經開示的證據恐遭惡用之情形，進行一定程度之防範。因此在法律規定部分：首先（1）日本刑事訴訟法第 281 條之 3 明文規定，辯護人為準備被告的案件而複製檢察官給予閱覽或抄寫的證據，應負有適正管理證據之義務，不得隨意委託他人保管。（2）同法第 281 條之 4 則明訂，被告或其辯護人或相關人，為案件之審理準備而複製檢察官所給予閱覽或抄寫之證據，不得基於開示目的或其訴訟準備使用以外之目的，而將之交付、提示予他人，或藉由電訊設備通訊、傳真、網路提供予他人，並於同法第 281 條之 5 規定，若有違反，將處一年以下有期徒刑或五十萬日圓以下之罰金。（3）同法第 316 之 23、第 299 條之 2 條規定，檢察官開示證據時，得以被告或辯護人為對象，要求其採取不得威脅證人安全之措施，以防止對於證人身體及財產有加害之行爲，（4）若對於證人進行非必要且詳細、執拗之詰問時，法院得限制之，檢察官或辯護人不遵從法院上述命令時，得通知該檢察官之監督者，或所屬律師公會，要求為適當之處置，同法第 295 第 3 項、第 4 項訂有明文規範²⁰⁴。

另有學者主張，爲了避免證據開示後發生威脅證人、湮滅證據之危險，檢察官可以依刑事訴訟法第 227 條第 1 項規定，於第一次公判期日前，以擔心先前於警詢、偵訊時為任意性陳述之證人，到了公判期日將翻異前詞為由，請求法院對於證詞為證明犯罪不可欠缺之重要證人，先進行該證人之詢問，以保全證據；或於偵查階段，對於重要證人為訊問調查時，進行錄音、錄影以保全證據，防範罪

²⁰⁴ 石井一正，註 121 前揭文，頁 18。

證有遭湮滅之虞²⁰⁵。

第五項 證據開示之裁定

法院就證據開示爭議所為之裁定，有以下 4 種裁定：(1) 依開示義務人之聲請，指定證據開示方法的裁定（日本刑事訴訟法第 316 條之 25 第 1 項），(2) 於檢察官或被告就應開示證據而不予開示時，依他造之請求，命拒絕開示之一方開示特定證據之裁定（即開示命令，同法第 316 條之 26 第 1 項），(3) 法院為了為上開 2 種裁定而認為必要時，得命可能之開示義務人提示特定證據予法院的裁定（同法第 316 條之 27 第 1 項），(4) 因被告方面聲請法院下開示命令，法院判斷是否應為此裁定，而認為必要時，得命檢察官提示指定範圍之證據標目一覽表之裁定（同法第 316 條之 27 第 2 項）²⁰⁶。

由於日本在增訂新證據開示制度前，證據開示係法院依訴訟指揮權為之，被告並無請求的權利，即使法院未依職權發動，亦僅係法院的單純不作為，不得對之聲明異議，但增訂新證據開示規範後則認為，雙方當事人均有證據開示之請求權，法院必須對此一請求有所回應，若當事人對於法院所為之證據開示裁定不服時，當事人得對該裁定提起抗告。而 2005 年施行的新證據開示制度，針對法院就證據開示爭議所為裁定，採取的是「即時抗告」之制度，於同法第 316 條之 25 第 3 項、316 條之 26 第 3 項、第 326 條之 27 第 3 項明文規範，當事人若不服法院上述有關證據開示之裁定者，得於 3 日內提起抗告，提起抗告之猶豫期間及

²⁰⁵ 吉丸真，裁判員制度の下における公判手続の在り方に関する若干の問題，判例時報 1807 号，2003 年 3 月 11 日，頁 4。

²⁰⁶ 石井一正，註 121 前掲文，頁 18。

提起抗告後上級審法院裁定前，上述證據開示之裁定均停止執行（同法第 422 條、第 425 條參照）。惟有提出質疑，若採取即時抗告制，將產生公判前整理程序受到中斷之問題，對此，立法者認為證據開示制度，係公判前整理程序之一環，為進行爭點整理及擬定審理計畫不可或缺之部分，故關於證據開示之爭議，必須在此一階段獲得解決，才有完成整個公判前整理程序，並做好進入審理程序準備之可能，故不宜將證據開示的爭議，延宕至審理程序中，否則有違審理之集中、迅速原則²⁰⁷，且正因為法律已經明文規定證據開示係當事人的權利，若被告聲請檢察官開示證據，檢察官拒絕，法院裁定命檢察官開示證據後，檢察官提出抗告但遭駁回者，如果檢察官仍然拒絕開示證據，即屬日本刑事訴訟法第 379 條之訴訟程序違背法令，得據為上訴第二審的理由²⁰⁸。

第四節 日本新證據開示制度實施現況與爭議

第一項 實施現況

在 2009 年，即新的證據開示制度施行滿 3 年後，針對大阪刑事實務研究會會員中 16 名地方法院庭長所做之問卷調查顯示，凡重大複雜案件（例如貪瀆、經濟犯罪案件），且被告未認罪者，多會裁定進行公判前整理程序，但案件複雜程度普通之被告否認案件，在是否適用公判前整理程序上即有差異性，但大致來

²⁰⁷ 川出敏裕，註 188 前揭文，頁 79。

²⁰⁸ 鯉越溢弘，裁判員制度と公判前整理手続—争点整理・証拠開示を中心として—，特集—裁判員制度の総合的研究，法律時報 77 卷 4 号，2005 年 4 月，頁 38。

說，凡爭點複雜、需調查之證據較多者，即會進行公判前整理程序及新的證據開示制度，至於爭點相對單純，且僅需調查 1 名證人之案件，因節省審理期間之考量，則多未進行公判前整理程序²⁰⁹。而且，上述法院是否裁定進行公判前整理程序之情形，實務上認為係「判決前關於訴訟程序之裁定」（日本刑事訴訟法第 420 條第 1 項），並非得抗告之對象，且就算法院就是否進行公判前整理程序為不當之裁定，除有特殊情形外，亦難認達於「明顯足以影響判決」（日本刑事訴訟法 379 條）之程度，自不得成為上訴第二審之事由。

對此有批評認為，案件是否進行公判前整理程序，對於當事人之權利義務影響甚大，如不進行公判前整理程序之案件，因無須適用新的證據開示制度，對於被告之防禦權保障程度不足，則性質上確有保障被告防禦權之必要且應進行公判前整理程序之案件，僅因法院不受拘束之裁定，即可能需適用前述對於被告防禦權保障不足之舊證據開示制度，實難謂為公平。

而被告之防禦權保障，屬被告重要的憲法上權利，為正當法律程序所要求的聽證程序，亦是影響被告訴訟利益重大的核心問題，實不宜因為案件之複雜與否而有所歧異，故日本 2004 年修正刑事訴訟法，將證據開示制度置放於公判前整理程序中，再規定並非所有的案件均適用公判前整理程序，法院得視案件複雜與否，決定是否進行公判前整理程序，造成新證據開示制度適用與否，將因案件類型而有歧異，且未提供當事人聲明不服的管道，允非妥當。當然，若所有的案件一體適用公判前整理程序，亦有違訴訟經濟，針對某些案情單純，或進行簡式程序的案件，確實沒有進入公判前整理程序之必要，因此，本文認為，法院在斟酌是否進入公判前準備程序時，案件的單純、複雜與否，或是聲請調查證據的數量

²⁰⁹ 長井秀典，公判前整理手続の運用の現状と課題，判例タイムズ 1294 号，2009 年 6 月 15 日，頁 57。

多寡等因素，應均非法院考量的重點，在適用通常審理程序的案件，僅有在被告認罪的前提下，法院始得再斟酌情形，為不適用公判前整理程序的裁定，若被告未認罪，法院不宜僅因案情單純、須調查的證據單一等因素，裁定本案不進入公判前整理程序；且若被告或其辯護人要求進入公判前整理程序，法院即應認為已符合法律所規定的必要性要件，而裁定進入公判前整理程序，以擴大公判前準備程序與證據開示的適用範圍。

第二項 運用上之爭議與解決方案

新修正的日本證據開示制度，自 2006 年 11 月 1 日正式開始施行，茲整理相關實務上的運用爭議及學界所提出認為應再加以克服的問題點，進行說明：

第一款 傳聞證據是否為開示對象

在檢察官打算以目擊證人之供述筆錄，證明被告確實案發時出現在犯罪現場之場合，若另有警察的「職務報告」指出，警察在現場為事後訪查時，聽聞附近居民陳述：「在案發時確實有看到可疑人士，但該人並非被告」，則該「職務報告」，由於係警察的偵查報告，並非直接目擊的附近居民之供述筆錄，雖與檢察官待證事實有關，惟該偵查報告因屬於「傳聞證據」之性質，是否係「與檢察官欲直接證明之事實有關之供述」，而得成為類型性證據開示之對象？

對此爭議，首先，由於該職務報告中，並無該附近居民之署名或押印，僅有警察的署名、押印，依同法第 316 條之 14 對於「供述錄取書」之規定，該報告應定義為警察的偵查報告，而其內容，由於並非警察的親身見聞，故屬於傳聞證據，且由於缺乏該附近居民的署名、押印，該傳聞證據本身之信用性，大大降低，

因此日本的實務見解多採否定說²¹⁰，但另有學者提出肯定說，認為「與待證事實有關」，並不以供述者「直接經驗事實之發生」為要件，故該警察的偵查報告，仍屬「與待證事實有關之陳述」；且該偵查報告之揭示，得使被告方面即可知悉有該附近居民的存在，提供被告詰問檢察官目擊證人證述內容有可能矛盾或不實的有力方向，這在判斷檢方目擊證人證述的證明力方面是很重要的，固然，此一偵查報告若作為證據來使用，會有傳聞證據之問題，但在開示證據以判斷檢察官聲請調查證據之證明力之場合，即使是傳聞，亦不得逕自作為否定開示重要性之理由²¹¹。針對此點，本文以為係肯定說較為可採，蓋證據開示的目的，在於充實被告防禦準備及協助爭點整理，及完成公判前之整理程序，若傳聞證據的內容，可以提供檢辯雙方檢討事實主張及爭點整理之方向，即屬應開示的對象，至於該傳聞證據，得否成為判決的基礎而採為證據，則係另一個層次的問題。

第二款 檢察官持有證據之範圍

由於日本現行法規並沒有針對，所謂檢察官持有之證據範圍，做出明確界定，究竟應以警方已送交檢察官之證據為限，或也要包含警方尚未移送檢察官之證據，或更甚者，現未由警方持有而係第三人持有保管之證據，是否都包含在檢察官開示證據的範圍內？在新證據開示制度施行後，為了防止檢察官規避相關證據的開示，而將該證據交由警察保管，或是針對某重要證據，實際上係警方尚未將該證據送交檢察官，而非不存在，檢察官在證據開示的程序中，卻逕以「未持有」該證據，而拒絕開示；復考量到被告或其辯護人並無資訊得以判斷究竟係上

²¹⁰ 大阪高決平成 18 年 10 月 6 日，判例時報 1945 号，頁 166；東京高決平成 18 年 10 月 16 日，判例時報 1945 号，頁 166。

²¹¹ 岡慎一，註 191 前揭文，頁 76。

述何種情形，容易產生證據開示範圍之爭執而延滯訴訟，因此，應將檢察官持有證據的範圍加以明確界定，包含「警察現在保管中之證據」²¹²與「檢、警現在扣押而交由第三人保管中之證據」。

第三款 採行「證據一覽表」之爭議

依據日本刑事訴訟法第 316 條之 27 之規定，法院得要求檢察官製作並交付詳列檢方持有全部證據內容或要旨之一覽表，除了法院外，被告或其辯護人無權閱覽或謄寫該證據一覽表。如此之規範，將使得被告方面擔心檢察官持有之證據，尚存在有利於被告之重要證據而未獲開示，致不願配合進行爭點整理，或因被告無法掌握證據之全貌，致無法具體指出相關證據開示之要件，而無法為適切的開示請求²¹³。考當初立法時未採取「出示證據一覽表予被告」之體例，主要係認為若開示證據一覽表予被告方面，將等同於採取事前全面開示體例，而可能產生開示之弊害。惟有學者指出，若因可能發生弊害，就否定證據一覽表，將妨害被告的證據開示權利，正本清源之道，應要在制度上，設計防止弊害發生之機制，如果只因為可能發生弊害，就不開示證據一覽表，到頭來檢辯雙方還是會為了證據開示的問題僵持不下，反而無法達成審理充實與迅速化之目標，而防弊之機制例如，若擔心情報提供者資料遭洩漏，只要將此類證據不開示之理由在證據一覽表上加以明確說明，並將該證據排除表列其上，即存在將證據一覽表開示予被告之空間²¹⁴。故基於訴訟資訊之公開與被告證據開示權利之確保，本文認為命檢察官事先製作並交付被告記載檢方持有全部證據標目之一覽表，確有其必要性。

²¹² 廖其偉，註 168 前揭文，頁 124、125。

²¹³ 鯉越溢弘，註 208 前揭文，頁 38。

²¹⁴ 廖其偉，註 168 前揭文，頁 125。

第四款 立法目的之爭議

從日本司法制度改革審議會意見書中可以看到以下意見，認為「爲了進行充實之爭點整理，證據開示之擴充即有必要」，似乎單純將證據開示視爲協助兩造於公判前整理程序中，進行爭點整理的工具，採取同樣看法的，例如實務界人士亦認爲，新的證據開示規定相當程度地擴充檢察官方面持有證據之開示範圍，其立法目的係爲了在公判前之階段即進行爭點整理以樹立將來之審理計畫，故若無上開目的，即無單純擴充證據開示範圍之餘地²¹⁵。惟從日本新增訂之證據開示制度具體規定來看，此一證據開示制度，並非如前述司法制度改革審議會意見書所言，只是單純協助爭點整理之工具，例如日本刑事訴訟法第 316 條之 15「類型證據開示」及同法第 316 條之 20「主張關連證據開示」之規定，立法者雖認爲上述規定係讓被告及其辯護人藉由證據開示檢討斟酌先前主張，以擬定適切的防禦方針，進而有助於爭點整理，但細繹上述 2 條規定的內容，均提及檢察官在決定開示證據予被告與否時，應斟酌「被告之防禦準備」，亦即在開示上開證據以利進行爭點整理之同時，亦有事先給予被告充分防禦準備，以進入公判程序，從而實現充實的審理之用意存在²¹⁶。是故不宜將「充實爭點整理」作爲新證據開示制度的唯一旨趣與目的，忽略了證據開示的另一更重要的功能，即充實被告防禦準備權，而造成被告權利保障欠缺的遺憾，此亦是我國將來修法時不可忽略之點。

²¹⁵ 大島隆明，註 138 前揭文，頁 18。

²¹⁶ 井上正仁「刑事裁判の充實・迅速に向けて——刑事司法制度改革の趣旨とその経緯」演講，司法研修所論集 2004-II（第 113 号），2005 年 3 月，頁 126-127。

第三項 理論上爭議

第一款 是否違反預斷排除法則

由於日本刑事訴訟法第 316 條之 27 第 1、2 項規定，法院認為必要時，得命檢察官提示系爭證據、或記載法院指定範圍之證據標目一覽表，從而法院得於審判期日前，預先接觸到證據的內容，因此在學界引發可能違反預斷排除法則之爭議。然而，爲了要使法院有足夠資料得以判斷證據應否開示之雙方爭議，勢必要讓法院在正式審判期日證據調查程序前接觸系爭證據，此乃不得已之手段²¹⁷，但有學者即指出，若直接認為法院「接觸」證據，即違反預斷排除法則，則尚屬速斷，蓋所謂預斷排除法則，是禁止法院受到檢察官單方面的「片面性」說服，進而產生不利被告之心證，換言之，係禁止顯現出受到片面性說服之外觀，亦即應維持「公平法院」之中立地位，以此觀之，在公判前整理程序中，關於證據的爭議，係當事人雙方均參與的程序，並非法院閉門造車下，有受到檢察官單方性說服之虞，而違反預斷排除原則的情形，況兩造當事人依前開條文而提出於法院之證據，係爲了解決證據開示爭議，法院在「接觸」該證據時，是以解決開示爭議之立場來閱覽，並未存有藉此形成心證之目的存在²¹⁸，則法院「接觸」該證據之深度，實與藉以認事用法，存有一定的差異。職是之故，以法院於公判前整理程序中接觸當事人的事實上主張及證據資料，逕認將違反預斷排除法則，自非可採。

當然，在日本新證據開示未採取事前全面性開示的體例下，當發生「個別」證據是否應開示之爭議時，係委由法院爲判斷，法院當然必須接觸系爭證據，則某些特殊情形下，例如，系爭證據之證明力強大，足以讓接觸該證據的法院產生

²¹⁷ 田宮裕，註 128 前揭書，頁 313。

²¹⁸ 大澤裕，註 155 前揭文，頁 434。

心證者，仍恐引發法院有預斷危險之質疑，但由於證據開示係當事人主義的實現，而藉由起訴狀一本主義與證據開示的採行，將達成公判中心主義、活化詰問程序與無罪推定原則，及建立公平法院之實質，換言之，由於預斷排除原則，本非當事人主義的最主要目的，維持公平法院的外觀，並促進當事人間的實質平等，才是更重要的功能，已如前述，以此觀察，在採行個別開示的公判前整理程序中，法院接觸當事人之事實上主張及證據內容以解決開示爭議，係維持當事人間實質平等精神之證據開示制度所必要的程序，則在利益權衡下，應容許法院在公判前整理程序中，例外接觸此類之證據。

第二款 有無違背被告緘默權保障

爲了在公判前整理程序中，達成充分的爭點整理，以資訂定審理計畫，日本刑事訴訟法要求當事人雙方須在公判前整理程序中表明其事實上主張。對此，檢察官本負有舉證義務，須表明其主張被告犯罪之事實，固不待言，但被告享有「緘默權」（日本國憲法第 38 條第 1 項、日本刑事訴訟法第 311 條第 1 項參照²¹⁹）之保障，是否亦應表明其事實上主張，即有疑問？因被告於表明其事實上主張時，可能會涉及不利於己之事實，例如，殺人案件，被告雖否認有殺人行爲，但承認當時確實有與被害人發生口角，若被告係自願性表明其事實上主張，可視爲被告放棄緘默權，但若以法律規定，使本欲行使緘默權而不願表明其事實上主張之被告亦負有表明事實上主張之義務時，則可能有侵犯被告之不自證己罪特權或緘默權之虞。而日本公判前整理程序中明訂，被告應表明其事實上與法律上主張（刑

²¹⁹ 日本國憲法第 38 條第 1 項：「何人も、自己に不利益な供述を強要されない」、日本刑事訴訟法第 311 條第 1 項：「被告人は、終始沈黙し、又は個々の質問に対し、供述を拒むことができる」。

事訴訟法第 316 條之 17 第 1 項、第 316 條之 10)，若被告不願表明，則前述「爭點關連證據之證據開示」將無從揭示，針對相關規定，日本學者提出侵犯被告之不自證己罪特權或緘默權之疑問。

惟查，縱使不採行公判前整理程序的訴訟構造，爲了瞭解被告的辯護內容，並將之反映在判決之中，仍須由被告或其辯護人在辯論終結前，表明其對於事實之主張，於此情形，是否提出主張或爲如何之辯護內容，乃係被告方面本於自己判斷而爲選擇，易言之，被告係經過自身的利益衡量後，決定做出其事實主張，被告依法亦得消極地僅全盤否認犯罪事實，選擇「從頭到尾」均保持緘默，是法律已賦予被告選擇表明或不表明主張之權利，此種情形，一般均認爲尙無強迫被告爲不利於己陳述而違反緘默權保障之情形；同樣地，在公判前整理程序，爲了進行爭點整理而要求被告陳述其事實上之主張，不過是將原本要求被告若有事實主張或辯護內容，應於審理終了前提出的時間點，提前到公判前整理程序而已，應無不同之理，易言之，既然被告有積極主張的辯護內容，關於預定提出的事實主張部分，要求被告應於公判前準備程序提出，其法條的規範原意，並非要求被告即使沒有提出事實上主張之意思，仍然須強迫其提出主張，自難認爲有何侵害被告緘默權之情形²²⁰。另有學者認爲，被告提前於公判前整理程序中表明其事實上主張，可能會過早指出檢察官主張的弱點，等於變相地協助檢察官修正並補強其主張，進而針對被告之主張，提出完整之對應方案，造成被告防禦的不利益。然而，藉由突襲以達到動搖法院心證的效果，本係刑事審判程序應避免之情形，蓋刑事審判程序所期待的，係雙方當事人居於對等之地位，及時且盡力地提出各種事實上主張，故一造當事人若期待藉由先「暫時性」保持緘默來拖延其事實上主張，冀望藉由突襲的方式獲得訴訟上的利益，難謂有何值得法律保護之正當

²²⁰ 大澤裕，註 155 前揭文，頁 427。

利益存在²²¹。



²²¹ 寺崎嘉博，註 141 前揭文，頁 3、4。



第四章 我國刑事審判程序引進證據開示制度之可行性

第一節 我國刑事訴訟改革的歷史脈動—朝向當事人進行主義前進

第一項 全國司法改革會議的召開與修法

第一款 全國司法改革會議的召開

1987 年隨著國家解嚴，國民主權意識逐漸高漲，朝野間對於司法改革之議題逐漸形成共識。在司法院，自 1994 年 10 月起召開為期 1 年的「司法改革委員會」，會中討論的焦點，除了司法官操守、司法公信力等議題外，認為疏減訟源，亦為我國審判工作應解決之問題，而與會人士提出的解決方案包含，強化當事人主義之「精神」、增設緩起訴、擴大簡易程序、強化交互詰問、增訂檢察官職權不起訴、引進認罪協商制度等制度，並於 1995 年間成立「司法院定位研究委員會」，進行體制內的司法改革；在民間，1995 年 3 月，台灣法學會（當時名稱為「中國比較法學會」）、中華民國律師公會全國聯合會、台北律師公會及國家政策研究中心共同舉辦為期 2 天的「民間司法改革會議」，提出我國應朝向「司法體制與組織」、「法曹養成及法學教育」、「法官自治與司法人事」、「司法監督—司法風紀與對策」及「檢察制度與機能」之五大改革方向。此些改革之動能，終於 1997 年 5 月 8 日促使民間改革基金會等民間社團代表晉見當時李總統登輝先生，強烈要求司法預算獨立入憲及召開全國司法改革會議，惟因故對於籌開全國

司法改革會議之要求，仍一再延宕。嗣於 1997 年 10 月 19 日，由民間司法改革會與律師公會全聯會、臺北律師公會法官協會與台灣法學會等民間團體發起「一〇一九人民司法改革大遊行」，要求立即進行司法改革²²²。司法院旋即提出「司法改革時間表」，並規劃由審、檢、辯、學及社會賢達等參與「全國司法改革會議」，終促成「全國司法改革會議」之籌劃召開。1999 年 3 月 30 日，司法院主動公布「司法改革具體革新措施」（又被稱為藍皮書），強調「實現司法為民的理念」、「推動公平正義的訴訟制度」、「改造跨世紀的現代司法制度」、「建立權責相符的正確觀念」、「提供合理的審判環境」、「推動公平正義的訴訟制度」，並主張刑事訴訟應分階段加強檢察官舉證責任、嚴謹證據法則、檢討自訴制度，設定目標係將來研採當事人進行主義與緩起訴制度，而第二審應改為事後審制²²³。1999 年 7 月，司法院終於正式召開了為期 3 天的「全國司法改革會議」，並作出應強化辯護人功能、採行緩起訴制度、起訴審查、確立當事人證據調查之主導權、引進簡式審判程序、傳聞法則、證據排除法則，以及協商程序等結論，司法院並依據上開結論，規劃了「全國司法改革會議結論具體措施暨時間表」，研議的改革內容，包括司法定位、司法行政權之分配與歸屬、審判制度之改革、強化辯護人功能、人民對司法審判之參與、確立當事人調查證據之主導權及法院依職權調查證據之補充性格與司法官人事改革等項目²²⁴，成為我國近十幾年來的司法改革主軸。

²²² 范光群，談近十年來的司法改革-本文以審判體系之改革為重心，全國律師，2009 年 1 月，頁 118。

²²³ 司法院編，司法改革具體革新措施：迎接新世紀的挑戰加速改革司法，1999 年 3 月 30 日，頁 4-5、22-24。

²²⁴ 司法院編，全國司法改革會議結論具體措施暨時間表，1999 年 7 月，頁 43-74。

第二款 爭議性問題

依照司法院、最高法院學術研究會以及民間團體之提案，認為我國審判實務長期以來，存在著對被告形成先入為主偏見的法官，取代未到庭的檢察官追究被告的犯罪，審判方式偏重書面審查，且對被告之權益欠缺保障，為貫徹「公平審判」，符合以無罪推定為內涵之正當法律程序要求等原則，建議應由當事人享有證據調查之主導權，並落實檢察官之實質舉證責任，以及應使法官之證據調查居於補充之地位²²⁵。雖絕大部分的代表均支持公平法院與發現真實，然而對於是否要確立當事人調查證據之主導權及法院依職權調查證據之補充性格，並朝向當事人進行主義修法等問題，則各方見解不一。司法院代表多認為檢察官部分應負擔實質的舉證責任，確實蒞庭，並落實交互詰問制度，法院部分則宜採取起訴卷證不併送制度，使法官能以超然客觀之立場聽訟，祛除所謂「裁判兼球員」之角色，避免形成法官對被告窮追猛打之糾問主義²²⁶，因此應朝向當事人進行主義來修正，使檢察官真正成為我國刑事訴訟法條規定之「當事人」。另最高法院學術研究會並針對是否採行「卷證不併送制度」提案認為，過去採行之卷證併送制度，容易使法官承繼檢察官之心證，且造成檢察官輕率起訴，以及怠於到庭實行公訴，刑事審判淪為法官與當事人一方之被告對決之場面，使審判趨於書面審查，忽視被告之防禦權益，審判實務已愈形糾問化、職權化及官僚化而成為偵查的延長，認為我國刑事審判已嚴重偏離了憲法及刑事訴訟法所要求之公平審判之理念，而改革之關鍵點在於如何防止審判者事先接觸卷證，認為應改採卷證不併送之制度²²⁷。

²²⁵ 司法院司法行政廳編，註 109 前揭書，頁 1674。

²²⁶ 司法院司法行政廳編，註 109 前揭書，頁 1095。

²²⁷ 司法院司法行政廳編，註 109 前揭書，頁 1028-1030。

惟法務部代表卻認為改行當事人進行主義與卷證不併送制度，將造成審判中「一個袖手旁觀的法官，一個致力追求有罪判決的檢察官，還有一個只為被告做打手的律師」；且卷證不移送法院，法官將無法書寫判決²²⁸；若將制度大幅調整為當事人進行主義，則可能犧牲社會治安以及被害人利益，更有法務部代表直指司法院的提案，根本是減輕法院訟源的本位主義，然而為了發現真實、保障人民權益，自應由法官擔負起調查證據之義務，認為不宜貿然採取當事人主義與卷證不併送制度²²⁹。

而此爭議性問題，雖於會中獲得多數決認為應改採起訴狀一本主義，惟最終因法務部葉部長金鳳女士動用否決權而未通過。有論者即提出，或許，站在法務部的立場，其不贊成當事人主義與卷證不併送制度，一方面在於上開制度施行之結果，檢察官最終必須負擔起實質的舉證責任，並確實蒞庭實行公訴，另一方面，或許是因此種制度之貫徹，將使得檢察官過度「當事人化」，對於我國檢察官向來具有的「司法官」權威地位，有所損害²³⁰。

第三款 朝向當事人進行主義邁進

雖然朝向當事人進行主義之議題，在全國司法改革會議中最終係遭到否決，惟觀察該會議中關於刑事訴訟制度之改革提案，仍確立了三大主軸，即「刑事訴訟採行改良式當事人主義，加強維護被告基本人權」、「建立金字塔型的審級構

²²⁸ 司法院司法行政廳編，註 109 前揭書，頁 1089-1090、1092。

²²⁹ 司法院司法行政廳編，註 109 前揭書，頁 1138、1139。

²³⁰ 郭威廷，台灣刑事訴訟法朝向當事人主義修正的歷史動因，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2004 年 6 月，頁 139。

造，增進審判的效能」、「修正冤獄賠償法，擴大冤獄賠償適用範圍」。其中「刑事訴訟採行改良式當事人主義，加強維護被告基本人權」項主題中，另提出「確立檢察官的實質舉證責任」、「促進當事人實質地位的平等」、「減輕法官、檢察官處理案件的負擔」、「推動刑事集中審理制度，提高審判效率」等 4 項子題方針²³¹。是全國司法改革會議雖已落幕，但朝向當事人進行主義之改革，並未停頓，於 1999 年全國司法改革會議結束後，儘管爭議不斷，然而在司法院大力推動，以及部分社會事件影響所及²³²，短短數年間仍通過許多法律修正，尤其是在 2003 年修正刑事訴訟法時，更明確宣示我國將自「職權主義」調整為「改良式當事人進行主義」，加重當事人主義之色彩，並淡化職權進行主義²³³，且增訂了深具當事人進行主義色彩之傳聞法則（同法第 159 條以下）、交互詰問（同法第 166 條以下）等制度，再加上前於 2002 年即已增訂之當事人證據調查權規定（同法第 163 條第 1 項），亦明確宣稱係為「強化當事人進行色彩」²³⁴。因此，雖然我國目前的起訴方式，仍然採行卷證併送制度，但觀諸上開修法方向，我國之刑事審判制度，確實業已走向當事人進行主義之道路。

²³¹ 司法院編，司法改革全貌，2004 年 12 月 31 日再版，頁 46、47。

²³² 2000 年 1 月發生「伍澤元因病保外就醫案」及「華隆集團炒作股票案」，立法院修法通過附條件停止羈押、再執行羈押、公訴優先自訴等規定，參見立法院公報，第 89 卷第 9 期（四），2000 年 1 月，頁 1-24；2000 年 8 月，發生立法委員研究室與大安會館遭檢察官搜索事件、國安局劉冠軍案搜索報社及記者住家事件，立法院修正通過將刑事訴訟法中之搜索、扣押強制處分權回歸法院，參見立法院公報，第 90 卷第 5 期（一），2001 年 1 月，頁 164-307；2002 年 1 月，立法院並大幅通過強化當事人主義色彩之刑事訴訟法第 161 條及第 163 條修正條文，參見立法院公報，第 91 卷第 10 期（中），2002 年 2 月，頁 907-928。

²³³ 刑事訴訟法部分修正條文要點說明暨同法第 31 條、第 44 條之 1、第 161 條之 2、第 163 條之 1、第 166 條、第 169 條、第 274 條、第 279 條、第 287 條、第 288 條之 3、第 319 條之立法理由參照。見立法院公報，第 92 卷第 8 期（六），頁 1823 以下。

²³⁴ 該條立法理由即稱：「在強化當事人進行色彩後之刑事訴訟架構中，法院依職權調查證據僅具補充性、輔佐性」，參見立法院公報，第 91 卷第 10 期（中），2002 年 2 月，頁 918。

另有學者提出，依照大法官釋字第 582 號解釋意旨：「憲法第十六條規定人民有訴訟之權，就刑事審判上之被告而言，應使其在**對審制度**下，依當事人對等原則，享有充分之防禦權，俾受公平審判之保障」，認為該解釋所稱的「對審制度」，乃當事人彼此立於對峙地位，實際參與訴訟審理的場面，亦即，審判法庭於公開的前提下，由對立的當事人彼此競爭，或被告出庭並行使防禦及辯護活動，即屬審判公開之憲法權利要求，並應提升被告地位落實、當事人對等，強化被告權利保障，架構充分尊重被告主體性的「正當程序」，始符合「實質意義」的公平審判之保障，因此，我國司法政策「當事人進行主義」之走向，解讀上並非僅是刑事政策的轉向，亦可謂是符合大法官「正當程序」之論理，也是人權保障的重要一環²³⁵。故司法院朝向當事人進行主義改革之既定政策，可謂是符合法治國正當法律程序原則之正確方向。

第二項 「改良式當事人進行主義」的修法

我國所謂「改良式當事人進行主義」制度之修正，其重點在於負責刑事審判的法官，將由主動糾問被告之角色，轉變為中立聽訟的裁判者，而檢察官必須到法庭確實實行公訴，負擔實質的舉證責任，提出被告犯罪的證據並說服法官，將審、檢權責分立，並區隔二者之定位與功能，以確定公平法院之地位²³⁶。故我國改良式當事人進行主義修法之標竿條文——刑事訴訟法第 163 條，其於 2002 年修正前之條文為：「法院因發現真實之必要，應依職權調查證據（第 1 項）」、「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、

²³⁵ 林裕順，註 17 前揭文，頁 179。

²³⁶ 參見司法院網站：<http://www.judicial.gov.tw/>，最後瀏覽日：2010 年 10 月 1 日

鑑定人或被告（第 2 項）」，是關於法院依法負有職權調查義務之規定，在修法後除了增加 1 項，另次序也有變動，同法修正後規定：「當事人、代理人、辯護人或輔佐人得聲請調查證據，並得於調查證據時，詢問證人、鑑定人或被告。審判長除認為有不當者外，不得禁止之（第 1 項）」、「法院為發現真實，得依職權調查證據。但於公平正義之維護或對於被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查之（第 2 項）」、「法院為前項調查證據前，應予當事人、代理人、辯護人或輔佐人陳述意見之機會（第 3 項）」。²³⁷此次修正，將舊條文第 1 項法官調查證據之規定改至第 2 項，並且將條文規範之「『應』依職權調查證據」改為「『得』依職權調查證據」，明顯有強調偏重當事人進行主義色彩下，當事人始為主要法庭中調查證據角色之意味，而法院之職權調查義務將退於輔助與補充之地位，其立法理由即明白揭櫫：「在強化當事人進行之色彩之刑事訴訟架構中，法院依職權調查證據僅具補充性、輔佐性，因此在例外地依職權進行調查證據之情況下，為確保超然、中立之立場，法院於調查證據前，應先給予當事人陳述意見之機會（同條第 3 項）」。²³⁷是本條的修正，係以將主要的證據調查進行還諸於當事人的方式，加強當事人進行主義之色彩，使法院回到中立裁判者之角色。

惟從上開我國刑事訴訟法第 163 條第 2 項後半段規範「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」的規定可知，所謂「強調當事人進行主義精神」的立法，仍然是充滿了折衷的制度，例外地，法官仍然具有澄清事實的義務²³⁷，在於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係之事項，法院仍負擔澄清事實之義務，其修正理由即明白宣示「本條之修正非謂法院得無視於當事人之聲請或棄公平正義及被告利益之維護於不顧，而完全免除其

²³⁷ 2002 年 4 月 30 日我國最高法院 91 年度第 4 次刑事庭會議決議表示：「本法第 163 條第 2 項但書，雖用以淡化糾問主義色彩，但亦適足顯示：法院為發見真實，終究無以完全豁免在必要時補充介入調查證據之職責。」

調查證據之職責²³⁸」。綜上，我國刑事訴訟法在第 163 條修訂後，確定了原則上法院不應職權調查證據，而淡化了職權主義之色彩，惟於必要時，法官仍得或應為證據之調查，與當事人進行主義下，法官完全中立的地位未盡相符，因此，稱我國的刑事訴訟制度為「改良式當事人主義」之修正，另因我國起訴模式仍採取卷證併送的方式，法庭中亦維持法官訊問之審判模式，亦有學者稱此為「以職權主義為主之訴訟模式」²³⁹。

第三項 引進「起訴狀一本主義」的司法改革方向

至於司法院引進「起訴狀一本主義」之改革議題，其實自 1994 年起，在司法院召開為期 1 年的「司法改革委員會」中，就提出應強化當事人主義之「精神」，甚至考慮改採「當事人進行主義」，並引進起訴狀一本主義之構想²⁴⁰。1994 年 6 月，最高法院學術研究會主辦「刑事訴訟可否採行『訴因』制度研究討論會」，最高法院院長王甲乙認為，過去我國法制採取大陸法系的職權主義，賦予法官過大的裁判空間，形成審判中追訴者與審判者聯手對抗被告的不平衡局面，使審判長期具有糾問化審理之色彩，為了改善此種情形，有必要引進英美法上當事人主義之制度，同時應參考日本起訴狀一本主義等制度，作為修法上之參考²⁴¹。至 1999 年召開的全國司法改革會議中，提案採行起訴狀一本主義制度，仍係重點之改革議題，惟因法務部之反對，致該提案未通過，已如前述。嗣 2006 年 12

²³⁸ 參見立法院公報，第 91 卷第 10 期（中），2002 年 2 月，頁 921。

²³⁹ 黃朝義，註 6 前揭書，頁 5。

²⁴⁰ 參見司法院大法官書記處編，司法改革委員會會議實錄，頁 581-583。

²⁴¹ 參見最高法院學術研究會，刑事訴訟可否採行訴因制度研究討論會，1994 年，頁 1-2。

月，司法院秘書長又再向媒體公開宣示，將修法採取起訴狀一本主義²⁴²。時至今日，這樣的呼聲及改革的趨勢，仍未改變，2007年3月5日，立法院三讀通過刑事訴訟法第284條之1的修正時，並正式附帶決議，就第一審通常審理程序，原則上行獨任審判之部分（刑事訴訟法第376條第1、2款之案件），應於6年內刑事訴訟制度改採起訴狀一本主義施行同時，修正恢復為全面合議²⁴³，因此，立法機關可以說已經訂下了採行「起訴狀一本主義」的日出條款。2010年9月23日，司法院與法務部、中華民國律師公會全國聯合會及學者，合組審、檢、辯、學聯合考察團赴日本考察起訴狀一本主義，考察項目包含起訴狀一本主義下之準備程序及證據開示制度與其他相關配套措施等實務運作情形，以及日本於同年甫正式實施之裁判員制度等²⁴⁴。職此之故，我國未來司法改革之方向即是引進「起訴狀一本主義」，或至少不可諱言，我國司法院司法改革主軸之既定方針之一，即是不斷地思考我國刑事程序引進起訴狀一本主義之可能性。

第二節 我國刑事審判實務之現況與檢討

第一項 我國採行卷證併送制度之現狀

觀察我國目前的訴訟模式，依現行刑事訴訟法第163條第2項規定：「法院為發現真實，得依職權調查證據」，因此，我國刑事法庭活動，原則上應由當事

²⁴² 經濟日報，B12版，2006年12月28日。

²⁴³ 見立法院公報，第96卷第20期（二），頁73。

²⁴⁴ 參見司法周刊電子報，網址：http://www.judicial.gov.tw/jw9706/1460_main.html，最後瀏覽日：2010年6月24日。

人雙方主導，已如前述，似乎是較傾向當事人主義之立法模式，惟因我國目前起訴制度採取的仍是卷證併送的方式，且法庭中仍維持法官訊問之審判模式（我國刑事訴訟法第 287 條），因此，整體而言，我國目前的刑事程序，離當事人主義的訴訟理念仍有一段差距，基本上，可謂屬於以職權主義為主的訴訟模式²⁴⁵。而在職權主義模式下，法官具有澄清義務，為了便於法官掌握案情以利於職權調查，有必要將相關案件卷證移交予法院閱覽，故我國現行刑事訴訟法規定，起訴的方式，係採取「卷證併送」之制度，即案件起訴之同時，檢察官應將全部偵查卷證一併交予法院，此即我國刑事訴訟法第 264 條第 3 項之規定。

第二項 我國採行卷證併送制度之檢討

卷證併送制度之優劣，前面章節已就學理上進行說明及探討，以下將就我國採行卷證併送制度之現狀，從審判實務多年運作之實證觀察角度，提出採行卷證併送制度之檢討，認為我國採行卷證併送之結果，具有以下的缺失特徵²⁴⁶：

其一，法官糾問化傾向。就我國法官心態來觀察，因積極發現真實之目的觀凌駕於公平審判之程序理念，法官位居審判者，卻仍積極蒐集證據，不僅被告可能遭受突襲性、不公平的裁判，長期以來，造成我國「審判實務糾問化」，更偏離了我國憲法及刑事程序法所要求之公平審判理念。

其二，審理構造之非訟性。從審理之形式觀察，因檢察官起訴之同時已將卷

²⁴⁵ 黃朝義，註 6 前揭書，頁 124。

²⁴⁶ 最高法院學術研究會編印，最高法院學術研究會叢書（六），「刑事訴訟起訴狀一本主義及配套制度」法條化研究報告（上），1999 年 4 月，頁 8。

證併送法院，加上法院發現真實之糾問化傾向，檢察官蒞庭實行公訴，恐有流於形式之虞，雖我國目前實務上檢察官已確實「蒞庭」實行公訴，惟在檢察官雖「到庭」但怠於確實擔負起公訴職務之時，我國刑事審判仍然淪為法官與被告對決之場面，造成審理構造有回到彈劾主義下二面關係之虞。

其三，以被告自白為審理之重心。由於被告自白屬於直接證據，在證據法則中常成為具有不可替代性與決定性之證據，不僅檢察官，甚至是法官，對於被告之自白證據常有過度倚重的情形，若法院於審理前，已經先行接觸了被告之自白證據，常成為我國法院決定判決心證的重要關鍵證據，而我國過度偏重自白之結果，不僅助使偵查機關將被告之自白當成證據之中心，再與其他相關證據補強，容易增加檢警以利誘等不當方式取得被告自白之誘因，更會導致我國檢警忽略其他重要證據之蒐集，而喪失調查其他證據之先機，亦是造成誤判之主因。

其四，檢察官實質舉證責任空洞化。我國刑事訴訟法先後已實施交互詰問及傳聞法則等制度，以期檢察官致力公訴，落實其實質舉證責任。惟就現行法採行卷證併送制度下，因檢察官於起訴時即將卷證資料移送法院，難保法官在開庭前已透過閱覽上開卷證，形成初步的心證，則再要求檢察官蒞庭實施交互詰問，恐將喪失意義，並使間接書面審理成為原則，直接審理、言詞辯論審理及公判中心等原則成為例外，交互詰問與傳聞法則等制度亦將難以落實。況且，我國現行刑事訴訟法仍未脫免法院依職權調查證據之義務，已如前述，倘有應調查之證據而未予調查之瑕疵，屬於法院判決違背法令，並非檢察官缺失，容易導致審檢之權責不分，造成我國檢察官實質舉證責任空洞化之結果。

其五，將弱化證據排除法則之功能。由於我國採行卷證併送制度之現狀，法官於審判前均詳閱全部偵查資料，不論該資料是否具備證據能力，或與本案有無關聯性，均對法官於正式審判時之心證，產生一定程度的影響，而弱化證據排除

法則之功能²⁴⁷。則我國已立法採行的證據排除法則，在卷證併送制度下，將使原本應阻絕於審理庭外的無證據能力資料，仍進入審理庭中，或者說在法庭外對於法官心證已經產生一定的影響，則證據排除原則之目的，將無法達成。

是在刑事訴訟程序仍存有職權調查色彩之我國，偵查機關與審判機關形同接力賽，偵查過程中所取得之證據資料均原封不動地交由法院繼續辦理，我國法院之審理如同偵查程序之延續。有實務經驗者之學者亦不諱言：「依據筆者自己刑事審判經驗，閱卷之後，除非檢察官起訴之證據本極薄弱，否則被告有罪之心證，法官確會隨之形成，接著便是準備定期以一次庭期即終結該案。因此，一旦開庭被告辯解，必然會遭到法官以『為何你在警訊或檢察官處如此陳述？』、『為何證人如此指證？』等語反駁，判決書每以『顯係卸責之詞，不足採信』交代，而且這種經驗筆者相信多數在現行制度下辦過刑案的法官都有」²⁴⁸。實務上出現這樣的現象，對採取無罪推定原則的我國，無疑是一大諷刺。因此，我國施行卷證併送制度下之現狀，實值吾人省思，是否採行起訴狀一本主義與其配套制度—證據開示制度，始能排除積弊已久之弊，重啓一更重視人權、更公平、公正法院之新氣象。

第三節 美、日證據開示制度之比較

以上已介紹了日本新採行的證據開示制度，並說明了我國引進起訴狀一本主

²⁴⁷ 傅嘉和，註 82 前揭論文，頁 43。

²⁴⁸ 吳從周，採當事人主義精神下法庭活動之試行，全國律師，1999 年 9 月，頁 15（註 19）。

義的未來改革方向，接下來即應思考我國未來引進起訴狀一本主義後，應如何設計一符合我國刑事程序所需要之證據開示制度。茲於前章節詳細介紹日本之新證據開示制度後，擬將取材範圍包含至美國之證據開示制度，冀透過介紹美國之證據開示制度，以及與日本證據開示制度之比較，以探究美、日兩國制度異同處之方法，期能思索出適於我國之證據開示制度。

第一項 美國證據開示制度

美國係採行對抗式訴訟制度，原本檢察官對於被告有利之證據，並沒有調查的義務，更無須於審判中提出，只有當該證據對判決結果有重要影響時，檢察官才有告知對方之義務，但全面貫徹對抗制度的結果，產生諸如檢察官濫權、被害人及被告權利均缺少保障、訴訟曠日費時、訴訟以勝訴為目的，以及證據常成為秘密武器等缺失，因此美國一方面增強檢察官的中立司法屬性，另一方面，則逐步擴大證據開示的範圍²⁴⁹，否則法庭審判將演變為司法競技場，而證據成為雙方出絕招的致勝武器，當事人在訴訟中相互之突襲無可避免，將難以達成發現真實之審判功能，故惟有透過檢辯雙方的證據訊息能夠在審理時充分交流，方能有利於法院對案件事實形成正確之判斷，使訴訟程序變得迅速、有效率²⁵⁰，對於增進審判及認罪協商亦有助益。美國於 1946 年在聯邦刑事訴訟規則(Federal Rules of Criminal Procedure)第 16 條中首次確立了證據開示規則，當時初訂的揭示範圍較小，但隨後各州也相繼規定，並逐漸擴大了證據開示的範圍²⁵¹。以下先說明在美

²⁴⁹ 邱忠義，註 151 前揭文，頁 95。

²⁵⁰ 汪南均，美國刑事訴訟制度中的「起訴狀一本主義」及其相關配套措施之概述（一），法務通訊，第 2361 期，2007 年 10 月 18 日，版 5。

²⁵¹ 吳巡龍，美國對刑事訴訟兩造對抗制度之修正-證據開示程序，法學叢刊，第 47 卷第 1 期，

國，檢察官的證據揭示係屬於憲法上義務的概念，再就美國的法律規定，說明證據開示在美國實施的情形。

第一款 檢察官揭示證據的憲法義務

在美國，檢察官對於偵查中之資料須保持秘密，即亦有偵查不公開之概念，惟起訴後，依照美國憲法正當法律程序之要求，檢察官有義務讓被告知悉偵查中的特定證據²⁵²，也就是說檢察官證據開示的揭示義務，源自於憲法正當法律程序之要求，若被告向檢察官請求特定的有利證據時，檢察官必須揭示。在 *Brady v. Maryland* 案²⁵³，辯護人向檢察官請求揭示其他共同被告在警察面前所作的全部陳述，惟檢察官少給了一份共同被告的陳述，聯邦最高法院認為，當被告向檢察官請求特定證據時，依憲法上正當法律程序之規定，該證據若係有利於被告在罪名或量刑上之決定，檢察官即有憲法上之義務，使被告知悉該證據之內容，若合乎上述要件，檢察官卻未讓被告知悉該證據之內容，即為正當程序的違反，不論檢察官未揭露證據的原因，係出於善意或惡意，皆同，均屬違反保障被告之聽證權及防禦權而違憲，是謂「Brady 法則」²⁵⁴。

而當被告未向檢察官請求特定證據時，只有在某特定證據對被告有罪之認定，可能產生合理的動搖時，檢察官始有「主動」揭示的義務。例如，在被告 A 被起訴殺 B 的案件中，被告 A 主張正當防衛，檢察官則知悉 B 有傷害及攜帶致

2002 年 1 月，頁 46。

²⁵² 王兆鵬，註 38 前揭書，頁 454。

²⁵³ *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83 (1963).

²⁵⁴ Rolando V. del Carmen 著，李政峰等合譯，美國刑事偵查法制與實務，五南，2006 年 8 月初版 1 刷，頁 606。

命武器的前科，因被告未向檢察官請求此類證據，檢察官並未揭示上開資訊，被告在被判決有罪後，主張檢察官違反正當程序，惟聯邦最高法院認為並未違反，認為該項證據對於被告有罪的認定，尚未產生合理的動搖，而法院也表示，若被告要求檢察官出示所有的證據，或請求給予全部可能脫罪的證據，等於未為請求²⁵⁵。因此，檢察官若知悉對被告有利之事證，或是可能使被告獲得無罪判決的訊息，是應向被告揭露該項訊息的，英美法稱此為「可證明無罪之訊息(“exculpatory” information)²⁵⁶」，只要該項訊息足以使一理性(reasonable)之法官或陪審員，對被告是否犯罪心中產生懷疑，此項訊息就必須對被告揭露，若檢察官未揭露此項訊息予被告知悉，且因此使被告獲致有罪判決，上訴法院是可以廢棄原判決的。

第二款 證據開示之規範

美國證據開示程序，通常在起訴後、審判前之預審程序或證據開示會議中進行，經多年實踐之結果，相當程度地減少檢察官濫權，並增進審判及認罪協商的公平性及效率，並防止以隱匿等手段求取勝利或拖延訴訟，亦使較無資力的被告能取得證據，並達到防止突襲性裁判及發現真實之目的，惟在美國，檢察官並非每項證據都應開示，聯邦及各州對於被告之供詞、證人證詞、物證、檢驗報告或測試證據等開示的要求並非一致²⁵⁷，茲將美國目前證據開示制度之實務運作重點，說明如下：

²⁵⁵ 王兆鵬，註 38 前揭書，頁 455。

²⁵⁶ 參見聯邦最高法院判決 *Brady v. Maryland*, Supreme Court of the United States, 1963. (373 U.S. 83, 87, 83 S.Ct.1194, 1196, 10 L.Ed.2d 215.)」，轉引自汪南均，註 250 前揭文，版 3。

²⁵⁷ 邱忠義，註 151 前揭文，頁 95。

第一目 美國聯邦刑事程序法規第 16 條

關於現行美國證據開示之規定，主要為 1974 年 4 月修正，1975 年 12 月施行之現行聯邦刑事訴訟規則第 16 條有關證據提示之規定，其分為檢察官及被告開示義務二個部分，在檢察官所為之證據開示部分，被告得提出為防禦準備所必要之理由，聲請法院命令檢察官准許將有關被告本人之供述、被告如為公司、法人、團體等，該公司、法人、團體之職員或受僱人以證人身分在大陪審團前所為之證言筆錄或或記錄陳述、被告前科紀錄、檢察官欲提出之書證、物證、檢驗與測試報告及專家證人等證據，開示予被告知悉其內容²⁵⁸，該條並規定當被告要求

²⁵⁸ 參照 Rule 16, Discovery and Inspection

(a) Government's Disclosure.

(1) *Information Subject to Disclosure.*

(A) *Defendant's Oral Statement.* Upon a defendant's request, the government must disclose to the defendant the substance of any relevant oral statement made by the defendant, before or after arrest, in response to interrogation by a person the defendant knew was a government agent if the government intends to use the statement at trial.

(B) *Defendant's Written or Recorded Statement.* Upon a defendant's request, the government must disclose to the defendant, and make available for inspection, copying, or photographing, all of the following:

(i) any relevant written or recorded statement by the defendant if:

the statement is within the government's possession, custody, or control; and the attorney for the government knows -- or through due diligence could know -- that the statement exists;

(ii) the portion of any written record containing the substance of any relevant oral statement made before or after arrest if the defendant made the statement in response to interrogation by a person the defendant knew was a government agent; and

(iii) the defendant's recorded testimony before a grand jury relating to the charged offense.

(C) *Organizational Defendant.* Upon a defendant's request, if the defendant is an organization, the government must disclose to the defendant any statement described in Rule 16(a)(1)(A) and (B) if the government contends that the person making the statement:

(i) was legally able to bind the defendant regarding the subject of the statement because of that person's position as the defendant's director, officer, employee, or agent; or

(ii) was personally involved in the alleged conduct constituting the offense and was legally able to bind the defendant regarding that conduct because of that person's position as the defendant's director,

檢察官揭示證據時，自己也負有揭示證據的義務。若一造未依法揭示，法院有權命其揭示、或檢查證據、或延期審理、或禁止其於審判中提出該項證據、或作其他適當處置²⁵⁹。是美國之證據開示程序，要求在符合一定條件下，檢察官及被告均負有證據提示義務。

officer, employee, or agent.

(D) *Defendant's Prior Record*. Upon a defendant's request, the government must furnish the defendant with a copy of the defendant's prior criminal record that is within the government's possession, custody, or control if the attorney for the government knows -- or through due diligence could know -- that the record exists.

(E) *Documents and Objects*. Upon a defendant's request, the government must permit the defendant to inspect and to copy or photograph books, papers, documents, data, photographs, tangible objects, buildings or places, or copies or portions of any of these items, if the item is within the government's possession, custody, or control and:

- (i) the item is material to preparing the defense;
- (ii) the government intends to use the item in its case-in-chief at trial;
- (iii) the item was obtained from or belongs to the defendant.

(F) *Reports of Examinations and Tests*. Upon a defendant's request, the government must permit a defendant to inspect and to copy or photograph the results or reports of any physical or mental examination and of any scientific test or experiment if:

- (i) the item is within the government's possession, custody, or control;
- (ii) the attorney for the government knows -- or through due diligence could know -- that the item exists; and
- (iii) the item is material to preparing the defense or the government intends to use the item in its case-in-chief at trial.

(G) *Expert Witnesses*. At the defendant's request, the government must give to the defendant a written summary of any testimony that the government intends to use under Rules 702, 703, or 705 of the Federal Rules of Evidence during its case-in-chief at trial. If the government requests discovery under subdivision (b)(1)(C)(ii) and the defendant complies, the government must, at the defendant's request, give to the defendant a written summary of testimony that the government intends to use under Rules 702, 703, or 705 of the Federal Rules of Evidence as evidence at trial on the issue of the defendant's mental condition. The summary provided under this subparagraph must describe the witness's opinions, the bases and reasons for those opinions, and the witness's qualifications.

²⁵⁹ 吳巡龍，註 251 前揭文，頁 47。

第二目 證據開示範圍

而關於美國證據開示之範圍，聯邦最高法院自 1951 年開始以一連串之判決不斷地擴張檢察官應提示證據之範圍，甚至是證人之供述筆錄，聯邦司法部憂心此趨勢，於 1957 年制定 Jencks Act 法案，限制證人供述筆錄不得於審判前提示予辯護人閱覽，而暫時抑制了聯邦最高法院開放證據開示範圍之腳步，惟隨著人權保障觀念之發展，自 1963 年開始，聯邦最高法院又以「正當法律程序」(due process) 為根據，開始擴張檢察官應提示予辯護人閱覽證據之範圍²⁶⁰，開示範圍之擴張，已成不容阻擋之趨勢。

是現今美國證據開示之範圍，就關於「被告之陳述」部分，聯邦及各州皆規定，當被告請求時，被告偵查中的全部陳述，必須准許被告檢視、影印或攝影；「證人之證詞」部分，雖然前述美國聯邦刑事程序法規第 16 條並未規定證人證詞之揭示，惟相對地，該法亦未禁止檢察官主動提供證人名單或證詞，而之後聯邦及大多數州均規定，雖然並非所有偵查中證人的陳述都必須讓被告知悉，惟關於審判中作證的證人所作的陳述，應揭示讓被告知悉，若偵查中證人不會於審判中作證，則無須令被告知悉該名證人於偵查中的陳述。而被告知悉的時間，通常在該名證人於審判中作證之後，檢察官始將證人偵查中的陳述讓被告知悉，以避免該證人在作證前遭恐嚇脅迫，也有約三分之一的州規定，檢察官在審判前，必須讓被告知悉有關連證人之偵查筆錄或錄音陳述，約有十個州，檢察官在起訴後自動將證人偵查中的陳述完全給被告知悉；「物證或檢驗報告」部分，大多數的州及聯邦均規定，在被告的請求下，檢察官所持有或控制的有體物（如文件、照片、建築物等），只要是可能影響本案結果的，或檢察官欲於審判中使用，必須准許被告檢視、影印或攝影；而關於「對證據加以測試之請求」，有許多州法律

²⁶⁰ 楊錫楨，註 12 前揭論文，頁 85、86。

規定，在證據開示時，檢察官所持有的物體證據，被告有權請求測試，有許多下級法院並指出，當被告能證據有合理的基礎相信測試結果可能有利於被告，則檢察官有憲法上的義務准許被告之請求²⁶¹。

另須說明的是，證據開示規則通常區分原始資料與準備資料，前者例如：證人姓名、警方偵查報告、毒品或酒精測試結果等，後者是指檢察官或被告、律師的攻防策略。一般來說，原始資料須提示予被告知悉，而檢察官對被告的攻防策略準備資料，是不須要在證據開示時提出的，不論檢辯雙方，都必須為審判做準備，並保留其智慧結晶以對抗不認真準備的對造²⁶²。而關於依法應保密之資料，例如兒童在兒童福利機構所為之陳述、秘密證人之身分辨識資料、檢辯人員之內部文件、對國家安全有實質風險或隱藏性損害之證人或證物、揭示恐會造成他人之身體傷害，或是會產生恐嚇脅迫或賄賂等風險之情事，基於利益衡量，若法院認為實質風險比證據開示更值得保護時，該證據開示即不應准許²⁶³。

第三款 證據開示時期

證據開示之時點，不限於審判程序中的某一特定時間。原則上，美國各州規定檢察官在起訴後、審判前之預審程序或證據開示會議中須對被告揭露所持證物，此舉不僅係為了確保審判結果的公平，立法者認為若被告在審判前知悉檢方持有強大證據，比較可能會選擇進行認罪協商，將可節省案件進入審判程序所須花費的時間和金錢，美國目前百分之九十的刑事案件是在審理程序前已解決，證

²⁶¹ 王兆鵬，註 38 前揭書，頁 457。

²⁶² 汪南均，註 250 前揭文，版 3。

²⁶³ 邱忠義，註 151 前揭文，頁 98、99。

據開示制度或許扮演了重要一環²⁶⁴；而關於證人供述之開示，則爲了防止威脅證人或教唆證人偽證等弊害，揭示的時間點，通常在該名證人於審理程序中作證之後，檢察官始將證人偵查中之陳述讓被告知悉。可以說，除了證人供詞的開示，大多數係限制在證人法庭證述之後的時間點，其餘的證據開示時期，並無法律或判例限定在某一訴訟時期，美國係考量案件即使進入審理階段，若遇有新爭點或新證據，當事人雙方仍須提出新證據，此係案件審理之必然，既然新證據隨時都有提出的必要，故不採證據開示時期僵化的制度²⁶⁵。

第四款 被告開示義務

傳統的觀念，檢察官是不能從被告身上獲取訊息的，但近幾年來，證據開示制度趨向「雙向交流(two-way street)」，既然被告可以得悉檢察官取得之證據資料，檢察官自然也可檢視被告所擁有的證據資料，雖然有被告爭執此舉違反憲法第 5 修正案所保障的被告有權保持緘默及被告有「無自證己罪」(privilege against self-incrimination)之權利，然而，所謂的「對等證據開示法則(reciprocal discovery laws)」已經聯邦最高法院著有判例支持，若被告不願應檢察官的要求，揭示其聲請調查之證據，則被告就不能將該證據提出作爲證據，法院亦不應調查該證據²⁶⁶。

至於上述見解是否違反美國憲法第 5 修正案中被告「無自證己罪」原則之爭

²⁶⁴ 汪南均，註 250 前揭文，版 5。

²⁶⁵ 楊婉莉，起訴狀一本主義與證據開示制度--國家正義性格的取決，法令月刊，第 2 期，2007 年 7 月，頁 101、102。

²⁶⁶ 汪南均，註 250 前揭文，版 3。

議，在 *Williams v. Florida*(1970) 案中，Florida 州規定，檢察官、被告在傳喚證人前必須向對造提出證人之姓名與地址，是為反證通知程序「notice-of-alibi rule」，否則發生證據排除的效果，而本案在被告依規定告知檢方後，檢察官在該名證人出庭前即詢問證人，並取得證人之陳述後，提出於審判庭，因此本件被告上訴主張，該州證據開示制度違反其憲法第 5 修正案的無自證己罪義務條款，最後，本案聯邦最高法院認為並未違反。而 *United States v. Nobles* 案中則明確指出，無自證己罪義務是指「被告」個人沒有自證「己罪」之義務，惟不擴及於「證人」或「被傳喚到庭的第三人的陳述」，倘藉由取證程序，在審判外取得第三人之陳述，並不同於被告陳述，更不會僅因係被告的舉證行為，而將該第三人之陳述，轉變成為被告之陳述，所以要求被告開示證人的姓名、住所等資料，不會導致強迫被告自證己罪的結果，因此，被告即使開示其取得之證據，也不侵害被告的憲法權利²⁶⁷。

第二項 與日本證據開示制度之差異

美、日兩國雖然原則上關於雙方刑事訴訟資訊之揭示，均採取當事人間互為揭示的「證據開示」制度，惟因兩國關於當事人主義訴訟制度採擇方面有質的差異，尤其日本並不採取所謂的陪審制度，因此，在刑事程序制度的設計上，大體上美國較注重的是，是否能讓最終的裁判者——陪審員能夠在密集的短期間內，快速地理解案情，並不採取較繁複的程序規範，而日本由於係由職業法官審案，因此原則上較無密集結案之制度設計要求，採取的是，以精緻的程序規定，來達成刑事訴訟目的之設計。而美、日兩國關於「證據開示」制度的比較差異，茲論

²⁶⁷ 楊婉莉，註 265 前揭文，頁 103。

述如下：

- (一) 開示方式：美、日兩國均不採全面性的證據開示，而採取個別的證據開示制度，主要是在當事人主義精神下，認為訴訟兩造的訴訟資料，原則上應由兩造各自擁有的傳統思維，因此關於證據的開示方式，較難以接受當事人一方，尤其是檢察官方面的全面開示，其並慮及全面開示恐產生之弊害，因此傾向權衡個別證據的開示利益、開示對於被告的重要性及開示所將產生的弊害等因素後，始為證據開示，其中日本更採取三階段證據開示之方式，將證據的揭示在公判前整理程序中，與雙方事實主張、爭點整理，與聲請調查證據等程序結合，依三階段之次序分別開示。
- (二) 開示範圍：美、日兩國關於證據開示之範圍，可以看出，均是朝向逐漸擴大其範圍之走向，美國現今之開示範圍，檢察官關於有利於被告之證據，係具有證據揭示之憲法義務，而各州的證據開示範圍，也有日漸增加的趨勢；至於日本則由舊法時期的檢察官聲請調查之證據，始具開示義務之規範，擴大其範圍至類型性及爭點關連性證據之開示，使得舊法時期備受爭議的偵查中證人供述筆錄，依法應予開示。
- (三) 開示時期：原則上，美國各州規定檢察官在起訴後、審判前之預審程序或證據開示會議中，須對被告揭露審判中將使用之證物，另關於證人供述筆錄，則限制應於證人作證後始得開示，除此之外，並不限制證據揭示的時期，當事人兩造於刑事程序中，得隨時為新證據的開示，惟若對於審判期日突然提出未經開示之證據之聲明調查，經他造提出異議者，法院得聽取當事人或辯護人意見後，分別情形使聲明調查之當事人或辯護人先行開示

予他造，必要時得裁定延展審判期日，或甚至禁止該項證據提出調查²⁶⁸；而日本則將開示時期，原則上限制在公判前整理程序中，若在該程序中未為證據之聲請調查及開示，原則上將限制該證據於日後再聲請調查，有「失權效」之規範²⁶⁹，即除有不得已之事由致不能於公判前整理程序中聲請調查證據者外，不論何人，均不得再為新的證據調查聲請。

(四) 應開示未開示之效果：首先，美國的「Brady 法則」認為，當被告向檢察官請求特定有利於被告之證據時，檢察官即有憲法上之揭示義務，若未揭露，屬於違反保障被告之聽證權及防禦權而違憲；另縱使被告未請求，但檢察官知悉可能無罪之訊息時，亦必須對被告揭露，否則以上情形，上訴法院均是可以廢棄原判決的。至於檢察官未依法揭示之場合，法院是有權命其揭示、或檢查證據、或延期審理、禁止其於審判中提出該項證據，或作其他適當之處置；若是被告不願應檢察官要求揭示其聲請調查之證據，則被告就不能將該證據提出作為證據，法院亦不應調查該證據。而日本係於刑事訴訟法第 316 條之 26 第 1 項前段規定，法院認為檢察官有依法應開示證據而未開示者，或被告及辯護人有依法應開示證據而未開示者，得依對造當事人之請求，以裁定命開示該特定證據。但若當事人不遵守法院上開之證據開示裁定時，其法律效果為何？則未見明文規定，即有學者主張若當事人不遵守法院之證據開示命令，得由法院逕自對於該當事人發出提出證據之命令或予扣押，或排除相關證據之證據能力，甚至直接將該案件以形式判決中止訴訟程序，或有學者認為，因法律已明文規定證據開示

²⁶⁸ 參照美國聯邦刑事程序法第 16 條(d)(2) If a party fails to comply with this rule, the court may: (A) order that party to permit the discovery or inspection; specify its time, place, and manner; and prescribe other just terms and conditions; (B) grant a continuance; (C) prohibit that party from introducing the undisclosed evidence; or (D) enter any other order that is just under the circumstances.

²⁶⁹ 參照日本刑事訴訟法第 316 條之 32 第 1、2 項規定。

係當事人之權利，故關於法院命證據開示裁定之違反，即屬日本刑事訴訟法第 379 條之訴訟程序違背法令，得據為上訴第二審的理由²⁷⁰。

第三項 與我國現行閱卷制度之比較

比較美、日兩國證據開示制度與我國「被告閱卷權」之規定，由於我國現行法採取的是卷證併送之制度，實務上，法院依據我國刑事訴訟法第 33 條²⁷¹之規定，在考量武器平等，及避免招致偏頗不公之質疑等因素，多年的慣行，幾乎是將檢察官起訴後移送法院保管之卷證，除了依法須保密之事項（如秘密證人之人別資料、性侵害案件之被害人資訊或涉及國家機密事項）外，均會讓辯護人以閱覽並影印「全部」卷證之方式，將所有事證開示予被告。因此關於檢察官起訴資料之揭示範圍，無論對被告有利或不利，甚至是檢察官未注意而附在卷內之內部職務報告，在現行實務操作下，法院均會讓辯護人閱覽知悉，執此，關於「檢察官」證據開示之範圍，我國可以說採取的是「全面性的證據開示」，就此點而言，關於被告聽審權與防禦權之保障，我國現行「被告閱卷權」的證據揭示範圍，對被告而言，係甚為優厚的²⁷²。另關於證據開示的時期，我國亦較美、日兩國提前，只要檢察官提起公訴，辯護人於受被告委任後，可立即向法院聲請閱覽影印卷證，尤其是證人之供述筆錄，並未如美國法規定，限於證人已於審理作證後始能開示其證言，亦早於日本法規定於公判前準備程序中始為證據開示之規定，因此，就開示時期論，我國現行閱卷制度，更利於被告方面提早為訴訟準備，較諸

²⁷⁰ 鮫越溢弘，裁判員制度と公判前整理手続—争点整理・証拠開示を中心として—，特集—裁判員制度の総合的研究，法律時報 77 卷 4 号，2005 年 4 月，頁 38。

²⁷¹ 我國刑事訴訟法第 33 條規定：「辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影（第 1 項）」。

²⁷² 邱忠義，註 151 前揭文，頁 106。

美、日二國，益更加充實被告之防禦權。是我國關於被告訴訟資料取得的現行閱卷權規定，不論在開示的範圍、時期，均較美、日更為廣泛，對於被告訴訟或防禦權的保護都更加充實。

惟如同本文研究目的所提及，由於我國司法改革政策，有改採當事人進行主義下「起訴狀一本主義」制度之走向，已在前章節中論述，且考量我國應建立公平法院，確保公平審判之目標，本文亦採建議引進「起訴狀一本主義」制度之立場，則將來若修法引進，則依照現行刑事訴訟法第 33 條，辯護人得於審判中檢閱卷宗及證物之規定，在改採行卷證不併送之起訴狀一本主義之情狀下，被告方面將無法藉由現行審判中被告向法院閱覽卷證之「被告閱卷權」規定，檢閱到檢察官之起訴資料，職此之故，實有建構我國「起訴狀一本主義」制度下，關於當事人間互為證據揭示的「證據開示」規定之必要。而正由於我國現行「被告閱卷權」係類似「事前全面性證據開示」之制度，可說是對於被告的訴訟資訊取得範圍較大，時期亦較早，保障亦較為周延之制度，且多年運作的結果，原則上並無重大弊病²⁷³，且為當事人雙方所接受，故我國較諸日、美，更有採行事前全面性證據開示之優勢²⁷⁴；另外，再考量到全面性證據開示之功能，例如達成當事人間武器平等、實現實質對等，與確保人民憲法上訴訟權等，是比較美、日現行法制，與我國現行閱卷制度之結果，本文建議將來我國建構起訴狀一本主義下之「證據開示」制度時，應朝向「事前全面性證據開示」之體例。以下即說明我國將來引進刑事證據開示制度之立法建議。

²⁷³ 當然，我國現行關於「開示證據不當使用之禁止」規範，尚嫌不足，此點將於下節之立法建議中再討論，合先說明。

²⁷⁴ 諸如日本之新證據開示制度，由於日本舊法時期多年的實務運作，檢察官有不揭示所有起訴卷證之傳統，在面臨變革時，感情上當然難以「一步登天」，由僅須開示聲請調查證據，大幅修法為檢察官應開示全部之訴訟資料，就立法論而言，自有其難度。

第四節 引進刑事證據開示制度之立法建議

第一項 建議採行起訴狀一本主義—確保公平審判

由於歐陸法系的職權主義，堅持法官有依職權積極調查事實的義務，爲了方便法官主動調查，自然採取的是卷證併送的起訴方式，雖然法律上理想化的認爲法官不會受到檢察官的影響，仍會保持中立，以無偏見的心證臨訟，並注意對被告有利的證據，惟這樣的制度設計，是否適用於我國國民之民族性、社會條件或人文素質等國情，殊值反省。觀察德國在二次世界大戰後，關於刑事程序制度，未進行大幅度的變革，堅持只在舊有的職權主義基礎上作技術性調整，惟仍始終維持人民對於司法的高度公信力，其所憑藉的，有論者認爲係源於德國所擁有的高度人文條件，不論是法官或檢察官，在自我職務角色的認知上，都不把「審判承繼偵查」視作必然，德國的檢察官甚至強調，作爲一個爲了客觀正義奉獻的司法官，不得視己爲當事人，並應凸顯檢察官在訴訟中不應追求一己勝訴目標，反而應協助法院發見真實的機關職務功能，是觀察德國之刑事程序制度文化，關於檢察官與法官在職務上共識，已從以往具有法西斯傾向的院檢聯手打擊犯罪，轉而成爲重視院檢就一切對於被告有利與不利事證之協力發現，而其成功的關鍵，在於德國巧妙地轉化了檢察官的職務取向，使其不以追求定罪科刑爲唯一的目標，而此種檢察官的中立角色特質，雖然從人性的弱點看來，顯得不可思議，但基於德國檢察官之民族特性，及其對職務表現出的高度克己執著，始能讓職權主義下的法院，維持公平客觀之立場²⁷⁵。而反觀我國刑事訴訟之發展成果，就審檢素質、訴訟資源或辯護人自我期許各方面的社會條件審視，數十年經營的成果，是人民普遍對於司法信賴不具信心之結果，審視其原因之一，或許正係由於長期

²⁷⁵ 最高法院學術研究會編印，註 246 前揭書，頁 99-102。

以來，法院全數承繼檢察官偵查心證，容易抱持偏見，且因法院職權調查之結果，使偵審權責不分，造成被告有面對院檢共同訴訟上對手之錯覺，加上檢察官普遍存在法院應為補充調查之迷思，並忽略其客觀中立地位，造成檢察官率然起訴，且一旦起訴，往往拒絕撤回起訴，則我國實務運作多年的結果，實已偏離了職權主義本來預想的運作設計，其功能已難以發揮，無怪乎我國學者或實務家，在體認上述因素後，有朝向引進當事人主義制度之思考方向，當然，英美國家純粹之當事人主義制度，例如陪審制度的採行，或許不符我國人民的司法感情，但關於「起訴狀一本主義」之起訴制度，衡諸其功能，或許我國亦應朝向「相信權責嚴格區分、制度制衡，勝於相信人」的方向，思考採擇起訴狀一本主義，及其配套措施——「證據開示」制度之可能性。另查刑事訴訟程序之規定，應皆以保障刑事被告人權及訴訟主體地位為其本旨，換言之，如欲以憲法第 8 條之法定程序踐行法治國之自主原則與平等原則，即應保障刑事被告之防禦權，而為了充分的賦予防禦權，應使被告擁有與檢察官對等之武器，以求得訴訟上之平等地位，俾能獲致公平審判²⁷⁶，以實現公平法院之理念。職是，本文建議我國未來的修法方向，應將現行的起訴制度改為起訴狀一本主義，在此同時，亦應一併建立「證據開示」制度之明文規範。

第二項 證據開示規定之立法建議

我國最高法院學術研究會，曾提出對於證據開示制度之修正建議條文如下

²⁷⁷：

²⁷⁶ 參見司法院釋字第 582 號許玉秀大法官協同意見書。

²⁷⁷ 最高法院學術研究會編印，註 114 前揭書，頁 2、50 以下。

草案第 33 條

辯護人於審判中得聲請檢閱法院或檢察官持有或保管之卷宗及證物，並得抄錄或攝影。

辯護人不服檢察官就前項聲請所為之處分者，得以書狀或言詞向法院聲明異議。法院就前項異議，應為裁定。

修正理由：「本法第二百六十四條修正改採起訴狀一本主義，於起訴時不再添附相關卷宗及證據。惟修正案所採預斷排除原則，本為加強被告防禦權之保障而設，倘若因此造成辯護人檢閱卷證、利用訴訟資料之困難，進而有礙公判之準備，自非修法之本意。爰配合修訂第三十三條關於辯護人檢閱卷證規定，明定辯護人於審判中得向法院或檢察官聲請閱覽抄錄、攝影。又辯護人向檢察官聲請閱卷時，如就檢察官關於開示卷證之處分（包括受聲請後遲不開示）有所爭執，此等判決前訴訟程序上之爭點攸關審判能否順利進行，有明設救濟途徑之必要，爰參照本法第一百七十四條之體例及精神，於本條第二、三項增訂辯護人得向受訴法院聲明異議求為裁定，以資解決。」

草案第 163 條之 1 第 4 項

當事人或辯護人聲明訊問證人、鑑定人或通譯時，應先賦予他造知悉該證人等之姓名及住居所之機會；聲明調查證據文書或證物時，應先給予他造閱覽之機會。

修正理由：「於審判期日聲明調查之證據，若他造當事人當庭始第一次接觸該證據方法時，對該證據方法之真偽、可靠性等，勢必難以提出質疑或予以有效的彈劾，影響所及，他造當事人將要求法院展延審判期日以利其準備，而造成訴訟之遲延。因此，為使雙方當事人有效準備攻擊及防禦活動，並避免訴訟之遲延，關

於審判期日聲明調查之證據，自應預先開示予他造當事人。本法雖已於第三十三條第二項增訂起訴後辯護人得要求檢察官預先開示持有中之卷宗及證物之規定，惟於審判期日究竟檢察官（或自訴程序之自訴人）於何時，會提出何種不利於被告之證據聲明調查，尚不明朗，因此為充分保障被告或辯護人準備防禦起見，基於第三十三條證據開示之意旨，技術上仍有必要進一步規定檢察官（或自訴人）於審判期日聲明調查之證據，應預先開示予被告或辯護人，爰參酌美國聯邦刑事訴訟法第十六條及日本刑事訴訟法第二百九十九條第一項之規定，增訂本條第四項，要求當事人或辯護人聲請訊問證人、鑑定人或通譯時，應先賦予他造知悉該證人等之姓名及住居所之機會；聲請調查證據文書或證物時，應先賦予他造閱覽之機會，以資適用。」

此修正草案第 33 條關於證據開示制度之建構，係在我國目前的「被告閱卷權」基礎上，再增加辯護人於審理中，得向檢察官聲請閱覽卷證之方式，來調整將來修法改採起訴狀一本主義後，關於被告如何取得檢察官持有卷證資料之證據開示方法，即該草案採取的是辯護人得向法院聲請閱卷，以及得向檢察官聲請證據開示，分別予以規範。考其立法意旨，應係參考我國目前被告關於訴訟資料的取得，係案件一旦起訴，檢察官將偵查卷證全數移送法院後，辯護人即得藉由向法院聲請閱卷，而閱覽抄錄到原則上是「所有」的偵查卷證，多年慣行之結果，認為尚無窒礙難行之處，因此，考量目前被告得閱覽全部偵查卷證之既得優勢，於將來修法後，亦擬採取同樣的模式，賦予辯護人於案件起訴後，原則上得向檢察官聲請閱覽全部的偵查卷證，而朝向事前全面性的證據開示制度。另外，同條第 2、3 項明文規範，若辯護人不服檢察官就聲請閱覽卷證所為之處分者，得向法院聲明異議，亦肯認被告關於聲請閱覽檢察官持有卷證之請求權，賦予了被告權利主體地位，使此項證據開示之權利，得以真正實踐；而該草案第 3 項所謂「法院就前項異議，應為裁定」之規定，解釋上當然包含法院對於辯護人聲請閱覽相

關起訴卷證之證據開示要求，經衡酌無脅迫證人、湮滅證據等弊害，且認為對於被告防禦權或發現真實係必要者，法院即應積極地為「證據開示命令」之裁定。是此種立法方式，從保障人民憲法上之訴訟權、維護當事人實質平等原則，另考量我國目前被告方面得享有的閱卷範圍之角度而言，應是正確方向，因為唯有採行全面性證據開示，並賦予被告實質的證據開示請求權，被告始得受到公平法院審理，並在合乎正當法律程序之原則下行使其訴訟權，職此，草案採取的「全面性證據開示」體例，在聽審權保障、武器平等、公判與詰問活動之活化、促進訴訟經濟、落實無罪推定原則、本於被告或辯護人之權利構成，以及得以避免隱藏證據之危險而實踐公平審判諸節功能而言，殊值贊同。

而修正草案第 163 條之 1 第 4 項之規範，觀察其修正理由提到：「…惟於審判期日究竟檢察官（或自訴程序之自訴人）於何時，會提出何種不利於被告之證據聲明調查，尚不明朗，因此為充分保障被告或辯護人準備防禦起見，基於第三十三條證據開示之意旨，技術上仍有必要進一步規定檢察官（或自訴人）於審判期日聲明調查之證據，應預先開示予被告或辯護人」，可知，該修正草案係顧及案件審理過程，難免有新爭點或須提出新證據之需求，認為此乃審理之必然，因此不採證據開示時期僵化，亦不採未限期提出證據調查聲請即產生失權效之立法。惟改採起訴狀一本主義制度後，由於法院將無法充分掌握卷證，較諸卷證併送之訴訟構造，顯然無法為較有效率之訴訟指揮，而有延宕訴訟之疑慮，因此，如何促進訴訟，達成審理集中之目標，成為起訴狀一本主義制度成功運作關鍵之一，如日本即創設了公判前整理程序，藉由審理期日前的爭點整理、聲請調查證據程序及擬定審理計畫之方式，達成審理之迅速及集中，並且在日本的公判前整理程序中規定了聲請調查證據之失權效規範，已如前述，故未在該程序中聲請調查並依法開示之證據，原則上審理期日是不得再聲請調查及開示的，顯然是欲藉由較嚴格的失權效規定來達成公判前整理程序促進訴訟、集中審理之目的。本文以為，將來改採起訴狀一本主義後，如何達成促進訴訟、集中審理之目標，係不

得不思考的立法方向，若允許當事人於審判期日突然提出未經開示之證據，為保障對造之防禦詰問準備，法院僅得分別情形，使提出新證據調查之一造當事人先行開示證據予他造，必要時並應延展審判期日，使他造為訴訟準備，在案情複雜或爭點、證據繁雜之案件，將造成審理的嚴重延滯，故應將聲請調查證據及證據開示的時期，限制在我國現有的準備程序中，若在該程序中未為證據之聲請調查及開示，原則上將限制該證據於日後再聲請調查，而仿照日本「失權效」之規範，並例外規定（1）除有不得已之事由致不能於準備程序中提出者，於釋明該不得已之事由後，由法院裁定是否允許其另於審理期日提出調查，並於該不得已之事實結束後馬上開示證據予對造，（2）若法院認為必要時，得依職權裁量進行新的證據調查，讓為了發現真實而確有調查必要之證據，可受到涵蓋，以避免為了公判前整理程序之提高爭點整理及增進審理效率之目的，而犧牲了發現真實之目的，（3）在完備聲請調查證據之「失權效」規定後，應視上開第 163 條之 1 第 4 項之修正草案為，當符合上開例外得於審判期日提出新證據之情形時，檢察官或被告方面，自應依證據種類，預先給予對造知悉證人等之姓名、住所或閱覽該證據物、證據文書之明文規範。

至於被告方面的證據開示範圍，因考量被告及其辯護人之證據蒐集能力遠較檢察官薄弱，亦無國家公權力可資使用，其可開示的證據並不充足，況且檢察官本負有證明被告有罪之實質舉證責任，對於事實上主張及證據之提供，本來就是刑事訴訟程序中主要的爭執及判斷的對象，故檢察官本應負有較多的證據提供及證據開示的義務，是關於證據開示的範圍，應限於被告方面準備於審判期日聲請調查之證據，若係聲請傳喚證人，應預先給予檢察官知悉該證人等之姓名、住居所，或係聲請調查證據物或證據文書，則應預先給予檢察官閱覽之。是本文認為，此部分的制度設計，參酌前開已提供辯護人案件一經起訴，即得分別向法院、檢察官閱覽卷證機會之立法建議，故在準備程序中，辯護人於提出事實主張與證據調查聲請之同時，亦應一併就其所聲請調查之證據，開示予檢察官知悉，則辯護

人之證據開示義務，即屬完備。

第三項 證據開示規定之配套規定

第一款 準備程序之整備

第一目 概說

檢察官與被告、辯護人若能事先確認雙方爭點所在，並聚焦相關爭議進行證據調查，就審判程序的效率提升有顯著的效果。相同地，於雙方未有實質爭執的事證，耗費過多時間進行證據調查或無謂的辯論，也有礙於訴訟效率及訴訟經濟，並造成程序的鬆散。故日本刑事訴訟法第 316 條之 2 規定，法院考量持續性、計畫性並有效率地進行審理程序之必要，經聽取檢察官、被告或辯護人意見，於第一次審判期日前，得以裁定將案件交付公判前整理程序，以進行案件爭點及證據整理、證據開示等準備程序。是將來改採起訴狀一本主義及證據開示制度後，我國關於準備程序之概念及內容，爰參酌日本體例，應作相應的修正及調整，在我國依法適用準備程序之案件中，應透過事前的協商及證據開示，決定調查證據之範圍、順序及方法，以促進審理期日訴訟的迅速進行及集中審理。

第二目 爭點整理與審理計畫擬定

由於刑事案件若耗費時日、懸而未決，對於司法獲得國民之信賴，將有所戕害，故應朝向充實並迅速化審理之方向，因此，為了使有爭執的案件，於第一審

事實審能迅速而集中的審理，且爲了減緩將來採行起訴狀一本主義制度後可能產生的訴訟遲滯，並便於當事人及辯護人攻擊防禦之準備，於第一次審判期日前，當事人應積極地擬定證據調查之範圍、順序及方法，決定審判期日所欲聲請調查之證據，針對事實主張及爭點，進行交換整理，在準備程序中，由法院確認審判中應調查之證據、調查順序及方法，估算各項證據調查所需的時間，及指定必要次數之審判期日等，以事先擬定明確的審理計畫。

至於準備程序中是否進行證據開示程序，本文以爲將來的立法方向應是否定的。首先，本文認爲日本目前採取的三階段證據開示，係採取個別的證據開示，而非所謂的全面性證據開示架構，對被告訴訟權、防禦準備權等保障，有未臻周延之虞；且所謂的日本三階段證據開示，其程序規範綿密而繁雜，在我國非所有案件均有委任辯護人的情形下，非法律專業之被告是否能獨自妥適地聲明各該階段證據開示之權利，殊值存疑，是基於倡議事前全面性證據開示之見解，認爲應賦予被告方面，在案件一經起訴後，除依法須保密之事項，或經檢察官說明不應開示之理由並經法院裁定不予開示者外，得經由起訴後即向檢察官聲請閱覽全部偵查卷證之方式，採行全面性開示之體例。故檢察官持有起訴卷證之部分，已經藉由類似我國目前「被告閱卷權」之方式，提供辯護人得於準備程序開始前即向檢察官聲請閱卷之方式檢閱抄錄卷證，已如前述立法建議，自無在準備程序中再規定證據開示程序規定之必要。準備程序中法院要處理關於證據開示的部分，應係辯護人對於檢察官關於閱覽起訴卷證之處分不服時，應如何裁決的問題。

第二款 開示命令違反之效果

若被告就檢察官之開示處分異議，法院依此作出檢察官「應開示證據」或「不

應開示證據」之裁定，針對該法院裁定，當事人得否提出抗告？在日本，依日本刑事訴訟法第 316 條之 25 第 3 項、316 條之 26 第 3 項、第 326 條之 27 第 3 項明文規定，當事人若不服法院相關證據開示之裁定者，得提出即時抗告，前已論述，而此種立法方式，提供了當事人雙方更完整之救濟途徑，雖是更加保障雙方證據開示之權利，惟本文以為，慮及若採取與日本相同之即時抗告制，將產生訴訟程序中斷、並延滯訴訟之問題，爲了避免單一的異議，導致訴訟程序全數中斷之弊害，另慮及本文建議我國將來採取的是全面性證據開示之體例，原則上縱使檢察官就個別的證據決定不予開示，應不致於對於被告聽審或防禦權達到嚴重侵害至無法公平審判之程度，況且已經給予被告對於檢察官開示處分向法院異議之機會，從權利救濟的觀點而言，救濟途徑已經足夠，衡諸以上幾點，針對法院就請求開示證據所爲之裁定，建議應採取不得抗告之立法例²⁷⁸。

至於若受有法院所爲之證據開示命令，仍不開示證據予對造者，則應賦予一定不利益之法律效果，否則證據開示規定將形同具文。而開示命令違反效果之立法建議，參酌日本相關規定，關於開示命令違反之效果，因未見明文規定，學者主張有所謂證據排除說、形式不受理判決說、提出命令或扣押方式說，以達到證據開示之目的，已如前述。而關於我國此部分之立法建議，本文以為，若檢察官係全面性的不進行證據開示（例如一開始就不給辯護人閱覽偵查卷證），或不開示證據之範圍，已達嚴重侵害被告聽審權，致法院無從進行公平審判者²⁷⁹，法院應以形式不受理判決終結訴訟程序；若檢察官僅就部分證據不予開示，而其程度尚未侵害被告聽審權至不能公平審判之程度者，應僅就違反開示命令之證據，採取證據排除之效果，即檢察官不得據之爲追訴被告犯罪之依據。至於被告方面之證據開示部分，若被告不願應檢察官要求揭示其聲請調查之證據，則被告就不能

²⁷⁸ 同此見解，請參見黃翰義，註 3 前揭書，頁 311。

²⁷⁹ 黃翰義，註 3 前揭書，頁 312。

將該證據提出作為證據，法院亦不應調查該證據，建議採取的是證據排除之效果。

第三款 開示證據目的外使用之禁止

在我國，關於開示證據不當使用禁止之議題，特別是偵訊光碟的公開，因國內發生了有心人士，將偵訊光碟拷貝品在法庭外不當地公開，而掀起媒體競相登載，引發人權保障議題的探討²⁸⁰。若被告方面任意使用偵訊光碟或其他經開示之證據於與訴訟準備無關之事項時，可能造成個人隱私權之侵害、人格權受損，並導致民眾對偵查及審判機關的不信賴，使證人更不願出庭協助國家發現真實，甚至被告方面可能以斷章取義的方式來達成不當目的，顯而易見地，此等開示證據訴訟目的外之濫用，所造成的危害，是不能小覷。

最高法院學術研究會關於證據開示制度之建議修正條文之修正理由書²⁸¹中即提到：「當事人間有利用本項證據開示之機會，不當接觸、干擾或湮滅刑事證據者，按其情節自得分別適用刑法之相關規定予以論處。現行刑法對此行爲之處罰規定似欠周延，爰建議增訂妨害刑事司法罪，以避免因本項規定之運作所產生之副作用」，故開示證據訴訟目的外使用之禁止，實為證據開示制度不可或缺之配套規定。本文建議將來立法時應明文規範，雙方當事人就特定證據向對造為開示後，他造對於該證據，應負有一定保管及保密之義務，爰參酌日本刑事訴訟法第 281 條之 3 至第 281 條之 5 規定，當事人必須親自保管該項證據之影本或副本，

²⁸⁰ 最引人注目的是中國時報刊登中信金辜仲諒在特偵組偵訊的錄音光碟內容，並揭露辜仲諒於偵訊時表示：「到底是吳淑珍在當總統，還是陳水扁…」等偵訊內容，見中國時報，2009 年 2 月 7 日，A12 版、2009 年 2 月 24 日，A4 版。

²⁸¹ 最高法院學術研究會編印，註 277 前揭書，頁 55。

不得交由他人保管，亦不得基於原先訴訟準備以外之目的，而交付、使用該證據；另，爲了達到確實的禁止功效，須對違反上開保管、保密義務之行爲，課予一定的處罰，茲建議仿照日本明訂，被告或其辯護人或相關人，爲案件之審理準備而複製檢察官所給予閱覽或抄寫之證據，不得基於開示目的或其訴訟準備使用以外之目的，而將之交付、提示予他人，或藉由電訊設備通訊、傳真、網路提供予他人，若有違反，將科以一定之刑罰；至於當事人利用證據開示機會不當接觸、干擾或湮滅刑事證據者，現行刑法對此等行爲之處罰規定，亦僅有刑法第 165 條之湮滅刑事證據罪，對於威逼證人部分，則尙無明文處罰之規範，因此有增訂威逼證人罪等妨害刑事司法罪章之必要²⁸²。

第四款 證據不開示理由之告知

依據日本刑事訴訟規則第 217 條之 24 規定，檢察官於被告或辯護人請求開示證據時，有不能開示之情形時，檢察官必須告知不能開示之理由。於被告或辯護人向法院請求爲證據開示命令時，法院得依據檢察官所告知無法開示之理由，來判斷應否准予被告及辯護人之請求。考此項規定之目的，在於促使檢察官判斷證據開示與否以及其範圍時，應建立其統一性，故檢察官關於不予開示之證據，自應告知被告理由，始符合正當法律程序之基本要求。

而我國證據開示制度之相關修正草案第 33 條揭槩了辯護人對於檢察官關於閱覽偵查卷證之處分不服時，得向法院提出異議，爲落實被告之異議權，並考量程序之簡潔，檢察官拒絕開示證據時，自應告知被告方面不開示之理由，被告方

²⁸² 謝志鴻，註 88 前揭論文，頁 208。

面始得據以決定不異議，或向法院提出相應的異議理由。

第五款 辯護人制度之擴充

被告之辯護依賴權，基於刑事程序發現真實與保障人權之要求，係現代刑事訴訟制度應保障刑事被告之基本權利，尤其將來當事人主義進一步落實，則法庭活動中的攻擊防禦，係以當事人雙方為主角，則被告方面，面對擁有國家公權力與強制處分權之檢察官時，如何平衡雙方訴訟武器上之落差，使被告得獲得一定防禦攻擊的能力，係不容忽視之課題；同樣地，「證據開示制度」亦係為了保障被告防禦權之充實，使居於弱勢地位之被告或犯罪嫌疑人，在武器平等下，得以在刑事程序中與檢察官立於資訊相等的情狀下，實施其訴訟權，可以說證據開示制度，是充實「實質性辯護」及避免「不平等待遇」之必要手段，則為發揮實質辯護之功能，充實被告防禦權能，可見辯護人之地位將益形重要，而辯護人的法庭活動將更具有挑戰性，是義務律師之扶助機制，即有予以強化之必要²⁸³。而我國目前參考日本刑事訴訟法「國選辯護人」制度精神及我國現行公設辯護人條例、律師法相關規定，採行強制辯護案件雙軌制，於原來之刑事訴訟法第 31 條第 1 項增加法院得指定律師為被告辯護，以及低收入戶被告亦得聲請法院指定公設辯護人或律師之規定，並明定了「法律扶助法」，使經濟弱勢之被告，如有法律上之需求，不再求助無門，並由司法院捐助設立「財團法人法律扶助基金會」予以協助²⁸⁴，實是我國辯護制度擴充之一大進展，對人權之保障亦更加周延，宜

²⁸³ 黃翰義，註 4 前揭書，頁 39。

²⁸⁴ 詳細內容請參見財團法人法律扶助基金會網站，其網址：http://www.laf.org.tw/laf2010/big5/a1_1.php?PHPSESSID=bjhmsafcu8abrq97p0vmapjdh4。最後瀏覽日期：2010 年 10 月 30 日

贊同之。



第五章 結論

第一節 回顧綜整

「Justice must not only be done; it must be seen to be done」(正義不只是要被實現，且其實現之過程要被看見)，此英文法諺中隱含之智慧告訴我們，刑事司法之核心——公平正義，絕對不是法院獨擅地認為自己是公平且正義執法者，並將正義的實現，最終表現在判決上而已，其更應注重的是在審判的過程中，是否讓人民感受到法院的公平公正，此正如同英美國家認為一個好的制度設計，必須讓制度的實行過程「可能是公平的」，且要讓老百姓覺得「好像是公平的」(seeming justice)，是相同的道理，故刑事司法制度，在審判的「過程」中，即應以**實質平等且公正**之原則來「對待」當事人雙方，偏於當事人一方，都會使審判變成紀念儀式，喪失當事人對法院之信服。因此，刑事司法之結構，從集權主義下，國家司法權的專擅獨大，將人民視為訴訟客體之糾問制度，轉而從自由主義與個人思想的反動中，漸漸走向限制國家刑事司法權力擴張，重視刑事程序中應更平等地對待被告，使被告從消極的訴訟客體，轉變成具有權利主體地位之角色，其制度之設計，即是將犯罪之追訴與審判加以區分，去除法院身兼裁判與球員角色之審理方式，建立訴訟中三面關係之彈劾主義結構，區分進行追訴者為檢察官，被追訴之犯罪嫌疑人為被告，而法院則應立於超然中立地位，居中為裁判，不再兼具追訴者之角色，藉由三方權責區分，保護被告在訴訟中應享有之訴訟權能，故在現今世界各國均更重視被告權利保障之潮流下，被告訴訟主體的地位已在刑事程序中確立，執此，如何更「公平地」對待當事人雙方，維持當事人間實質平等，成為各國刑事訴訟制度所追求的重要目標之一；換言之，法官專擅獨大的官僚體制司法，容易有假職權之名而行糾問之疑慮，是爲了使刑事程序符合「公平審判」

原則，自應維持法院之客觀中立屬性，併加強被告訴訟權能之保障，使被告非但得以充分地參與訴訟，並得在訴訟程序中取得主導地位，而建立公平審判，而此刑事司法之建構方向，我國憲法雖未明文規定，然經由我國大法官多號解釋對於我國憲法第 16 條訴訟權之闡釋，明白宣示了我國刑事被告受有公平法院審判保障之意旨，是爲了落實憲法上人民訴訟權之實踐，國家自應提供人民適當且更完善之**刑事程序保障**，以符合「公平審判」之民主法治國家要求。

而在**刑事程序**中，若被告不知檢察官欲以證明其有罪之訴訟資料內容，是無法無法提出正確的防禦或辯護策略，故爲了建立當事人得公平地互爲有效攻擊、防禦之場合，本應使被告享有充分的**訴訟資訊取得權**，是本文認爲，關於被告「訴訟資訊取得」之證據開示制度，正如同我國現行刑事訴訟法第 33 條規範之「被告閱卷權」一般，二者其實具備同樣的憲法價值與核心概念，質言之，「證據開示」制度與「被告閱卷權」均係導源於被告憲法上訴訟權之保障，藉由其權利主體地位之落實，衍生出刑事被告於訴訟程序中，應享有聽審權與武器平等原則之權利，而其最終的目的，即在於使被告得受公平審判，實現其憲法上之訴訟權；再者，二者亦可認爲係憲法上所要求的最低程序保障，屬於現代法治國正當法律程序之要求，惟有透過此二種「訴訟資訊取得」之制度，始得確保刑事被告在正確且充分的資訊獲得前提下，作出切合事理且符合被告利益之訴訟作爲，進而正確地行使憲法上所保障之訴訟權。是我們可以從憲法上訴訟權之聽審權、程序上平等權（武器平等原則）、公平審判原則，以及現代法治國家所要求之正當法律程序原則中，探知「證據開示」之核心價值，並建立該制度在憲法上之地位。

而我國現行刑事訴訟法，在法官仍難脫免「職權調查義務」下，仍是「職權主義」色彩偏濃之基本訴訟架構，復以我國目前之起訴方式，採取的是「卷證併送」制度，檢察官於提起公訴時，已將所有偵查所得之資料，連同起訴書，送交法院，另配合刑事訴訟法第 33 條規定，辯護人於起訴後，即得藉由向法院聲請

檢閱卷證，對檢察官於起訴時送交法院之所有卷宗、證物，進行閱覽，因此，在我國採行卷證併送之制度下，律師既得於開庭前，閱覽檢察官送交至法院的起訴卷證資料，可以說，在我國現行制度下，關於被告訴訟資料取得，已有「被告閱卷權」之保障，似乎並無本文所探討之當事人間「證據開示」制度存在之空間。

惟觀察我國司法改革之脈絡，認為職權進行主義在我國多年運作之結果，已偏離公平法院之理想，法院、檢察官及辯護人三方面關係嚴重失衡，被告訴訟權益未能獲得有效保障，因此，為了重建公平之審判制度，而倡言引進「起訴狀一本主義」，成為我國司法改革之一明顯趨勢；而本文亦持建議採行起訴狀一本主義之相同立場，認為或許司法正義的追求，並不是要國家主動的介入調查證據，而是要提供一套讓檢察官與被告站在公平地位互相攻防的訴訟制度，由於歐陸法系國家，法官身兼對於被告方面的訊問者，同時又具有最後判決的決定權，此種權力完全不對等的溝通模式，其正當性是備受質疑的，而職權主義下法官的「澄清義務」、「照料義務」及檢察官的「客觀性義務」，是否真的「澄清」、「照料」並「客觀」呢？此種端賴法官個人英明及檢察官睿智正義之制度，若處於司法人員缺乏使命與自覺的情形下，有可能導致最不「澄清」、「照料」及最不「客觀」的結果，質言之，職權主義可謂是一種「重人輕法」的制度設計，其制度功能的發揮，端賴法官、檢察官，甚至是辯護人各自克紹其職，三方的個人睿智、對職務的使命感與堅守職責，成為該制度成功與否的關鍵，而非仰賴法律制度之正當性規範，「人」成為該制度運作合宜的關鍵。惟正確的審判制度選擇方式，本文仍秉持應朝向「信任制度，而非信任人」之立場，認為職權主義完全地信賴國家機關會公正踐行刑事訴訟法規定之程序，無非是陳義過高；換個角度觀察，從職權主義期待法官職務內容的可行性言之，法院將身兼訴追、辯護與裁判三種相互衝突的職務內容，卻期待藉此獲致公平裁判，無異是期待法官具備超人的特質，惟法官是人，而非神，從人性的角度觀察，此種法官職務內容的設計，可謂違反人性，其可行性必遭質疑，且法院本應維持的中立、客觀立場，在法官職權介入

調查之情形下，縱使再怎麼盡力維護，也難免遭被告、辯護人，甚或是檢察官，其中一方的質疑，由此點來觀察，這樣的制度，是否符合公平法院及正當法律程序之要求，是應該存疑的，而職權主義一直存在著「糾問復辟」之質疑，對於保障人權來說，亦非妥適，雖然若將職權主義套上「不重視正當程序」、「侵害被告人權」之名，是太過於沈重且昧於事實，但即使主張「司法改革不應有採用當事人主義即可解決我國體制上問題」的學者亦無法否認，依據現行法之規定，審判程序並非獨立超然的程序，其透過檢察官起訴的移送卷證程序，由法院承接偵查階段之成果，審判程序無疑是偵查程序之延伸而已，而此種模式已背離人權保障與公平法院之構造，更使司法信賴受到挑戰，確實有檢討修正之必要，而認為起訴程序之修正方向，或可採用起訴狀一本之格式²⁸⁵。故本文亦基於同樣的立場，在體認上述因素後，建議我國應引進「起訴狀一本主義」，當然，英美國家純粹之當事人主義制度，例如陪審制度的採行，或許不符我國人民的司法感情，但基於「相信權責嚴格區分、制度制衡，勝於相信人」之立場，建議我國未來的修法方向，應仿效日本刑事司法，廢除「卷證併送」，將現行的起訴制度改為起訴狀一本主義，以排除預斷、活化詰問制度與傳聞法則、正確釐清院檢權責、並淡化職權調查，實踐我國刑事訴訟法第 163 條所歸諸之立法意旨，並確保公平法院建立，始較符合我國追求公平審判之憲法價值。

但慮及將來一旦正式修法引進「起訴狀一本主義」制度，將造成被告及其辯護人無法如卷證併送制度一般，藉由向法院閱卷而充分閱覽檢察官起訴之卷證資料，以進行防禦準備，故在將來改採行「起訴狀一本主義」制度之時，勢必須要思考在卷證不併送下，被告方面將如何取得檢察官所擁有之訴訟資料，而同時建構我國當事人間互為揭示證據資料之「證據開示」制度，以作為「起訴狀一本主義」之必要配套措施。

²⁸⁵ 柯耀程，註 33 前揭書，頁 63、67。

而日本在近代刑事訴訟法制的發展上，在二次大戰後，模仿美國刑事訴訟法之制度，改採行當事人主義，當時為使審判與偵查絕緣，切斷偵查與審判之接續性，在刑事訴訟起訴程序中採取「起訴狀一本主義」之制度，並至 2005 年 11 月 1 日施行新的「證據開示」規定，大抵而言，日本戰後從「職權主義」過渡到「當事人主義」，「起訴狀一本主義」正係建構新日本刑事司法之主軸，至 21 世紀初日本進行司法改革，併修訂了「公判前整理程序」與新「證據開示」的機制，而其中「證據開示」制度之修法，歷經長時間實務與學界的爭議與論述，值得我國借鏡，而日本從職權主義過渡到當事人主義的歷史背景，亦與我國未來司法改革的腳步相符，對於長年以來一再討論是否採行「起訴狀一本主義」的我國，實為未來法律修正不可或缺的參考素材，故本文以詳細介紹日本新證據開示規定之方式，俾供我國將來相關立法的他山之石，並嘗試提出適合我國國情的立法建議，以下概要說明日本新證據開示制度之流程如下：

日本所採取是「階段性個別開示之制度」，分為：(1) 第一階段：先由檢察官就聲請法院調查之證據，開示相關的證據（檢察官請求調查證據之開示，日本刑事訴訟法第 316 條之 14），(2) 第二階段：再由檢察官開示判斷上述聲請調查證據的證明力之相關類型性證據（類型性證據開示，同法第 316 條之 15），(3) 第三階段：於被告提出具體之事實主張後，再由檢察官開示與被告主張關連之證據（爭點關連證據開示，同法第 316 條之 20），屬於「三階段個別開示架構」。其主要是為了配合公判前整理程序之進行方式，以連結雙方當事人之事實主張，以及證據調查聲請的方式，來達到協助爭點整理及訂定審理計畫之效果，其進行方式大致如下：首先，檢察官必須提出對於犯罪事實之主張及聲請調查之證據（同法第 316 條之 13），然後由檢察官開示與聲請調查證據相關之證據（同法第 316 條之 14），接著針對用以判斷上開檢察官聲請調查證據的證明力，並且係對被告之防禦準備具有必要性及重要性，且開示所生弊害亦較小之證據類型再次要求檢察官進行開示（同法第 316 條之 15）；於檢察官 2 次開示後，被告應說明對於檢

察官聲請調查證據之意見，並提出其事實上之主張與證據調查之聲請（同法第 316 條之 16、17），同時亦應將其聲請調查的證據開示予檢察官（被告請求證據之開示，同法第 316 條之 18），然後由檢察官表明對於被告聲請調查證據之意見（同法第 316 條之 19），接著檢察官應將與被告事實上主張相關之證據開示予被告（爭點關連證據開示，同法第 316 條之 20），透過上述三階段之證據開示以及穿插其間之事實主張、證據調查聲請與意見之陳述，使兩造檢討事實上主張之妥當性（同法第 316 條之 21、22），以達到爭點整理，並訂定審理計畫，而完成公判前整理程序。可以說日本之證據開示制度，係考量全面開示所產生之弊害，因此以「擠牙膏式」的三階段開示方法，在原則上不一開始就揭示檢察官所擁有的「全部」卷證之情形下，階段性的就個別證據來進行開示。

第二節 修法建議與展望

第一項 修法建議

關於將來我國引進採行起訴狀一本主義後，應建構之「證據開示」制度，本文提出相關之立法建議，首先，關於我國現行刑事訴訟法第 33 條，建議將原本的條文修訂為：

「辯護人於審判中得聲請檢閱法院或檢察官持有或保管之卷宗及證物，並得抄錄或攝影」

「辯護人不服檢察官就前項聲請所為之處分者，得以書狀或言詞向法院聲明異議」

「法院就前項異議，應為裁定（第 3 項）。」

即關於被告方面可取得訴訟資訊之範圍及方法部分，認為應在我國目前的「被告閱卷權」基礎上，再增加辯護人於審理中，得向檢察官聲請閱覽全部卷證之方式，來取得檢察官持有之卷證資料。由於我國目前被告關於訴訟資料的取得，係案件一旦起訴，檢察官將偵查卷證全數移送法院後，辯護人即得藉由向法院聲請閱卷，而閱覽抄錄到原則上是「所有」的偵查卷證，多年慣行之結果，認為尚無窒礙難行之處，因此，考量目前被告得閱覽全部偵查卷證之既得優勢，於將來修法後，亦建議採取同樣的模式，賦予辯護人於案件起訴後，原則上得向檢察官聲請閱覽全部的偵查卷證，而朝向「事前全面性」之證據開示制度，以保障被告聽審權保障、武器平等原則實踐、公判與詰問活動之活化、促進訴訟經濟、落實無罪推定原則，以及得以避免隱藏證據之危險而實踐公平審判。

另外，若辯護人不服檢察官就聲請閱覽卷證所為之處分者，應得向法院聲明異議，以肯認被告證據開示之請求權，賦予被告權利主體地位，使此項證據開示之權利，得以真正實踐；而法院對於辯護人此項異議，經衡酌無脅迫證人、湮滅證據等弊害，且認為對於被告防禦權或發現真實係必要者，法院即應積極地為「證據開示命令」之裁定。

復慮及將來採行證據開示制度後，恐有開示證據訴訟目的外之濫用，因此，關於當事人間有利用證據開示之機會，不當接觸、干擾或湮滅刑事證據者，自應按其情節，分別適用相關規定論處，是本文建議將來立法時應參酌日本刑事訴訟法第 281 條之 3 至第 281 條之 5 規定，明文規範雙方當事人就特定證據向對造為開示後，他造對於該證據，應負有一定保管及保密之義務，且當事人必須親自保管該項證據之影本或副本，不得交由他人保管，亦不得基於原先訴訟準備以外之目的，而交付、使用該證據；另，為了達到確實的禁止功效，須對違反上開保管、保密義務之行爲，課予一定的處罰，茲建議仿照日本制度明訂，被告或其辯護人

或相關人，為案件之審理準備而複製檢察官所給予閱覽或抄寫之證據，不得基於開示目的或其訴訟準備使用以外之目的，而將之交付、提示予他人，或藉由電訊設備通訊、傳真、網路提供予他人，若有違反，將科以一定之刑罰；至於當事人利用證據開示機會不當接觸、干擾或湮滅刑事證據者，現行刑法對此等行為之處罰規定，亦僅有刑法第 165 條之湮滅刑事證據罪，對於威逼證人部分，則尚無明文處罰之規範，因此亦建議有增訂威逼證人罪等妨害刑事司法罪章之必要。

至於被告方面的證據開示範圍，因考量被告及其辯護人之證據蒐集能力遠較檢察官薄弱，亦無國家公權力可資使用，其可開示的證據並不充足，況且檢察官本負有證明被告有罪之實質舉證責任，本應負有較多的證據提供及證據開示的義務，是關於被告證據開示的範圍，應限於被告方面準備於審判期日聲請調查之證據，若係聲請傳喚證人，應預先給予檢察官知悉該證人等之姓名、住居所，或係聲請調查證據物或證據文書，則應預先給予檢察官閱覽。

第二項 展望

「證據開示」制度之引進，如同任何訴訟制度的改革一般，必然會存在著害怕改變的聲音，然而，正如日本東京大學學者曾說：「因為國情的不同，改革之初由於（日本）對於美國法認識不足，在採用新制度後不久，曾有一段混亂的期間，而在實際運作上仍花了相當的時間來加以適應，但也許是憑著日本人的幹勁及意志，也慢慢的將刑事訴訟制度日本化，使得這個制度具有混合的特徵」，是日本刑事訴訟法的改革，從職權主義的訴訟制度過渡到當事人進行主義，採行起訴狀一本與證據開示制度，亦是曾經蹣跚難行，但也終於發展出人民司法信賴感極高的刑事訴訟成果，日本曾經走過的道路，與我國從職權主義，漸漸發出走向

當事人進行主義的呼聲日高的趨勢，可以說是如出一轍，適足以提供我國司法改革一劑強心針，成為我國師法之對象。而拙文本於讓我國刑事司法制度更為完善、更保障人權的角度，倡議引進「起訴狀一本主義」，以及「證據開示」制度，冀望藉由本文對於「證據開示」制度之理論基礎、日本實務演進與立法制度，以及其價值核心理念之探討，俾提供將來修法時之參考，而建立我國更接近於公平審判之刑事司法。

