自證據未調查之內涵 檢驗非常上訴制度

文／黃翰義

下

（文接上期）

也因此，本法第163條之規定不僅不得轉嫁、比附援引為處理「法定調查程序」之問題，更不應與「法定調查程序」產生任何關連或牽扯，蓋以「法定調查程序」乃是為了因應第155條第2項之規定之「嚴格證明程序」之故，證據必須透過法定證據種類之定性，再進行合法調查之程序，始得資為心證形成之基礎。簡言之，認定構成要件事實之存在與否，必須是法定證據種類經過法定調查程序後始得為之，此所以第155條第2項所指「未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據」之本意。

由上開說明可知，本法第163條係立法者誤用「調查」證據之用語，實質上是「法官不取證原則」之規定；相反地，第155條第2項始與「法定證據方法」及「法定調查程序」相關，法院就其判決形成事實心證前，必須依第155條第2項之規定，踐行合法調查之程序，若某項證據未踐行合法調查之程序，卻成為形成事實心證之判斷依據，該判決自屬第379條第10款所指之當然違背法令事由[6]。

三、實務見解之檢驗與評析

（一）最高法院就證據未調查與判決違法之標準

1. 最高法院101年度第2次刑事庭會議決議（三）

法院於依職權調查證據前，經依本法第163條第3項之規定，踐行令當事人陳述意見之結果，倘遇檢察官或被告對有利之證據，陳述放棄調查，而法院竟不予調查，逕行判決者，如其係法院「應」依職權調查之證據，而有補充介入調查之義務時，此項義務，並不因檢察官、被告或其他訴訟關係人陳述不予調查之意見，而得豁免不予調查之違誤。惟於法院「得」依職權調查證據之情形，法院既得參酌個案，而有決定是否補充介入調查之裁量空間，自不得徒以法院參照檢察官、被告或其他訴訟關係人之查證意見後，不予調查，遽指即有應調查而不予調查之違法。

2. 最高法院之判決見解

(1)最高法院103年度台上字第539號刑事判決

當事人於審判期日前，或審判期日，聲請調查之證據，如與待證事實有重要關係，又非不能調查或不易調查，若法院未予調查，又未認其無調查之必要，以裁定駁回之，亦未於判決理由中說明不予調查之理由，即遽行判決，自有應調查之證據未予調查之違法。……上訴人及其辯護人既曾於第一審準備程序，聲請法院就系爭本票之記載與上訴人提出之軍中日記進行筆跡鑑定，以證明本票上「王○○」之簽名並非上訴人本人所簽，並以第一審未為上開筆跡鑑定調查，有應調查之證據未調查之違法，為上訴第二審之理由，其於原審提出之102年2月20日刑事準備書狀亦為同一主張，至辯論期日仍引用該刑事準備書狀，原審未為此證據調查，復未說明未予調查之理由，遽為此部分判決，難認於法無違。

(2)最高法院103年度台上字第484號刑事判決

所謂依法應於審判期日調查之證據，係指與待證事實有重要關係，在客觀上顯有調查必要性之證據而言，故其範圍並非漫無限制，必其證據與判斷待證事實之有無，具有關聯性，得據以推翻原判決所確認之事實，而為不同之認定，始足當之。若僅係枝節性問題，或所證明之事項已臻明瞭，自均欠缺調查之必要性。原判決依憑調查所得之證據資料，認定江○○有公務員登載不實文書並行使之犯行，事證已臻明確，縱莊○○等八人於原判決認定偽造文書犯行期間內所製作之撮綜表，亦有每小時未達31.5個櫃次裝卸效率標準之記載，仍不足執此資以推翻原判決確認之事實。原審對此未為無益之調查，即不能指有調查職責未盡之違背法令[7]。

（二）問題核心之所在

依最高法院上開見解以觀，如法院有應依職權調查證據之事由，而未依職權調查證據，其判決為本法第379條第10款之判決當然違背法令；反之，倘法院有得依職權調查證據之事由，但未依職權調查證據者，其判決自無當然違背法令之情形。若法院未依聲請調查證據、甚至駁回當事人聲請調查之證據，未盡合法調查證據之職權，乃判決違背法令。

惟最高法院前揭見解之問題在於，實務上對於本法第163條「法官不取證原則」之認知，有無與「法定調查證據」程序作不當之連結？此一主張，是否將取證與否之規定，與第379條第10款之事由產生關連？其次，為何法院應依職權取得證據而未取得，判決當然違背法令？得依職權取得證據而未取得，判決即非當然違背法令？再者，若非枝節性之問題，法院以裁定駁回當事人證據取得之聲請，為何即屬於「判決當然違背法令」？

（三）本文之見解與評析

1. 混淆證據調查與取得之界線

最高法院101年度第2次刑事庭會議決議（三）認為，判決是否當然違背法令，須視其事由係「得」依職權或「應」依職權而有不同；倘應依職權而未依職權調查，其所為之判決當然違背法令，反之則否。由其意旨可知，最高法院認為本法第163條之證據調查（實際上係「證據取得」），乃是資為第379條第10款判決當然違背法令之標準。惟如同本文所一再強調，判決是否違背法令、得否為非常上訴之事由，其法律上之依據應是法院有無依第155條第2項之規定，對於「法定證據方法」踐行「法定調查程序」，以為形成心證之基礎。若判決所依據之證據，自始未經踐行法定調查程序，自不得為判決認定事實之基礎，若因此認定事實、適用法律，進而判決確定者，自屬得提起非常上訴之事由。

惟實務上不僅未依第155條第2項之規定適用法條，更甚者，最高法院103年度台上字第484號刑事判決竟將第163條「證據取得」之意義加諸於第379條第10款之內涵，認為：「所謂依法應於審判期日調查之證據，係指與待證事實有重要關係，在客觀上顯有調查必要性之證據而言」，其所指「有重要關係、有調查必要性」之證據，即是指第163條之2第2項「取得證據」之審查，果爾，此一見解將使得非常上訴當然違背法令之同款事由，實質上成為「法官應取證而未取證＝判決當然違背法令」之結果。重點是，法官原則上本即不負有取證之責任，縱使法官未取得對被告有利之證據，該證據有無取得所涉及者，亦是「事實認定」之問題，未取得證據造成部分「證據」僅能證明部分「事實」，無法證明「事實」之全貌，此一「無法證明事實全貌」之結果，並非法律統一解釋之問題。

由於本法第379條第10款之事由，自始並未包含本法第163條之「法官取證」之規定[8]；法官縱未依當事人等之聲請而取得證據，或未依職權取得證據，因此所為之判決，並無第379條第10款事由所指「判決當然違背法令」之問題。法院雖有依聲請或依職權取得對被告有利證據之權力，但法院縱使未依聲請或依職權取證，其判決並非當然違背法令；而是法院若未依此取證，將造成事實認定之錯誤，所涉及者，自應屬於事實認定之範疇。質言之，未取證是關於「事實認定」之再審問題，並不是非常上訴「法律統一解釋」之問題。

2. 法院未依聲請取證並非應調查而未調查之事由

最高法院103年度台上字第539號判決認為，「聲請調查之證據，如與待證事實有重要關係，又非不能調查或不易調查，若法院未予調查，又未認其無調查之必要，以裁定駁回之，亦未於判決理由中說明不予調查之理由，即遽行判決，自有應調查之證據未予調查之違法」，依其見解反面觀之，證據如與發見真實不具關連性者，法院未為無益之調查，即不能指為有應調查而不予調查之違法。則最高法院之見解仍未跳脫「取證＝調查」之窠臼，將造成法官若非不能調查或不易調查，卻未予調查，即符合本法第379條第10款之判決當然違背法令，此一見解，將使最高法院檢察署檢察總長對於原確定判決，一再地以原確定判決「未取得證據」資為非常上訴之事由，最高法院也因此不得不基於「事實審法院」之角度，審查原確定判決之法院究竟有無依聲請或依職權取得證據，實有未當！

究其實質，非常上訴之客體，乃是判決違背法令之確定判決，最高法院既非事實審，自不應由最高法院以「事實審法院」之角度，決定原確定判決之法院究竟應否依聲請或依職權「取得證據」。原確定判決究竟應否依聲請或依職權取得證據，涉及的是證據認定事實之問題；原確定判決之法院究竟要取證或不取證，本即與法令解釋無涉，縱使法官違反「取得證據」之法律規範，亦與第379第10款無關，上開各節，不僅非最高法院本於「法律審」所應指摘之對象，更非最高法院「法律統一解釋」之對象，甚為明灼。

再者，依第163條第2項之規定，證據有「得依職權調查」者（為發現真實），亦有「應依職權調查」者（公平正義之維護及被告利益重大事項），無論何者，均是涉及「事實認定」之結果，為何將此種涉及事實認定之問題，資為統一解釋法律之對象？更進一步分析，為何法官為發現真實，其「得」依職權調查而不調查，並非判決當然違背法令，而法官基於公平正義之維護及被告利益重大事項，「應」依職權調查而不調查，其

（文轉三版）

註釋

6. 事實上，本法第379條第10款：「依本法應於審判期日調查之證據而未予調查者」，係指本法第164條至第167條之7所指，針對「法定證據方法」（法定證據種類）所進行之「法定調查程序」而言；因此，法院於審判時，就「法定證據方法」未踐行「法定調查程序」時，竟引用未踐行法定調查程序之證據而為判決者，該判決當然違背法令，蓋以未經法定調查程序之證據，本無從據為第155條第2項心證形成之基礎，故自應賦予「判決當然違背法令」之效果，以謀求救濟。
7. 最高法院103年度台上字第513號刑事判決亦認為：「審理事實之法院對於被告有利及不利之證據，應一律注意，詳為調查，綜合全案證據資料，本於客觀存在之經驗法則與論理法則以定其取捨，並將取捨證據及得心證之理由於判決內詳為說明，故證據雖已調查，而尚有其他必要部分並未調查，仍難遽為被告有利或不利之認定，如有應調查之證據未予調查，率行判決，其判決當然違背法令」，亦是將調查與取得證據混淆之例。
8. 惟由於實務上長期以來誤解最高法院91年4月30日第4次刑事庭決議（九）及所引判例四則，造成在理解司法院大法官釋字第238號解釋時，亦出於相同之誤解，而將「調查」解釋為「取證」，茲雖經最高法院100年5月10日第4次刑事庭決議針對「刑事訴訟法第161條、第163條修正後相關問題之決議」第一、四、六、七、九點進行修正，然實務上將「調查」解釋為「取證」之見解，仍未改變。

當心司法黃牛 到各法院「單一窗口聯合服務中心」，將免費為你解說各項司法事務，並提供訴訟輔導。 杜絕司法黃牛，維護你的權利！ 廉政 (02) 乾淨・透明・ 司 http://www.j
JUDICIAL 司法 得 稿 居 享 八、稿件一經刊登，酌送稿酬，並寄贈該期刊物。來稿一律不退件，請自留底稿。 七、請勿一稿多投或抄襲，如有侵害他人著作權情事，由作者自負法律責任。 六、來稿請寫明作者姓名、服務機關、現職、通訊處、聯絡電話及金融機構帳戶（匯撥稿費用）。 五、本刊對來稿有權潤飾斟酌，不願接受刪改者，請加註說明。刊出之文章將置司法院內部網站。

廣告


（文接二版）

判決即當然違背法令？發現真實與公平正義、被告利益三者之間，焉得以完全切割、屬於「非此即彼」之概念[9]？正是因為法官未依職權取得證據，造成事實認定不全，無論是得依職權調查或應依職權調查，此種涉及事實認定不全之結果，在判決確定之情況下，均與事實認定相關，此不就是發動再審事由之原因？焉得以「法官未依職權取證＝判決當然違背法令」之跳躍式之推論，率予將一個涉及事實認定錯誤之確定判決，移花接木地倒置而成為非常上訴統一法律解釋之原因？

3. 解釋論上之應然面

最高法院101年度第2次刑事庭會議決議（三）之見解，將造成凡是法官未盡其取證責任者，率皆成為第379條第10款之判決違背法令之事由，倘判決確定者，又成為非常上訴之事由。實際上，證據取得或不取得所涉及者，乃是事實認定之問題，本即不在非常上訴統一解釋法令之範圍內。解釋論上，本法第379條第10款之規定既不在規制法官「取證」與否之問題，而是在於規範審判程序中，「法定證據方法」是否有依「法定調查程序」進行調查之流程[10]，判決若是基於此種未踐行法定調查程序之證據而來，自違反第155條第2項之規定，則心證形成之前提要件既不存在，該判決所由生之事實心證及其後之法律適用自有疑義。既然第379條第10款自始並不在處理本法第163條之法官取證與否之問題，最高法院103年度台上字第539號、第484號判決將法院未依聲請而「取證」之行為資為填充本法第379條第10款所指「調查」之概念，實有未洽。

參 未取證或調查之實質意涵暨修法論

一、證據之取得與事實認定

本法第163條之規定既是規範「法官不取證原則」（及其例外）之條文，證據之取得與否，繫於當事人聲請與否及法官得否、應否依職權取得對被告有利之證據。惟無論當事人聲請或法官是否依職權取得對被告有利之證據，概念上均不脫離第154條第2項「證據裁判原則」之範圍。申言之，正是因為證據之取得與事實之證明具有直接關係，惟有證據始能證明事實之存在，「證據裁判原則」始宣示「無證據不得證明犯罪事實」之基本原則。

因此，證據之取得與否，涉及的是「事實認定」之問題，而非「法律適用」或「判決違背法令」之問題，縱使法官依第163條第2項但書之規定應依職權取得證據而未依職權取得證據，其未取得證據之效果，亦是涉及事實認定之問題。既然取證與否，涉及事實認定之問題，則第163條之規定均是關於取得證據之事項，自不應、亦不得作為「判決當然違背法令」之解釋標準。故證據之未取得與判決是否違背法令並不相關，顯與非常上訴制度無涉，不言而喻。

二、證據未調查與程序違背法律

如同本文前開所述，在解釋論上，刑事訴訟法第379條第10款係指法院於審判期日應依「法定證據方法」進行「法定調查程序」，倘未依法進行調查程序，將造成判決當然違背法令之結果。亦即，依法應於審判期日調查之證據而未予調查，是一種訴訟程序之違法，其原由乃是因為法官本應依第155條第2項之規定，就符合法定證據種類之證據進行合法調查程序，矧竟不為之，並就該未進行合法調查程序之證據引為判決之依據，將造成形成事實心證之內容有誤[11]。

惟此種因為程序違法而造成事實認定之錯誤之確定判決，要透過非常上訴之方式救濟，抑或是由再審之方式救濟，立法論上係值得研究之課題。本文認為，依法應於審判期日調查之證據未予調查，縱使是法官在訴訟程序之指揮上，對於證據之調查未依照法律所明定之程序為之，自屬訴訟程序之違背法令。但並非所有未依照法律所明定之程序所為之訴訟行為均應劃歸於「判決當然違背法令」之範疇。重點應在於，該項訴訟程序違背法令之結果，若已然涉及「事實認定」之重要事項，應否透過非常上訴程序予以撤銷？抑或是依照其他較為合宜且適當之程序（例如：再審制度），以達到救濟「事實誤認」之目的？

按依法應於審判期日調查之證據未調查，其違背之法律乃是因為訴訟程序違反第155條第2項之規定，此雖為發動非常上訴之原因，惟若將之解為係依本法第447條第1項第1款之規定撤銷，則其撤銷之對象並非「訴訟程序」，而是「原判決違背法令」之部分。惟原判決並未違背法令，而是訴訟程序違背法令（未進行法定調查程序），若將原判決撤銷，仍無解於其訴訟程序違背法令之問題。因此，原確定判決之徵結點，既是事實認定之錯誤－將原本未經合法調查之證據作為認定事實之判斷依據，其所涉及者，顯然是與證據有重大關係之構成要件事實。對於此種構成要件事實認定有錯誤者，概念上自始不應將之歸納為非常上訴處理之標的[12]。

三、立法論上相關法條之修正建議

（一）法官不取證原則之部分

按「法官不取證原則」既是與事實認定有關，而與「審判期日應調查之證據未調查」無關，自不應將此一原則與「法定調查程序」混淆。本文爰提出第163條之修正意見如下，以符合「法官不取證原則」之規範，並避免使第379條第10款之規定誤用此一原則：

第163條第1項：「當事人、代理人、辯護人或輔佐人得聲請法院取得對被告有利之證據。審判長除認為有不當者外，不得禁止之。」

第2項：「法院為發見真實，得依職權取得對被告有利之證據。但於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權取得之。」

第3項：「法院為前項取證前，應予當事人、代理人、辯護人或輔佐人陳述意見之機會。」

（二）依法應於審判期日調查之證據未予調查之部分

本文認為，從體系上大致區分可知，非常上訴之對象既是關於法律適用有誤之確定判決，再審之對象則是關於事實認定有誤之確定判決，對於此二種不同體系之特別救濟程序，應有嚴加區別之必要，以避免各該體系混淆不清而產生概念重疊之問題。因此，縱使原確定判決係訴訟程序違背法令，倘其違背法令之結果顯然造成構成要件事實之誤認，單僅撤銷其訴訟程序，並無法修正事實認定錯誤之狀態；若撤銷原確定判決，原確定判決錯誤之處，乃是事實認定有誤之狀態，既是事實認定有誤而非法律適用錯誤，對於此種確定判決之錯誤，自宜劃歸再審制度之範圍，較為妥適。

因此，就立法論而言，本文認為我國刑事訴訟法應更進一步刪除第379條第10款規定之事由，不應使「非常上訴制度」產生「救濟事實誤認」之法律效果，亦不應使最高法院以非常上訴之方式，「統一解釋」原確定判決之法院「應」取得何種證據？「得」取得何種證據？甚至最高法院若以「非常上訴」之判決，指摘原確定判決之法院為何不依聲請或依職權決定取得某項證據，將使最高法院實質上成為「事實審」之審級制度[13]。

故本文認為，不僅在解釋論上應使非常上訴制度回歸於「糾正法律適用錯誤」、「統一解釋法律」之範疇，更應該在立法論上嚴加界定非常上訴之理念後，再決定將「與法律統一解釋相關」之事由，列為「非常上訴之原因」；否則，「非常上訴制度」與「再審制度」之間，將會在我國刑事訴訟法中產生概念重疊、體系混淆不清之結果[14]。

肆 結論

德國學者亞圖・考夫曼曾云：「我們絕非能夠分別獨立地探求所謂法律推論的『大前提』或『小前提』；法律發現絕非單純只是一種邏輯的三段論法，而是一種逐步進行的，從存在的領域探索前進至當為的領域，以及從當為的領域探索前進至存在的領域，是一種在事實中對規範的再認識，以及在規範中對事實的再認識的過程[15]」。

本文認為取證並不等於證據調查，關於證據調查之概念，應建立在針對「法定證據方法」進行「法定調查程序」之意義上，並藉此在解釋論上，重新檢視非常上訴制度中關於「證據應調查而未調查」之內涵，以重新定位第379條第10款之事由。

另本文就實務上對於取得證據與調查證據之見解提出評析，主張若依最高法院之實務見解，將取證視為證據調查者，恐有未當，其見解將造成最高法院逸脫其「法律審法院」之地位，而成為實質上之「事實審法院」。此外，本文更進一步提出個人見解，針對本法第163條之法條加以修正及提出刪除第379條第10款之規定，以使將來法條之適用上，得以明確劃分「非常上訴制度」與「再審制度」之界線。

期藉由本文對於非常上訴關於「證據未調查」之再認識，從存在之領域前進至當為之領域，並自當為之領域再前進至存在之領域，以使非常上訴所指「依本法應於審判期日調查之證據而未予調查」之概念，能在論理上獲得進一步之釐清，並收拋磚引玉之效，則幸甚矣。

（作者為士林地院法官）

註釋

9. 我國刑事訴訟法第163條第2項之本文規定，法院「得」依職權調查證據是為了「發現真實」，但書則是在「公平正義之維護」或「對被告之利益有重大關係事項」時，法院「應」依職權調查證據，但發現真實難道與「公平正義之維護」或「對於被告利益有重大關係事項」毫無關係？正是為了維護公平正義，所以要發現真實，以罰其當罰、或使無辜者獲判無罪；若被告確有不在場證明或未有任何構成要件之行為，發現真實，難道不就是對於被告利益有重大關係之事項？
10. 司法院大法官釋字第238號之解釋用語，亦是使用「調查」而非「取證」，本文認為「調查」係指「法定證據方法」應依「法定調查程序」進行「調查」，若未踐行此一調查程序，即是上開解釋所指判決當然違背法令之問題；簡言之，「調查」≠「取證」。
11. 誠然，證據未經合法調查係違背本法第155條第2項之規定，但其違背該規定所造成之結果，卻造成未經合法調查之證據可作為認定事實之依據，則其事實之認定，即顯然有誤。蓋以未經合法調查之證據，本即不得資為判斷之依據，法院卻將之作為判斷之依據，故其判斷之結果，顯然是一種因為程序違法所造成之事實誤認，是一種不得依證據資以認定事實存在、卻將之認定為事實存在之錯誤。
12. 換言之，形式上雖是違反訴訟程序之規定，但實質上已涉及構成要件事實之誤認，既是對於構成要件事實之誤認，自不應為非常上訴請求統一解釋法令之效力所及，更不應成為得非常上訴之對象。
13. 事實上，最高法院既是法律審，在制度設計上，對於原確定判決之法院究竟是否依職權取得證據，本不應插手，反而應尊重原確定判決法院對於是否取得證據之職權。縱使原確定判決之法院違反應取證之規範，或裁定駁回當事人聲請取證不當或違法者，其所涉及者，最後皆是與事實認定相關之重大事項，從體系上之區分，亦不應將之劃歸非常上訴之事由。
14. 確定判決有誤，我國刑事訴訟法容許糾正及救濟，並依錯誤之原因為何，設計不同之制度。如為事實之錯誤，以再審程序規範之；如為適用法律之錯誤，以非常上訴程序規範之，王兆鵬等合著，刑事訴訟法（下），自版，2013年9月第2版，第496頁。
15. 亞圖・考夫曼著，吳從周譯，類推與事物本質－兼論類型理論－，學林出版社，2003年5月初版再刷，第95頁。