自證據未調查之內涵 檢驗非常上訴制度

文／黃翰義

上

壹 前言

按刑事訴訟法第379條第10款規定：「依本法應於審判期日調查之證據而未予調查」，乃判決當然違背法令，倘確定判決有本條款之事由者，自得依同法第441條之規定，由最高法院檢察署檢察總長向最高法院提起非常上訴。非常上訴制度是一種針對確定判決違背法令而謀求救濟之特殊程序，凡是適用法律有錯誤之確定判決，均必須透過此種特別之救濟程序以達到正確適用法律之目的。惟本法第379條第10款所指「應於審判期日調查之證據而未予調查」，究竟係指取得證據而言，抑或是指法院依第155條第2項之規定，對於證據進行第164條至第167條之7所指之「法定調查程序」？在學理或實務之運作上恐有不同之見解，本文嘗試就其相異之處，進行詳細之剖析，以確立第379條第10款之定位。

其次，實務上針對證據未取得及未調查之不同，似未為明確之劃分，本文亦針對最高法院之決議及其判決作更進一步之檢視，並自證據未調查之概念，重新檢驗非常上訴制度對於「證據調查」之意義，並與我國刑事訴訟法內具有「取證」意義之「證據調查」嚴格區分，以確立本法第379條第10款所指「證據未調查」之內涵。

此外，本文另嘗試提出修法之建議，避免證據調查及取得之混淆，期能透過本文之分析，以確立我國刑事訴訟法上「非常上訴制度係統一法律解釋」之目的。

貳 調查與取證之定位暨實務見解之評析

一、證據方法法定原則

按檢察官依刑事訴訟法第161條第1項之規定負「實質之舉證責任」，其所提出之證據，必須是合乎刑事訴訟法上所明定之法定證據類型[1]。「證據方法法定原則」，乃是藉由法律明定之方式，篩除不屬於法定證據方法之人或物，避免使不具備證據適格之證據，經由檢察官之舉證進入法院調查證據之程序，惟有藉由「法定證據方法」之定型，始得稱為係刑事訴訟法上所指之證據，符合「法定證據種類」之證據，於審判中始能進行相對應之法定調查程序。

然而，何謂「法定證據種類」之證據？既然法定證據經檢察官舉證提出後，必須依本法第155條第2項之規定，由法院針對檢察官所提出之證據進行合法之調查程序，始能作為判斷之依據，則如何之證據始為「法定證據種類」？事實上，我國刑事訴訟法針對其所要求之「法定證據種類」，均有其相對應之「法定調查程序」，特定之「法定證據種類」，必須經由特定之「法定調查程序」，始得作為認定事實之依據。

按本法第164條至167條之7及第212條之規定，可謂為我國刑事訴訟法針對特定之「法定證據種類」所要求之「法定調查程序」。因此，自第164條第1項要求「提示」及「辨認」之方式，以及第212條之「勘驗」，可知上揭方式係針對「物證」之法定調查程序；自第165條第1項要求「宣讀」或「告以要旨」之方式，可知其係針對「書證」之法定調查程序（第165條之1之準文書亦同）；自第166條至第167條之7之規定，則是就「證人」（或鑑定人）所進行之法定調查程序；自第156條第1項、第161條之3之規定可知，係針對「被告」之法定調查程序。也因此，我國刑事訴訟法所明定之「法定證據方法」（種類），係指被告、證人（鑑定人）、書證及物證[2]。各該「法定證據方法」具有不同之「法定調查程序」，乃是因為其具有不同之特性所致。

茲圖示本文所定義之「法定證據方法」、「法定調查程序」及其應適用之原理原則如下，用供酌參[3]：

按「證據方法法定原則」乃是先就檢察官所提出之證據判斷是否為「法定證據方法」，若為本法所定之「法定證據方法」，再藉由相對應之法定調查程序進行調查，始得作為判斷之依據，其流程為：證據→篩選是否係「法定證據方法」→確認係「法定證據方法」→進行「法定調查程序」。證據唯有經過嚴格調查之流程後，證據資料始得作為形成心證、認定事實之依據。由此可知，「法定證據方法」與「法定調查程序」之定位顯然不同，前者係法定證據之類型；後者則是藉由嚴格證明之手段，透過合法之調查以使法定證據呈現「證據資料」，供審判者依本法第155條第2項之規定作為心證形成之判斷依據。

本文認為，解釋論上，依法應於審判期日調查之證據未予調查，係指法院於審判期日應就特定之法定證據種類進行法定調查程序，卻未進行法定調查程序，此一事由，自屬於第379條第10款所指之情形。至於法官是否有依聲請或依職權取得對被告有利之證據，與上開「法定調查程序」之踐行，並不相關。

二、法官不取證原則與證據調查

按「法官不取證原則」，係指法官基於獨立、中立之地位針對個案進行聽審，本即不負有主動提出證據以證明被告有罪之舉證責任，此乃是因為第161條第1項業已明定負「實質舉證責任」之主體係檢察官[4]，並非法官。因此，法官原則上並不負有取得對被告不利證據之責任，此一概念，稱為「法官不取證原則」。然而，由於被告自偵查以迄起訴之過程中，均是屬於被偵查之對象，被告並無與檢察官相匹敵之權力足以進行取證之行為，故而，當被告經起訴後，應儘可能使被告與檢察官具有武器對等之平等關係，若屬於有利於被告之事項，法官自應依第163條之聲請或依職權取得對被告有利之證據，故本法第163條之規定，可謂「法官不取證原則」之條文依據。

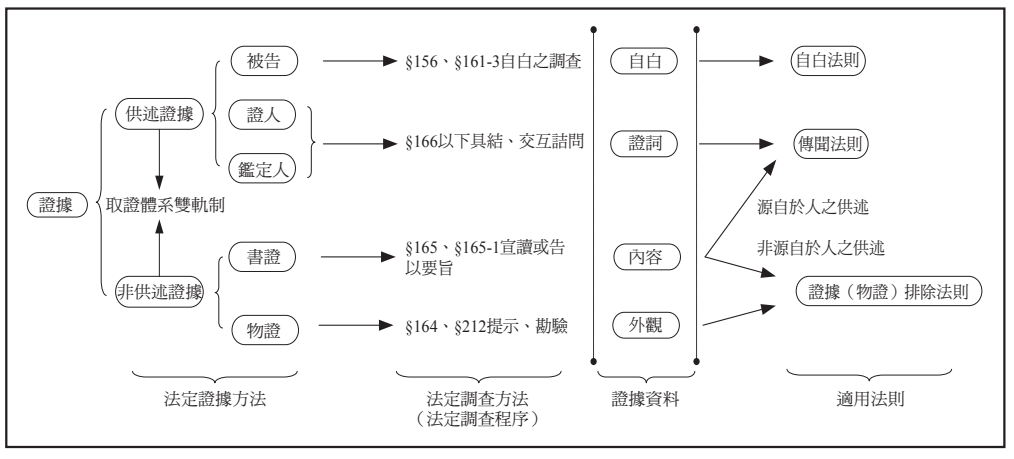
惟由於立法者第163條法條文字之誤用，造成「調查」證據＝「取得」證據，進而發生語意上之混淆。本法第163條第1項規定：「當事人、代理人、辯護人或輔佐人得聲請『調查證據』，並得於調查證據時，詢問證人、鑑定人或被告。審判長除認為有不當者外，不得禁止之。」其所指之證據調查，形式上雖使用「當事人……得聲請調查證據……」之用語，但其本質上卻是當事人請求法官依職權「取得」對其有利證據之權利之意[5]；觀諸同條第2項規定：「法院為發見真實，得依職權『調查證據』。但於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權『調查』之。」實際上本條項所指之依職權調查證據，係指法官為發現真實，本於其職權「取得」證據而言。因此，本法第163條所指之證據調查，係指法官依當事人等之聲請或依職權所為之「取證」行為。

正是因為第163條所規定之聲請或依職權調查證據之意義在於「取得」對被告有利之證據，並非針對「法定證據方法」進行「法定調查程序」，故其雖使用「調查」證據之文字，惟概念上與「法定調查程序」之踐行是為了進行嚴格證明之程序，以依本法第155條第2項之規定形成事實心證之內涵迥異。至於依聲請或依職權後取得之證據，究竟有無符合「法定證據方法」，仍應視其是否合乎刑事訴訟法所明定之「法定證據種類」，以決定其適用如何之「法定調查程序」。

按本法第163條所指之法官依聲請或依職權調查證據，雖名之為「調查」，實質上是一種「取得證據」之行為，與「法定調查程序」係指法院依被告、證人（或鑑定人）、書證及物證之不同所進行之「嚴格證明程序」毫不相關。更進一步言之，第379條第10款所指「依本法應於審判期日調查之證據而未予調查」，並不在處理第163條所指依聲請或依職權調查證據之議題，第163條之規定乃是在處理「法官不取證原則」及其例外之議題；法官依聲請或依職權，是否取得對被告不利之證據？抑或是取得對被告有利之證據？等節，正是「法官不取證原則」所要規範之對象，當事人於如何範圍之聲請、如何事由之存在，法官始得發動其取證之權限，此正是第163條所要處理之事項。

（下期待續）

（作者為士林地院法官）



註釋

1. 申言之，若檢察官所提出之證據自始並不符合刑事訴訟法所明定之證據類型，自難認為係法定證據，當然難認為已盡其依本法第161條第1項之舉證責任，參閱：黃翰義，論檢察官對於被告以外之人未依法具結之舉證，軍法專刊，第59卷第2期，2013年4月，第95頁。
2. 按書證之來源可能為「供述證據」，亦可能為「非供述證據」。前者例如：警詢筆錄、偵訊筆錄等；後者例如：以照相之方式取得照片，而將照片作為證據使用。正是因為照片是以機器攝影之方式，而非出於人之供述，故該照片所形成之書證，為「非供述證據」。
3. 此一圖示係本文作者自繪，其內容乃是基於證據資料之外觀、形式究係源自於「供述證據」或「非供述證據」所作之分類，將「法定證據方法」定性為「法定證據種類」；並將「合法調查證據之程序」定性為「法定調查程序」。
4. 法官既是本於中立之地位進行聽審，僅針對檢察官舉出之證據是否有高度蓋然性之有罪程度進行審查；若檢察官之舉證未足，被告本即無舉反證之義務，自無必要聲請法院取證，法院自應諭知被告無罪之判決；若檢察官已盡其實質舉證責任，此時被告否認犯行，其舉證責任即應由被告依161條之1之規定負擔。
5. 最高法院101年度刑事庭會議決議（一）認為：「……證明被告有罪既屬檢察官應負之責任，基於公平法院原則，法院自無接續檢察官應盡之責任而依職權調查證據之義務。則刑事訴訟法第163條第2項但書所指法院應依職權調查之『公平正義之維護』事項，依目的性限縮之解釋，應以利益被告之事項為限，否則即與檢察官應負實質舉證責任之規定及無罪推定原則相牴觸，無異回復糾問制度，而悖離整體法律秩序理念。」可資參照。