論國民法官法「慎選證據原則」之解釋與適用關係（上）

文／陳文貴

壹 前言

國民法官法於今（2023）年元旦正式上路，據媒體報導，臺灣臺中地方檢察署於今年元月 4 日，偵查終結黃姓業務員殺人案，因符合國民法官法第 5 條第 1 項第 2 款所定「故意犯罪因而發生死亡結果者」，經檢察官提起公訴，繫屬於臺灣臺中地方法院管轄之第一審應行國民參與審判之案件，且已通過電腦抽籤，確定成為全台首件，應適用國民法官法，由國民法官參與審理之案件。逢此新制施行初始，關於適用國民法官法之案件，依據國民法官法第 52 條第 4 項規定：「檢察官依第一項、第二項規定聲請調查證據，應慎選證據為之。」論者多有認為，此條項之規定，係採所謂「最佳證據」或「最佳證據原則」云云。受此影響，臺灣士林地方法院 111 年度模訴字第 2 號準備程序筆錄，也有記載當事人聲請調查新聞報導資料及報導受訪者，後由法院依據所謂最佳證據原則，認為無調查必要，而裁定不予調查之情形，對此論者先後亦有所提出批評。

英美法之最佳證據原則與國民法官法第 52 條第 4 項之規範意旨，是否等同？抑或係張冠李戴之概念誤用？在國民法官法施行之始，此種法制面的法律適用與解釋問題，自應當首先予以釐清，避免因為望文生義或誤解外國法制之結果，因而導致審判上適用與解釋法律發生謬誤，致影響國民法官法制度之順利推行。再者，倘若非如此，則國民法官法第 52 條第 4 項規定之規範意旨，究竟何在？應如何解釋與適用，即非無疑？本文乃首先就所謂「最佳證據原則」予以簡要介紹，以供作為與國民法官法第 52 條第 4 項所定之慎選證據原則參考比較；次再就國民法官法第 52 條第 4 項規定之立法意旨，從日本刑事訴訟規則以及我國刑事訴訟法之相關規定，分析該條規定應有之實質規範意義；最後，再針對上開規定之規範效力加以分析，並提出本文粗淺之看法，俾供適用國民法官法案件審判上之參考。

貳 英美法之最佳證據原則

一、關於文書證據之原本提出要求

18 至 19 世紀時期，在英美法判例制度上，關於欲證明某項待證事項者，在文書證據上如有原本與複製品之存在爭議情形時，司法實踐的證據法規則上認為，原則上當事人應提出用以證明該項待證事項之最佳證據加以證明之。至於何謂「最佳證據」，則應視待證事項之本質而定，當以書寫、錄音、錄影或相片等複製品之內容作為證據時，原則上必須提出該證據之原本作為證明，以避免人為的偽造或因複製操作上的意外因素，導致複製品與原本資訊內容的扭曲或錯漏[1]。通常文書的原本（或有稱為「原件」者），在這種情況下是最佳證據。由於此一原則基本上係關於「文書證據」的原始文件提出要求，因此又稱為「原始文件原則」（the original document recording/ the original writing recording）或「原本法則」（the original writing rule）。此種適用於文書（documents）、照片（photographs）、紀錄（recordings）[2]之原本提出要求，遂為彼邦學說與司法實務稱為「最佳證據原則」（the Best Evidence Principle/ Rule）[3]。

現在美國聯邦證據法，更於第 1002 條明確規定了此種原本提出法則的最佳證據要求，亦係在規範適用於文書、紀錄或照片，依該條規定：除本法或國會制定之法律另有規定外，為證明文書、紀錄或照片之內容，應提出文書、紀錄或照片之原本[4]。依上述學說及美國聯邦證據法之實定法規定來看，英美法所謂之最佳證據原則，係指原始文書證據的原本提出要求規則，其適用範圍也僅限於文書、紀錄或照片，亦即關於文書、紀錄或照片之出證，原則上應提出其原始文件，用以證明其內容真實性之證據適格性提出要求。

文書、紀錄或照片乃傳統最佳證據原則之規範適用客體，至於刑法第 220 條第 1 項規定：「在紙上或物品上之文字、符號、圖畫、照像，依習慣或特約，足以為表示其用意之證明者，關於本章及本章以外各罪，以文書論。」之準文書，及同條第 2 項規定之：「錄音、錄影或電磁紀錄，藉機器或電腦之處理所顯示之聲音、影像或符號，足以為表示其用意之證明者，亦同。」與刑事訴訟法第 165 條之 1 第 2 項所定：「錄音、錄影、電磁紀錄或其他相類之證物可為證據者，…。」之新型態數位電磁紀錄，也包括在上開聯邦證據法所定義的最佳證據原則的原本提出要求之內。因此，出證之一方，如果提出文書、錄音、照片或數位電磁紀錄作為證據，依據適用最佳證據原則之原本提出要求，原則上也應該提出原始的文件、紀錄、照片或電磁紀錄用以證明其內容之真實性；因此錄音、錄影、電磁紀錄或其他相類之證物可為證據者，原則上自應提出該錄音、錄影、電磁紀錄或其他相類證物之原始資料，由審判長以適當之設備，顯示聲音、影像、符號或資料，使當事人、代理人、辯護人或輔佐人辨認或告以要旨，加以調查。由是可知，最佳證據原則乃係關於證據適格與證據調查之規範。

二、關於複製品 / 衍生證據之證據能力

文書、照片或紀錄、電磁紀錄之原本，固然在證據法上是最佳證據，可以經由對原本的檢驗證明，具體實踐直接審理主義之精神，但有時原本已經滅失而不復存在或為他造所保管，而他造拒絕提出或隱匿，則倘若絕對堅持一定要提出原本，則對於真實之發見或公平正義之實現，難免也有所妨礙。因此，原始的最佳證據原則因為本身也存在重大缺陷，導致遭受彼邦證據法學者的批評，認為並不切合社會實際情況[5]。此乃因數位證據之複製品，在現今社會科技趨勢下的廣泛應用下，實與原始電磁紀錄無異。如對原始數位電磁紀錄加以轉存、轉錄於其他載體如 SD 卡、雲端硬碟、拷貝於光碟、隨身硬碟之情形，例如微軟公司（Microsoft）廣泛販售的 Windows 軟體作業程式，除微軟公司所保存之原始編寫的電磁紀錄檔案外，其餘對外商業販售之 Windows 作業程式，概念上則均係屬於原始數位電磁紀錄之複製品，此種可以重現與原始數位電磁紀錄內容之一致性，乃數位電磁紀錄之特性，並無排斥適用最佳證據原則之正當理由[6]。因此，乃有承認複製品證據能力之必要。

現在關於上述問題，美國聯邦證據法第 1003 條對於複製品之提出要求，亦有所修正而明文規定：除非提出關於原本之真實性（authenticity）問題或承認複製品證據能力有不公平之情形，否則複製品與原本具有相同之證據能力[7]。此一規定就是在調和原本提出要求可能過於嚴苛，以及可能導致訴訟上不切實際的不公平，以及不利真實發見及基於訴訟經濟原則的考量，因而有其必要性。

至於當對複製品的真實性，亦即複製品是否與原本之內容相同，有所爭執時，聯邦證據法第 1004 條也提供了判斷複製品證據能力的認定標準：當有下列情形之一，有關文書、錄音或照片之其他證據亦有證據能力，毋庸提出原本：（一）所有原本遺失或毀損，及非提出者出於惡意；（二）任何可運用之司法程序，均無法獲得原本；（三）該原本由原本提出之相對人控制，而相對人無論以訴狀或其他方式於該時也受告知，原本文書、錄音或照片之內容將是審判中證明之主題，而相對人仍於審判或聽審程序中未提出該原本；或（四）原本文書、錄音或照片之內容並非密切關於該案之主要爭點[8]。這個關於文書、照片、紀錄或電磁紀錄複製品的證據能力衡平規定，同樣係源自於最佳證據原則而來[9]。由此可見，最佳證據原則並不排斥非原始證據之衍生證據，亦即複製品之證據能力。因此，不能誤解凡是非原始證據，而係衍生證據、二手證據或間接證據、情況證據，或者說並非慎選關鍵之重要證據，即逕自認為不符合最佳證據原則或直接審理主義之要求。

參 國民法官法的慎選證據原則

一、慎選 / 嚴選之規範意義

國民法官法第 52 條第 4 項規定：「檢察官依第一項、第二項規定聲請調查證據，應慎選證據為之。」立法理由說明：「為落實國民參與審判集中審理並促進審判效率進行，以儘量減輕國民法官負擔之意旨，檢察官應儘可能慎選關鍵之重要證據，集中於法庭上主張，爰參考日本刑事訴訟規則第一百八十九條之二，訂定第四項。」關於此一規定，論者或有將此泛稱為「最佳證據」者，如認為：「就

（文轉三版）

註釋

1 Dale A. Nance, “The Best Evidence Principle,” Iowa Law Review 73, no. 2, 227-298(1988).

2 Matthew Lippman, Criminal Evidence 182(2016).

3 Arthur Best, Evidence Examples & Explanations 217(10th ed. 2017).

4 Rule 1002. An original writing, recording, or photograph is required in order to prove its content unless these rules or a federal statute provides otherwise.

5 Edward J. Imwinkelried, The Worst Evidence Principle: The Best Hypothesis as to the Logical Structure of Evidence Law, University of Miami Law Review 46, no. 5, 1069-1100 (May1992).

6 陳文貴，刑事訴訟法理論與實務註釋，2022 年 10 月，2 版，444 頁。

7 Rule 1003. A duplicate is admissible to the same extent as the original unless a genuine question is raised about the original’s authenticity or the circumstances make it unfair to admit the duplicate.

8 Rule 1004. n original is not required and other evidence of the content of a writing, recording, or photograph is admissible if: (a) all the originals are lost or destroyed, and not by the proponent acting in bad faith; (b) an original cannot be obtained by any available judicial process; (c) the party against whom the original would be offered had control of the original; was at that time put on notice, by pleadings or otherwise, that the original would be a subject of proof at the trial or hearing; and fails to produce it at the trial or hearing;

法源法 www.lawba 檢索全部法規、司法判解、行政函釋、裁判書、起訴書、論著 服務 TEL:02-2 JUDICIAL 司法 訂閱辦法 費用新臺 如蒙 請郵政 帳 5005 帳 司法院 電 02-236

法律網
ank.com.tw
一欄式檢索、各類資料進階檢索
原資訊
專線
509-3536
WEEKLY
周刊
周出刊
訂閱
幣400元
訂 閱
劃撥
號
4377
戶
司法周刊
話
618798

（文接二版）

不爭執之同一待證事實，如有多項證據可資證明，應儘可能慎選其中『最佳證據（Best Evidence）』聲請調查，以簡化審判期日調查證據之數量。例如：有數份偵訊筆錄均得證明同一待證事實時，有別於現行實務全部均聲請調查之慣行，宜聲請調查其中一份筆錄即可。此處所謂的最佳證據應從是否為證明待證事實（含罪責及量刑事實）必要而不可欠缺之證據的角度思考，如果必須聲請調查多項間接證據而證明某待證事實時，則宜儘可能彙整成統合性書面，以簡化審判期日調查證據之程序[10]。」等語；或謂「至於當事人本於挑選『最佳證據』之立場，於一審時放棄或撤回特定證據之調查聲請，不論是主動為之，或是經法院勸諭後而為，均難認有何不得已之事由可言，故應認為係屬可歸責於當事人之情形，不能准予調查[11]」；或謂：檢察官提出的 3 項文書證據 (通知書、報告書等)，合議庭認為第一審依據第 1 位到現場員警之證詞加以審認，即為已足，所持理由為：此係「最佳證據原則」之踐行。… 是供「國民法官」及「職業法官」一起直接審理共見共聞之證據，此不失為最接近事實真相之證據，也是最佳的證據[12]。甚至更有進一步認為，此一規定係所謂「最佳證據原則」者，如謂「參考國民法官法的『最佳證據原則』，書類引用足以認定事實之證據即可，…[13]」。由於受到上述概念之影響，導致實務上臺灣士林地方法院 111 年度模訴字第 2 號準備程序筆錄，也有記載當事人聲請調查新聞報導資料及報導受訪者，後由法院依據最佳證據原則認為無調查必要，而裁定不予調查之情形，論者對此已有提出批評（詳如下述）。

依照國民法官法第 52 條第 4 項規定及其立法理由綜合來看，本條規定係指檢察官聲請調查證據之規定，檢察官聲請調查證據應該「慎選關鍵之重要證據」，反面言之，乃係指示檢察官就本案待證事實之證據，如果有多項證據可以提出時，應該儘量選擇其中關鍵之重要證據即可，至於其他與重要之關鍵證據相比較，較為次要或較不重要之證據，基於為落實國民參與審判集中審理，並促進審判效率進行，以儘量減輕國民法官負擔之意旨，則應儘量不要提出聲請調查。此從上開條文立法理由所載，日本刑事訴訟規則第 189 條之 2 規定：「聲請調查證據，有關要證事實之舉證，應『嚴選必要之證據』為之。」[14]之規定來看，無非係在指示檢察官之「出證」，在對於待證事實有多項證據時，應慎選或嚴選與待證事實有關之證據指示而已，並非有關於證據能力之規定。此與英美法上述所謂最佳證據原則，係用以規範文書、照片、紀錄等原始文件、電磁紀錄及其複製品之證據能力問題，迥然不同，且完全毫不相關。再從美國聯邦證據法第 1002 條使用「原本要求」（Rule 1002. Requirement of the Original）一詞，且其規定內容亦只限於文書、紀錄或照片；第 1003 條之條號，更係直接使用「複製品之證據能力」（Rule 1003. Admissibility of Duplicates）一詞，在在明確表示，英美法所謂最佳證據原則，係指有關文書、紀錄、照片證據之原本提出要求，以及其複製品之證據能力規定，而不是在用以規範有多種證據可以證明某待證事實時，應該儘可能慎選關鍵之重要證據提出之出證問題。

依上所述，就國民法官法第 52 條第 4 項規定及日本刑事訴訟規則第 189 條之 2 規定之「慎選證據原則」或稱為「嚴選證據原則」以觀，兩者之規範意義與適用範圍來看，與英美法所稱之最佳證據原則，根本上是風馬牛兩不相干之事。就此論者亦有推測認為，將國民法官法第 52 條第 4 項之規定，定義為最佳證據或最佳證據規則，可能係受到「日本裁判員裁判之檢察基本方針」（日本檢察官協會譯著）之頁 11 之 D.(a) 所述「這就是最佳證據（best evidence）選取的問題」這句話的影響而來[15]；或認為無論如何，原始之最佳證據原則所指的不該是「有沒有調查證據之必要性且不可欠缺者」或嚴選證據之意涵，而誤會了最佳證據原則之本意[16]。更有直指，以平成 18 年司法研究為代表之「證據嚴選」論，從使用「主張事實之證據方法應嚴格選擇而請求」的文義及日本少數學說及實務上使用最佳證據一詞，用以詮釋嚴選證據原則時，不無有所誤解最佳證據原則之意涵[17]，可謂均係真知灼見之論。

二、慎選證據原則之效力何在

國民法官法第 52 條第 4 項僅係規定，檢察官依同條第 1 項、第 2 項規定聲請調查證據，「應慎選證據為之」。依本條項規定之文義來看，此一規範主體僅限於檢察官聲請調查證據時，始有其適用，不包括被告及其辯護人聲請調查證據在內。再者，從上開條文使用「應慎選證據為之」的規定來看，也與立法理由所參考的日本刑事訴訟規則第 189 條之 2 規定，使用應嚴選「必要之證據」，也不盡相同。日本刑事訴訟規則第 189 條之 2 規定，使用應嚴選「必要之證據」，顯然係指「證據調查之必要性」而言，此與我國刑事訴訟法第 163 條之 2 第 1 項所定：「當事人、代理人、辯護人或輔佐人聲請調查之證據，法院認為不必要者，得以裁定駁回之。」及國民法官法第 62 條第 2 項所定：「當事人或辯護人聲請調查之證據，法院認為不必要者，應於準備程序終結前以裁定駁回之。」之不必要聲請調查證據駁回規定，較為相當，同屬於不必要調查證據之效力規範。

國民法官法第 52 條第 4 項規定，雖係指示檢察官聲請調查證據時，應慎選證據為之，但並未如同日本刑事訴訟規則第 189 條之 2 規定，使用應嚴選「必要之證據」一詞，顯見國民法官法第 52 條第 4 項規定，並非有關對應上述刑事訴訟法第 163 條之 2 第 1 項所規範之不必要聲請調查證據效力規定。

再對照國民法官法第 62 條第 2 項規定：「當事人或辯護人聲請調查之證據，法院認為不必要者，應於準備程序終結前以裁定駁回之。」此一規定，與刑事訴訟法第 163 條之 2 第 1 項之規定，除了規範主體在刑事訴訟法包括「當事人、代理人、辯護人或輔佐人」聲請調查之證據，而國民法官法第 62 條第 2 項規定之規範主體僅限於「當事人或辯護人」，以及刑事訴訟法第 163 條之 2 第 1 項之規定不限於準備程序或審判期日，而國民法官法第 62 條第 2 項規定則明確規定，應於準備程序終結前以裁定駁回之，兩者係因應國民法官法第 5 條規定，因為案件類型之不同，而應分別適用刑事訴訟法之一般程序或應適用國民法官法之特別程序有所不同者外，刑事訴訟法第 163 條之 2 第 1 項及國民法官法第 62 條第 2 項規定，兩者實質上均係屬訴訟當事人聲請調查證據時，法院如認為係屬「不必要證據調查之聲請」，而應如何處理之問題。此從國民法官法第 62 條第 3 項規定：「下列情形，應認為不必要：一、不能調查。二、與待證事實無重要關係。三、待證事實已臻明瞭無再調查之必要。四、同一證據再行聲請。」，及其立法理由載明：「又何謂『不必要』，亦應有明確之標準，爰參考刑事訴訟法第一百六十三條之二規定，明定於第二項、第三項。」之說明，即可明瞭。此一規定與刑事訴訟法第 163 條之 2 第 2 項之規定：「下列情形，應認為不必要：一、不能調查者。二、與待證事實無重要關係者。三、待證事實已臻明瞭無再調查之必要者。四、同一證據再行聲請者。」完全相同，也與德國刑事訴訟法第 244 條第 3 項、第 245 條第 2 項之拒絕證據調查聲請（Ablehnung von Beweisanträgen）規定之規範意義，大致相同，均屬於刑事訴訟制度固有意義下的「不必要證據調查聲請」之駁回規定，並非國民法官法制度所新創。因此，倘若檢察官聲請調查之證據，而法院基於國民法官法第 52 條第 4 項規定，以檢察官並未慎選關鍵之重要證據為理由，再依據國民法官法第 62 條第 2 項規定，認為非屬所謂的最佳證據，因而予以裁定駁回之，則在法律適用的涵攝面上，顯然是有疑義的[18]。

關於上述問題，雖然依據國民法官法第 62 條第 3 項規定，有下列情形，應認為不必要之證據：「一、不能調查。二、與待證事實無重要關係。三、待證事實已臻明瞭無再調查之必要。四、同一證據再行聲請。」似乎可以上開規定理由之一，認為係屬不必要調查之證據，而駁回不必要調查證據之聲請。然而，相反的看法則認為，國民法官法第 62 條第 3 項規定，係抄襲自刑事訴訟法第 163 條之 2，其四種應認為不必要調查之情形中之「不能調查」、「與待證事實無重要關係」及「同一證據再行聲請」都只是針對單一證據之評價，而非針對多項證據作比較，亦即並非在處理「同一待證事實有多項證據」之情形，唯一有可能適用的就是第 3 款之「待證事實已臻明瞭無再調查之必要」，但此款應係指多項證據逐一提出後，某項待證事實已臻明瞭，其餘證據即無提出之必要（即英美法所謂之「累積性證據」cumulative evidence）[19]。此一見解與本文上述之分析，認為國民法官法第 52 條第 4 項規定，雖係指示檢察官聲請調查證據時，應慎選證據為之，惟因為並未如日本刑事訴訟規則第 189 條之 2 規定，使用應嚴選「必要之證據」之概念，因此立法者的用意，似乎也不是在規範證據調查之必要性問題。那麼，國民法官法第 52 條第 4 項規定究竟有何規範效力，就是一個值得進一步省思與探討的問題了。

（下期待續）

（作者為臺灣高等法院法官、中國文化大學兼任副教授）

註釋

or (d) the writing, recording, or photograph is not closely related to a controlling issue.

9 同註 2，225 頁。

10 邱鼎文，國民法官法法庭運作與問題解析，司法周刊，第 2040 期文選別冊，2021 年 1 月 29 日，5 頁。

11 張永宏，論國民法官法二審之證據調查：日本法的借鏡與反思，月旦裁判時報，第 126 期，2022 年 12 月，94 頁。

12 邱忠義，國民法官參與審判案件之上訴審審理權限評析（上），司法周刊，第 2112 期，111 年 7 月 1 日，2-3 版。

13 參閱「吳燦院長談刑事裁判書類精簡」報導，司法周刊，第 2100 期，111 年 4 月 8 日，4 版。

14 第百八十九条の二：証拠調べの請求は、証明すべき事実の立証に必要な証拠を厳選して、これをしなければならない。

15 陳瑞仁，同一待證事實有多項證據時應如何處理，月旦裁判時報，第 107 期，2021 年 5 月，75 頁。

16 溫祖德，初論美國法之最佳證據原則— 兼論國民法官模擬法庭之本土化最佳證據原則，月旦裁判時報，第 127 期，2023 年 1 月，86 頁。

17 李嘉興，國民法官共同參與刑事審判與證據慎選原則（下），司法周刊，第 2106 期，111 年 5 月 20 日，2 版。

18 論者亦有持類此見解者認為：「如果只是在出證階段（當事人聲請調查證據階段），以非最佳證據（嚴格篩選）駁回聲請，尚與該法之規範不符，…」，參見溫祖德，同註 16，86 頁。

19 陳瑞仁，同註 15，72 頁。