簡介日本新訂刑事協議、免責制度 下

文／張永宏

（文接上期）

前述特定犯罪類型，主要為特定之財政經濟關係犯罪及藥物槍械犯罪，具體而言，包括以下犯罪（不包括法定本刑為死刑、無期徒刑之罪，蓋法定本刑為死刑、無期徒刑之罪之案件皆為重大案件，若僅因被告協助偵查、審判即獲得利益，恐無法獲得被害人或社會大眾之理解，故特予除外[19]）（第 350 條之 2 第 2 項）：

1. 刑法第 2 編第 5 章（妨害公務執行罪）（第 95 條之罪除外）、第 17 章（偽造文書罪）、第 18 章（偽造有價證券罪）、第 18 章之 2（付款用卡片電磁紀錄相關犯罪）、第 25 章（瀆職罪）（第 193 條至 196 條之罪除外）、第 37 章（詐欺及恐嚇罪）、第 38 條（侵占罪），關於組織性犯罪之處罰及犯罪收益規制之法律第 3 條（限於該條第 1 項第 1 款至第 4 款、第 13 款或第 14 款之部分）、第 10 條（犯罪收益等隱匿）或第 11 條（犯罪收益等收受）之罪。
2. 除 1. 所示者外，與租稅有關之法律、禁止私人獨占及確保公平交易相關法律、金融商品交易法所規定之罪及其他財政經濟相關犯罪，且由政令定之者。
3. 以下所示法律所規定之罪：
   (1) 爆發物取締罰則。
   (2) 大麻取締法。
   (3) 覺醒劑取締法。
   (4) 麻藥及精神用藥取締法。
   (5) 武器等製造法。
   (6) 鴉片法。
   (7) 槍砲刀劍類持有等取締法。
   (8) 在國際之協助下為防止助長關於管制藥品之不正行為有關於麻藥及精神用藥取締法特例之法律。
4. 刑法第 2 編第 7 章（隱匿犯人及湮滅證據罪）所規定之罪或關於組織性犯罪之處罰及犯罪收益規制之法律第 7 條（組織性隱匿犯人）之罪（限於為前項各款所示之罪之本犯之罪者）。

前述合意，得包含犯罪嫌疑人或被告、檢察官為前述行為所附隨，或為達成其目的所必要之行為在內。（第 350 條之 2 第 3 項）

前述合意，應以檢察官、犯罪嫌疑人或被告、辯護人連署之書面載明其內容。（第 350 條之 3 第 2 項）

為了達成前述合意所必要之協議，應於檢察官、犯罪嫌疑人或被告、辯護人之間進行。但犯罪嫌疑人或被告及其辯護人無異議時，得就協議之一部僅與犯罪嫌疑人或被告、或辯護人之一方之間進行之。（第 350 條之 4）

前述協議之時，檢察官得對犯罪嫌疑人或被告要求為解明他人犯罪事實之供述。於此情形，準用日本刑事訴訟法第 198 條第 2 項[20]之規定。（第 350 條之 5 第 1 項）

檢察官就司法警察員依刑事訴訟法第 242 條（包含同法第 245 條準用之情形）、第 246 條所移送之案件，或認為司法警察員現正在偵查之案件，與該犯罪嫌疑人之間進行上述協議時，應先與司法警察員進行協議。（第 350 條之 6 第 1 項）

檢察官斟酌藉由合意以解明之他人犯罪事實乃司法警察員現在偵查中及其他情事，認為為了該他人犯罪事實之偵查所必要時，得使司法警察員為前述要求供述或其他該協議所必要之行為。於此情形，司法警察員於檢察官個別授權之範圍內，得提示經檢察官同意如前所述檢察官所為行為之內容。（第 350 條之 6 第 2 項）

（二）關於合意之公判程序特別規定

1. 檢察官聲請法院調查與被告間之合意書面之義務

檢察官就被告被訴案件，於起訴前與被告之間有前述合意，或於起訴後與被告之間有前述合意時，應儘速聲請法院調查前述合意之書面。（第 350 條之 7 第 1 項）

檢察官於聲請調查合意內容書面後，該合意之當事人告知脫離該合意之旨時，檢察官應儘速聲請調查記載脫離意旨之書面。（第 350 條之 7 第 3 項）

2. 檢察官聲請法院調查與被告以外之人間之合意書面之義務

檢察官、被告或辯護人聲請調查，或法院依職權調查被告以外之人之供述筆錄時，倘該被告以外之人之供述筆錄乃基於前述合意作成者，或基於同項之合意而錄取或紀錄之物，檢察官應儘速聲請調查合意內容書面。於此情形，該合意之當事人告知脫離該合意之旨時，檢察官應併同聲請調查記載脫離意旨之書面。（第 350 條之 8 前段）

檢察官、被告或辯護人聲請調查，或法院依職權調查基於前述合意而作成之被告以外之人之供述筆錄後，倘該合意之當事人告知脫離該合意之旨時，檢察官應儘速聲請調查記載脫離意旨之書面。（第 350 條之 8 後段）

檢察官、被告或辯護人聲請證人詰問，或法院依職權進行證人詰問時，檢察官與該應為證人之人之間就該證人詰問業有前述合意時，檢察官應儘速聲請調查合意內容之書面。（第 350 條之 9 前段）

檢察官聲請調查合意內容之書面後，該合意之當事人告知脫離該合意之旨時，檢察官應儘速聲請調查記載脫離意旨之書面。（第 350 條之 9 後段）

（三）違反合意之處置

1. 脫離合意

前述合意之一方當事人違反合意或其他一定之情形，另一方當事人得脫離合意。（第 350 條之 10 第 1 項）

前項脫離，應以書面記載其理由之方式，向對方告知脫離合意之意旨。（第 350 條之 10 第 2 項）

2. 檢察官違反合意時之公訴不受理

檢察官違反刑事訴訟法第 350 條之 2 第 1 項所列前述合意時應為行為 (1)-(7)（前述 (2) 限於以特定之訴因及罰條而提起公訴之合意），(1) 提起公訴、(2) 以不同之訴因及罰條提起公訴、(3) 不撤回公訴、(4) 不向法院聲請追加、撤回或變更特定之訴因或罰條，或聲請追加或撤回不同之訴因或罰條、或聲請變更為不同之訴因或罰條而維持公訴，或 (5)、(6) 提起公訴之同時未聲請適用即決裁判程序或聲請略式命令時，法院應就該公訴為不受理判決。（第 350 條之 13 第 1 項）

檢察官違反前述合意時應為行為 (2)（限於以特定之訴因及罰條維持公訴之合意）而聲請追加或變更訴因或罰條時，縱有第 312 條第 1 項[21]之規定，法院亦應駁回檢察官之聲請。（第 350 條之 13 第 2 項）

3. 檢察官違反合意時之證據使用限制

檢察官違反前述合意時，被告於協議時所為解明他人犯罪事實之供述及基於前述合意所得之證據，不得作為證據。（第 350 條之 14 第 1 項）

但該證據作為達成合意之被告或該被告以外之人之刑事案件之證據，該案件之被告對於以該證據作為證據並無異議時，不適用之。（第 350 條之 14 第 2 項）

（四）不成立合意時之證據使用限制

前述合意不成立時，犯罪嫌疑人或被告本於協議、為了解明他人犯罪事實所為之供述，不得作為證據。但犯罪嫌疑人或被告於該協議時所為之行為該當於刑法第 103 條、第 104 條或第 172 條[22]或關於組織性犯罪之處罰及犯罪收益規制之法律第 7 條第 1 項（限於第 2 款部分）之罪時，於此等犯罪相關案件中使用者，不在此限。（第 350 條之 5 第 2 項、第 3 項）

（五）作為合意當事人之犯罪嫌疑人或被告為虛偽供述時之處罰

犯罪嫌疑人或被告，就他人犯罪事實依前述合意為供述或提出證據時，對於檢察官、檢察事務官或司法警察職員為虛偽之供述或提出偽造或變造之證據者，處 5 年以下懲役。（第 350 條之 15 第 1 項）

犯前項之罪者，於其行為所牽涉之他人刑事案件之審判確定前，或於該合意相關之自己刑事案件之審判確定前自白者，得減輕或免除其刑。（第 350 條之 15 第 2 項）

二、刑事免責制度

（一）訊問證人之場合之免責裁定

檢察官於聲請訊問證人時，倘應訊問之事項包含有可能使該證人受刑事訴追、或受有罪判決之虞之事項時，斟酌相關犯罪之輕重及情狀、該事項所為證言之重要性及其他情事，認有必要時，得聲請法院以下列條件進行該證人之詰問：

1. 該證人接受訊問所為之供述或派生之證據，除於刑事訴訟法第 161 條之罪[23]或刑法第 169 條之罪[24]相關案件中使用之情形外，不得作為不利於該證人之證據。
2. 雖有刑事訴訟法第 146 條[25]規定，但不得於該證人詰問時，以自己有受刑事訴追，或有罪判決之虞而拒絕證言。

法院受前開聲請時，除足認應對該證人訊問之事項顯不包含可能使該證人受刑事訴追、或受有罪判決之虞之事項者外，應為依前揭 1、2 所示

（文轉三版）

註釋

19 筆者於 2017 年 5 月隨團拜訪東京大學時，由東京大學法學部大澤裕教授所為之書面答覆。

20 日本刑事訴訟法第 198 條第 2 項規定，於調查時，應對犯罪嫌疑人告以無庸違背自己意思而為陳述之意旨。

21 日本刑事訴訟法第 312 條第 1 項規定，法院於檢察官聲請時，於無礙於公訴事實同一性之限度內，應准許追加、撤回或變更起訴書所記載之訴因及罰條。

22 刑法第 103 條為藏匿犯人罪、第 104 條為湮滅證據罪、第 172 條為誣告罪。

23 日本刑事訴訟法第 161 條規定證人無正當理由拒絕宣示或證言之刑事處罰（1 年以下有期徒刑或 30 萬日圓以下罰金）。

24 日本刑法第 169 條為偽證罪。

25 日本刑事訴訟法第 146 條為不自證己罪之拒絕證言權。

26 井上正仁，刑事免責と嘱託証人尋問調書の証拠能力 (1)，ジュリスト，1069 号，

（文接二版）

條件而進行該證人訊問之意旨之裁定（免責裁定）。

（二）證人訊問開始後之免責裁定

檢察官於訊問證人時，證人依刑事訴訟法第 146 條規定拒絕證言之情形，斟酌相關犯罪之輕重及情狀、證人就受刑事訴追或有罪判決之虞之事項所為證言之重要性及其他情事，認有必要時，得聲請法院為免責裁定。

法院受前開聲請時，除足認該證人顯然不得依刑事訴訟法第 146 條規定拒絕證言之情形外，應就該證人訊問為免責裁定。

伍 日本「偵查、審判協力型協議、合意制度」及「刑事免責制度」之相關重要討論

一、程序主體：

日本的「偵查、審判協力型協議、合意制度」是由檢察官與被告（及其辯護人）來進行協議、合意，法院並不介入，而檢察官、被告達成之合意，如檢察官依照合意進行求刑，法律上法院亦不當然受其限制（僅生被告得依刑事訴訟法第 350 條之 10 第 1 項第 2 款第 2 目規定脫離合意之效果）。

日本的「偵查、審判協力型協議、合意制度」在欠缺法院介入之前提下，檢察官之主導性格往往非常強烈，故為了確保當事人之對等，在制度設計上，即要求被告必須要有辯護人一併參與協議與合意之過程（刑事訴訟法第 350 條之 3、第 350 條之 4）。至於犯罪被害人之參與，則因日本「偵查、審判協力型協議、合意制度」適用案件範圍多為組織犯罪等無被害人之社會法益犯罪，故被害人保護之需要較不明顯。

相對於此，「刑事免責制度」亦由檢察官主導，法院仍然是被動的受理檢察官之聲請，但被告則為程序客體，為受強制提出證言之人。

二、合憲性：

前揭日本最高裁判所平成 7 年 2 月 22 日大法廷判決業已明確揭示「參照刑事訴訟程序相關規定，不能認為日本憲法否定刑事免責制度之引進」，然而日本憲法第 38 條第 1 項業明文規定「不論何人，均不得被強迫為不利於自己之供述。」而刑事免責制度卻以強制手段使證人陳述他人犯罪事實，但可能使該證人受刑事訴追、或受有罪判決之虞之事項，似有違反前開憲法條文之虞。對此，日本學界通說認為憲法第 38 條第 1 項之「不利於自己之供述」係指可能致使受訊問者受刑事訴追、或受有罪判決之虞之事項，並不包含使其名譽受損或被追究民事責任之事項，當此等供述已經無受刑事訴追、有罪判決之可能（如公訴時效完成等），即不該當於「不利於自己之供述」，從而刑事免責制度既然透過證據使用禁止（使用免責、派生使用免責）來消除證人受刑事訴追、有罪判決之可能性，自無違反日本憲法第 38 條第 1 項之虞[26]。但上開最高裁判所進一步昭示「是否採取此一制度，應斟酌有無必要之情事、從正當刑事程序之觀點來看是否妥當、從國民法律感情來看是否合致於公正感等各項情事，慎重地予以考慮以決定之，一旦決定採用，其對象範圍、程序要件、效果等均應明文加以規定。」亦即刑事免責制度之合憲性，仍須視制度具體內容而定，尚非立法明定、且賦予證人免受追訴處罰之利益，即當然合憲。

同理，「偵查、審判協力型協議、合意制度」亦可適用前述「刑事免責制度」之合憲性標準，亦即「應斟酌有無必要之情事、從正當刑事程序之觀點來看是否妥當、從國民法律感情來看是否合致於公正感等各項情事，慎重地予以考慮」立法必要性，並以法律明文規定「對象範圍、程序要件、效果」，以符合憲法上之要求。

三、適用案件：

「偵查、審判協力型協議、合意制度」所適用之案件，限於特定之財政經濟相關犯罪及毒品槍械案件，且不論是證人本身所涉嫌之案件，或是證人所指證之他人案件，均須屬於法律所定之案件範圍，始有此制度之適用（刑事訴訟法第 350 條之 2 第 2 項）。此外，證人所涉嫌案件與證人所指證案件之間，更須具備一定程度之關連性（刑事訴訟法第 350 條之 2 第 1 項本文）。相對於此，「刑事免責制度」適用案件之範圍即無任何限制，論者認為，尚難想像有不必要或不適合藉由刑事免責以取得重要證言之犯罪類型，故立法上並無特別限制之必要[27]。

四、法律效果（給予證人利益）：

相對於「偵查、審判協力型協議、合意制度」給予證人諸多程序上之恩典或利益（如不提起公訴、以特定之訴因及罰條提起公訴、撤回公訴、追加或撤回特定之訴因或罰條、變更為特定之訴因或罰條、聲請適用即決裁判程序、聲請略式命令、具體求刑等），「刑事免責制度」所給予證人之利益，則僅限於「證人之證言不使用於證人本身所涉案件」而已。考前者具有「交易」之特性，後者則為國家機關之單方強制，在法律效果上自然難以相提並論，但也因此，如何避免具有濃厚「交易」性格之「偵查、審判協力型協議、合意制度」遭到惡用，即為值得思考的問題。

五、制度適正性擔保：

「偵查、審判協力型協議、合意制度」給予證人諸多程序上之恩典或利益，且係由檢察官與被告透過協議而達成合意，故其間難免滋生弊端，或為意思之瑕疵（非任意性供述、受詐欺而為之供述、對於合意條件之誤解等）、或為虛偽之供述（為獲取利益而虛偽證述等），故勢必在制度面上採取各種措施以確保制度運用時之適正性，諸如辯護人必須參與協議與合意（刑事訴訟法第 350 條之 3、之 4），合意須以書面方式記載、並經法院調查（刑事訴訟法第 350 條之 7、之 8），若為虛偽供述須受刑罰處罰（刑事訴訟法第 350 條之 15）等，均為適例。

此外，在實務運用上，「偵查、審判協力型協議、合意制度」除了擁有一般證人證言之危險性[28]之外，更因其「交易」之本質而存有更大之虛偽危險性，故在證言證明力之判斷上，自須採取更嚴格之標準。我國實務要求須有「補強證據」，日本實務上要求須有非供述證據之佐證[29]，均為實務運作上確保「偵查、審判協力型協議、合意制度」方面，值得參考、討論的作法。

陸 結論

我國刑事訴訟法第 181 條規定：「證人恐因陳述致自己或與其有前條第 1 項關係之人受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言。」此固為「不自證己罪特權」之具體實現，然某些重大案件亦因此而失去發現真實、適正行使國家刑罰權之機會。日本引進刑事免責制度，以求在不侵害「不自證己罪特權」之前提下，獲得證人之重要證言，藉以順利訴追、處罰他人犯罪案件之作法，實值得我國參考、借鏡。

再者，我國證人保護法第 14 條對於供出其他人之犯罪、提出其他人犯罪之證據之「證人」給予不起訴處分、減輕或免除其刑之寬典。另外，在刑事特別法領域，如毒品危害防制條例第 17 條第 1 項，組織犯罪防制條例第 8 條第 1 項中段，第 2 項前段、貪污治罪條例第 8 條第 2 項後段，槍砲彈藥刀械管制條例第 18 條第 4 項，亦對於坦承犯罪、供出其他人之犯罪、提出其他人犯罪之證據之被告，給予減輕、免除其刑之寬典。在實務運作上，雖然往往以「協商」「交易」之方式運用上開制度，但此等規定散見於各個特別法中，適用標準並不齊一，或須「自白（或自首）」加上「供述他人犯罪並因而查獲」（槍砲彈藥刀械管制條例第 18 條第 4 項、組織犯罪防制條例第 8 條第 2 項前段、貪污治罪條例第 8 條第 2 項後段），或僅須「供述他人犯罪並因而查獲」（毒品危害防制條例第 17 條第 1 項、組織犯罪防制條例第 8 條第 1 項中段），且均欠缺辯護人在場扶助、協議之明確性與透明性（如合意須以書面方式記載、並經法院調查等）、虛偽供述之處罰規定（多數均僅以是否「因而查獲」為條件。例外為槍砲彈藥刀械管制條例第 18 條第 4 項後段，以拒絕供述或供述不實為加重其刑之要件）等適正性保障。日本「偵查、審判協力型協議、合意制度」之立法方式，實值得我國參考，建立總則性、標準齊一、且具適正性保障之相關規定，同時盡力避免被告本於自利心理而任意攀誣他人，允為當務之急。

最後，上述日本的「偵查、審判協力型協議、合意制度」及「刑事免責制度」畢竟均非以迅速終結案件為立法目的，若基於減輕法院過重案件負擔之立場，則德國於 2009 年引進之「判決合意制度（Verständigung）」，顯然有值得吾人參考之處。蓋我國既有之認罪協商制度係由檢察官與被告協議刑度，法官並不介入，因檢察官欠缺運用此制度之意願，以致運用比例偏低[30]，而德國之「判決合意制度」讓法官亦參與協議過程，並擔任提案者的角色，除了法官本身具備更高發動、運用此制度之意願外，在三方參與之構造下，亦更容易使合意具備實效性、可行性。對此，宜儘速參考德國判決合意制度之相關規定，進行法律修正，諸如增訂法院得依證據調查的程度，適度公開心證之規定，以利案件的審理及三方參與協商程序的成功率，即為可行之第一步。

（作者為前臺灣高等法院法官，現為律師）

註釋

1995 年 6 月，頁 17；小川佳樹，訴追免除制度，刑事訴訟法の争点，2013 年 12 月，頁 34。

27 小川佳樹，註 26 文，頁 35。

28 最高法院 101 年度台上字第 6199 號判決意旨：人證為證據方法之一種，係以人之陳述為證據，人證包括證人及鑑定人等，而實務上證人大致有被害人、告訴人、共犯及其他實際體驗一定事實之人。證人之陳述，不免因人之觀察、知覺、記憶、敘述、表達等能力及誠實信用，而有偏差。是證人之陳述，其證明力是否充足，是否仍須補強證據輔助，應視證言本質上是否存在較大之虛偽危險性，不得一概而論。基於雙方對向行為之犯罪（對向犯），如購買毒品者指證販毒者，因自首或自白而得獲減輕或免除其刑，甚或得由檢察官為職權不起訴或緩起訴處分，不免作出損人利己之陳述，其證言本質上亦存在較大之虛偽危險性。即充分說明證人證言之虛偽危險性所在，值得參考。

29 筆者於 2017 年 5 月隨團拜訪東京大學時，由東京大學法學部大澤裕教授所為之書面答覆。

30 以 2016 年為例，當年度地方法院刑事第一審依協商程序終結之案件僅有 4,688 件，占當年度刑事第一審全部終結案件 466,444 件，僅有 1.01%之比例。