

黃朝義老師的刑事訴訟法學說精要（下）

編目：刑訴

六、搜索與扣押(註 1)

(一)有令狀搜索（刑訴法第 128 條、第 128 條之 1、第 128 條之 2）。

(二)無令狀搜索：

1.容許無令狀搜索之解讀依據

無令狀搜索扣押之所以受到容許，因立法例之不同，存有2種相異之見解：

(1)搜索扣押係以令狀為原則，附帶處分為例外（緊急處分之理論；限定範圍之理論）：

基於令狀為原則之考量下，於實施逮捕等行為之際，例外地，為保護逮捕者之身體安全、防止被逮捕者之逃亡以及為防止罪證的湮滅，在必要與不可或缺之限度下，容許無令狀搜索扣押。依此見解認為，偵查人員處於無充裕時間得以聲請令狀之緊急狀態下，應容許偵查人員僅對於被逮捕者之身體以及其直接支配範圍內之物加以搜索與扣押。

(2)搜索扣押未必以令狀為原則，而只求理由之正當（合理正當之理論）：

搜索扣押未必係以令狀為原則，只要存有正當理由亦容許為之。因於實施逮捕等行為之際，在其現場，相關證物存在之概然性相當高，因而可基於此一合理之正當理由發動無令狀搜索扣押。依此見解得知，並非僅限於無法取得令狀之緊急狀態下，即使在容許之範圍內，凡是與可疑犯 罪事實有關聯部分，亦得廣泛地進行搜索扣押。

(3)黃朝義老師之見解：

在我國之法制面上，憲法中雖未對於搜索扣押部分加以規範，但於刑訴法中明文規定，搜索扣押之發動，除有例外情形，必須依法定程序聲請搜索票後方得為之，無疑地應以緊急處分之理論（限



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

定範圍之理論) 作為我國有關無令狀搜索之解讀依據(註 2)。

2. 無令狀搜索之檢討

(1) 拘捕等前提下之附帶搜索 (刑訴法第 130 條):

① 法理說明

附帶搜索所強調者，設若定位在於緊急之情狀時，應僅能限定於為完成合法逮捕行為等之必要範圍內，所容許之附帶搜索行為。因而此時之附帶搜索僅能及於犯罪嫌疑人身體，以及犯罪嫌疑人所能直接支配下之範圍 (緊急處分之理論)。例如，於犯罪嫌疑人所住之房間進行逮捕等行為時，犯罪嫌疑人所居住之房間內之全部 (直接可支配之範圍)，將被認為屬於逮捕等之現場，對之加以附帶搜索。

② 附帶搜索之前提要件

附帶搜索之前提須有合法逮捕、執行拘提或羈押行為之存在，且附帶搜索與逮捕等行為，時間上要同時或接近 (時間密接性)。又為避免搜索流於濫權，在順序上，必須先有拘捕行為，方可附帶搜索。

③ 附帶搜索之範圍

本條最為特殊者，即屬竟然能夠擴及於隨身攜帶之物件及使用之交通工具：

A. 隨身攜帶之物件部分：倘無任何安全上之明顯的危險狀況存在，偵查人員為何得以逃避通常搜索令狀聲請之程序，而逕自進行無令狀之搜索，此在說理上似乎存有問題。

B. 使用之交通工具部分：仍然與附帶搜索隨身攜帶物件之情形相同，倘無任何安全上之明顯的危險狀況存在，為何得以對使用之交通工具為無令狀之附帶搜索，仍有逃避應受司法審查之疑慮。例如，違反刑法第 185 條之 3 規定 (醉態駕駛罪) 之案件，附帶搜索之主要目的並非在於找尋後車廂有無藏匿酒類。此些問題若無法為清楚之說明，其結果將是附帶搜索之實施，實際上除有架空一般隱私權保護疑慮外，並有公然承認偵查人員得以規避發動搜索權之司法審查程序，假無令狀搜索之名，進行濫行搜索之實。因此，在解釋與適用上必須顧及是否有危及執行人員之具體情形。



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

(2)與逮捕等情形同時發生之附帶搜索（刑訴法第131條第1項）：

本條項之搜索與前條之附帶搜索相同，發動之前提須有合法逮捕、執行拘提或羈押行為之存在。

(3)檢察官之緊急搜索（刑訴法第131條第2項）：

①判斷基準問題：

相當理由存在與否之判斷，可能毫無基準可言。

②發動主體過於限縮：

現行法僅容許檢察官發動緊急搜索，惟檢察官實施偵查時，究竟有多少機會可能會發動緊急搜索？為何較為可能發動緊急搜索之警察機關竟然無發動緊急搜索權？其立法構想實無法想像，顯然有未能兼顧偵查實際情況之虞。

③24小時之檢討：

誰能保證證據在幾小時內會滅失？重點應該在於以令狀搜索是否有效達成蒐證之目的，而非幾小時內證據會滅失。另外，本條之反面解釋容易讓人誤以為，24小時內若無法取得搜索票，始得發動緊急搜索。以目前台灣之通訊、交通情況而論，提出須為搜索之條件聲請搜索票後，再進行搜索亦無需花費多少時間，為何一定要將其解釋為得進行緊急搜索之條件，實難想像。

④「非迅速搜索，證據有偽造、變造或隱匿之虞者」之解釋盲點：所謂的「非迅速搜索，證據有偽造、變造或隱匿之虞者」之條件設定，究竟應做如何解釋？其中，所謂證據有無被偽造、變造或隱匿等情事，其判斷基準何在？偵查尚未開始或者搜索尚未開始，如何去判斷或知曉證據有無被偽造、變造或隱匿等情事？倘容許該條件得以被接受或前述各條件之存在，將有2種情形會發生：

A.認同檢察官之緊急搜索，無非在於容許檢察官得依其個人主觀之判斷進行緊急搜索，或者容許檢察官利用緊急搜索之便邊搜索邊辦案。

B.認同檢察官之緊急搜索，除在創造逃脫正常搜索票聲請程序之疑慮外，亦讓人回復記憶到古人所云「不出門，能知天下事」之神話境界，因一向係以被動型態執行職務之檢察官，真不知有多少機會得以進行緊急搜索，相對地，以主動型態執行職務（如巡邏等）之警察機關卻無緊急搜索權，豈不令



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段2號8樓·02-23115586(代表號)

人深感不解。

(4)同意搜索（刑訴法第 131 條之 1）：

- ①依本條立法理由記載，同意搜索為各國刑訴法所接受之搜索。乍看之下，該條之增訂如同「及時雨」般之重要，我國若無該條之增訂，似乎跟不上時代之需求，進而亦可謂為毫無法治可言。此若屬實，除表示我國法治落後外，搜索行為之令狀要求豈不多餘，大可依據同意即可阻卻違法之說理，大膽進行同意搜索，何必受事前司法審查之約束。立法理由所說者，同意搜索為各國刑訴法所接受之論調，似乎稍欠周詳。至少同意搜索之概念，由於容易出現事後判斷之困難，尤其是，例如住宅之同意搜索部分，有些國家更是明文加以禁止（例如：日本）。
- ②試想面對著擁有強大公權力之偵查機關，在向一般民眾提出搜索之要求，得以想見者，真不敢想像民眾可做如何之拒絕，或許可以說根本就是無法拒絕，因此所謂的「自願性的同意」，真不知應做如何解讀。基此，即使有認為搜索行為所侵害之法益屬於個人私生活之個人利益，可以權利放棄之形式加以解讀，亦即認為應容許基於同意者真意之承諾所為之搜索。惟此種權利放棄之情形，因仍存有放棄者不僅對於權利之內容與放棄之效果未能掌握之疑問外，且亦容易招致偵查機關便宜行事之疑慮，是故唯有追訴機關得以明確具體地證明同意者之權利放棄屬任意行為之情形下，方認為該同意搜索為法所接受（**有效放棄理論**）。

七、勘驗與鑑定(註 3)

(一)勘驗與鑑定之屬性

1.概說

勘驗與鑑定兩者在法之性格上原本即屬不容易明確加以區分之概念。我國之法制將兩者同列為證據章之內容加以論述，更使得本具有「**偵查屬性**」之勘驗與鑑定行為受到曲解。

因偵查階段之採證過程，在型態上，勘驗與鑑定同具有「**偵查作為**」之屬性（**偵查行為屬性**），應受偵查原理原則之規範；在順序上，採證後之「**勘驗結果**」或「**鑑定結果**」，隨之分別以「**勘驗筆錄**」或「**鑑定報告書**」等方式提出於法院（**證據書類屬性**）(註4)。



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

2. 檢討（黃朝義老師之見解）

整體而言，勘驗與鑑定兩者，或為偵查行為之一部分，或為其他偵查行為之延續行為，皆屬於偵查之範疇。因而只要屬於強制處分之屬性者，即應受法院司法審查之節制與監督。

惟依現行法之規定，偵查人員得以直接實施勘驗行為（刑訴法第212條），完全未受司法審查之監督與節制，為法制上之大漏洞，因而基於「**強制處分令狀原則**」之要求下，急需修法以為導正；至於鑑定部分雖有鑑定許可書之規定，惟因檢察官得以在偵查階段對屬於強制處分之鑑定處分為許可與否之決定，顯然有違「**強制處分應受司法監督**」之大原則，亦有違「**當事人實質對等**」之訴訟大原則，此部分仍有待修法以為糾正。

(二) 身體檢查類型之比較(註5)

身體檢查在偵查過程中，具有多種型態。依刑訴法規定，涉及身體檢查內容部分，可分為三類：

1. 搜索身體之身體檢查

在偵查階段，偵查機關可對被告、犯罪嫌疑人或第三人之「身體」進行搜索，此即可謂為「**搜索身體之身體檢查**」（刑訴法第122條）。此種身體檢查乃屬於對於應扣押物之搜索行為，並非為對於身體所為之點檢。僅因在此種情況下之搜索，其檢查之範圍將及於衣服之內側以及身體之外表，可能受到侵害者為與身體隱私權有關部分，屬於廣義的「**身體檢查**」（即依搜索票實施搜索身體之身體檢查）。

2. 勘驗之身體檢查

在偵查階段，偵查人員所為之勘驗行為，得實施「**勘驗之身體檢查**」（刑訴法第213條）。

此種身體檢查屬於為了解身體外表形狀所為之檢查，偵查人員本身得以進行之身體檢查。尚且在實施身體檢查時亦可進行直接強制之作為。另外，此之身體檢查雖屬為了解身體外表形狀所為之檢查，但在檢查過程中，亦可能對於諸如身體傷痕或肛門等進行檢查。因而為求慎重，以及為求安全而不致於侵及人權之考量，除需於實施前應經司法審查之程序外（須將身體檢查列為強制處分之一種處理），亦應與屬「**鑑定之身體檢查**」有所區隔。

3. 鑑定之身體檢查

「**鑑定之身體檢查**」得於偵查階段由偵查人員實施（刑訴法第204



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段2號8樓・02-23115586(代表號)

條)。此所為之身體檢查，不僅及於身體外表形狀所為之檢查，在程度上亦得對於血液、尿液或體內物之採取，屬於對於身體內部所為之一種侵襲行為。然此之身體檢查究竟與醫療行為不同，為屬偵查作為之一類型。因而從社會所得容許之範圍（社會相當性）內，基於偵查之必要，對於人身體內部所為之鑑定行為（身體檢查），亦屬合理之限制行為(註6)。惟就實際之實施而論，「鑑定之身體檢查」需考量到：

(1)傷害最小程度：

檢查時，對於身體之影響必須控制到最低最小，因而不得採取賦加於身體苦痛之方法或手段。例如，為採取血液，對於耳下為稍許刺傷行為，或者藉由X光照射以透視體內物之行為，或者使用瀉劑等使胃腸內之物予以排泄之行為等皆屬檢查時得為實施之行為。

相對地，已達通常外科手術程度之處分行為，或者從口鼻直接注入吐劑等方法，屬對於身體造成重大傷害或苦痛之處分行為，此就鑑定處分之本質而論，皆屬超越容許範圍之不法鑑定行為。

(2)人格或尊嚴不容受到傷害(註7)：

實施鑑定之身體檢查時，不得採取對於人格或尊嚴造成重大傷害之處分。因此，鑑定之身體檢查本身係伴隨著對身體內部侵襲之處分行為，實施時需由醫師等專家負責，然現行刑訴法第 215 條第 3 項只規定檢查婦女身體，應命醫師或婦女行之。對於一般性之身體檢查並未規定。

捌、公判程序(註 8)

一、證據法則導論

(一)「證據調查」與「證據蒐集」之區分

公判庭中之「證據調查」與其前階段之偵查程序中所提之「證據蒐集」在觀念上截然不同。因證據調查程序是要把證據「呈現」於法庭中，



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

亦即所謂的證據調查，其真正之內涵乃為「**呈現證據**」於法院之程序。只有在「呈現證據」於法院之過程中，係透過公權力（訴訟指揮）之安排以達成。因而法律上稱之為「證據調查」（證據呈現）程序，係有別於偵查程序中之「證據蒐集」程序。

(二)「證據能力」與「證明力」之區辨(註9)

1.證據能力：

「**證據能力**」，係指得成為證明犯罪事實（公訴事實與自訴事實）存在與否之證據資格，亦即藉由偵查所得之證據（如證言、物證、書證等證據資料）得成為證據資格者謂之。

原則上，有證據能力之證據為容許進入證據調查之前提要件，亦即無證據能力之證據不容許其提出於公判庭或作為證據調查之對象（如應排除之非供述證據、非任意性之自白或傳聞證據等皆屬無證據能力之證據；其他如法條中有謂「不得作為證據」之證據亦屬無證據能力之證據而非指證據之證明力問題）。

2.證據證明力：

「**證據之證明力**」，係指證據之實質的證據價值，亦即得使其作為認定事實之證據價值（可信度高之證據）。原則上，經證據調查後所取得之證據之證明力乃為法官得以形成心證之要件。

3.證據能力與證明力之區別：

- (1)證據能力為證據形式上之資格，而證明力為證據實質上之價值。
- (2)證據能力通常為法律上所規定者，而證明力乃是委由法官之自由判斷。
- (3)證據能力為訴訟上程序面之制度，而證明力為實質面之制度。

4.舉例說明：

- (1)報考大學之前提為具有高中畢業或具有同等學歷者，在具備報考資格後方能參與大學考試；在程序上，無法先讓其參與大學考試後，再判斷參與者有無報考資格。因而在性質上，其中之報考資格類似證據之證據能力，參與考試之過程與結果類似證據之證明力。
- (2)具結之目擊證人所為虛偽之陳述，其證言具有證據能力但欠缺證明力。又加諸強暴之結果取得嫌犯吐露真實之情形（非任意取得），其自白雖具有證明力，但無證據能力（自白法則）。違法蒐集證據之證據部分亦同，所蒐集之證據物縱使在犯罪事實之證明



上，可成爲具有關鍵性之證物，然若在證據蒐集之程序上存有重大違法時，仍無證據能力（證據排除法則）。

- (3)基此得知，欲知證據證明力之有無，必先在有證據能力之證據存在後，方有論述之價值。亦即，原則上係先有證據能力之概念後，才有證據之證明力問題。**證據能力係無法透過證據調查後而取得。**

5.證據能力之判斷：

(1)證據法則（自白法則、傳聞法則、證據排除法則）之導入

(2)準備程序處理證據能力問題

①概說

為貫徹法官預斷排除精神及促進審判期日之迅速集中審理之理念，證據能力應於準備程序中篩選，不容許無證據能力之證據提出於公判庭或作為證據調查之對象。相對地，得以進入公判庭之證據皆為具有證據能力之證據。刑訴法第 273 條第 2 項之立法目的即在於彰顯準備程序篩選證據之功能及排除證據後之效果而定。因此，為達公平法院之理念，證據能力之判斷，除應於準備程序為之外，理應有卷證不併送制度，並清楚界定準備程序中受命法官之定位。

②準備程序處理證據能力之階段

禁止無證據能力之證據進入公判庭，其目的在於避免法官審判時心證受到污染，並使檢辯雙方攻防焦點能夠集中，避免無謂之訴訟拖延。因而在程序上，依刑訴法第 273 條規定，準備程序就證據能力事項有 3 個階段：

A.整理兩造同意與不同意之證據之意見；

B.就有爭執之證據是否具有證據能力而為調查；

C.依調查結果，就證據能力有無作出決定。

基此，無證據能力之證據，依刑事訴訟法第 273 條第 2 項之規定，不得於審判期日主張之，賦予法院於準備程序就排除證據能力之裁定，具有法律上之拘束力。其結果，當事人不得提出該證據於公判庭，不得聲請調查該證據，亦不得於言詞辯論時以該證據為辯論之內容，法院亦不得以該證據作為裁判之基礎。

③現行實務運作

現行實務對於證據排除之時機，並未作統一處理，而呈現不同之排除時點：



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

A. 準備程序排除

此較為少見，一般受命法官單獨行準備程序，而非合議庭。基於尊重合議庭意見，受命法官極少會於準備程序中，立即裁示證據能力之有無。除非證據蒐集上明顯違法，且法有明文規定強制排除該證據之證據能力，當事人對之無太大爭議，受命法官單獨決定排除（例如，證人未具結之證言）。

B. 審判期日前階段排除

此種情形仍屬少見。此即合議庭於審判期日之初，進入實質審理之前，先就偵查之蒐集程序有無違法而作調查，並於調查完畢後，由合議庭以口頭或書面裁定有無證據能力（理由簡述或於判決理由中說明）。

C. 辯論終結後判決中排除

在我國實務此種情形最多。一般係於審理程序前階段，由合議庭調查程序是否合法，但不當庭宣示證據是否排除，於言詞辯論終結後，始於判決中裁示是否排除，以及說明其理由。

④ 檢討（黃朝義老師之見解）

A. 檢討上述 C 作法得以發現，「證據能力有無之判斷」與「有罪、無罪之認定」均同時於判決中交代。在此，合議庭合議時，究竟是「先判斷有無證據能力，再斷定有罪無罪」，或者「先為有罪、無罪之認定，再回頭決定證據能力之有無」，或者乾脆不予區分而混合地判斷，並無法很清楚的區隔。因此，在「權衡法則」中，不論證據排除與否，排除之理由並不難於判決中交代。惟如此之做法，將使證據能力之觀念以及證據排除法則之創設，形同虛設，充其量僅係判決內容篇幅之增加而已。

此問題點在於法官對證據能力與證明力不作區分，或將兩者同時判斷，因而喪失證據能力之本來意義，不對證據之「資格」判斷。造成此原因之最大障礙在於「卷證併送制度」之作祟，檢察官不先對證據之證據能力之有無先作確認，法官直接承擔所有證據能力有無之判斷，但又不知如何判斷。

B. 因此，**為貫徹無證據能力之證據不得進入法庭，更應強化準備程序之功能。亦即於準備程序中即應對證據有無證據能力加以篩選、決定與裁定。**如此方能讓當事人及早知悉何項證



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

據可否提出於公判庭使用，儘早擬定往後審理時之攻防策略，且將來審理期日檢辯雙方即不得對於已排除之證據為調查、辯論之訴訟行為，可集中攻防焦點，並可節省法院、當事人之勞費、時間，以達到創設「證據能力」之理念與優點。換言之，在準備程序即決定、宣示證據能力之有無，可避免兩造針對證據為實質證據之證明進行攻防辯論後，最後法院始於判決中裁示該證據無證據能力，讓審、檢、辯三方白忙一場，浪費有限司法資源，有違訴訟經濟原則。

C. 準備程序之具體作法

為能使準備程序發揮處理證據能力之功能，有以下之具體作法(註 10)：

- ① 受命法官整理本案爭執之證據與不爭執（合意）之證據；
- ② 被告抗辯證據係偵查機關違法偵查取得，被告應對違法偵查之過程為必要之釋明，此時，法官應可對被告，就被告是否受到違法偵查之範圍內，為犯罪事實以外事實之訊問；
- ③ 被告抗辯證據能力時，受命法官對檢察官應就證據非違法偵查所取得負舉證責任，進行調查；
- ④ 接著為意見表示與辯論，被告是否為適格之異議者、偵查有無違法、取得之證據有無證據能力；
- ⑤ 受命法官於審議後，應當庭宣示系爭證據之有無證據能力（以裁定之方式，並說明理由）。同時亦應容許當事人在審判期日前得提起抗告（或準抗告）程序以為救濟；
- ⑥ 經宣告為無證據能力之證據，嗣後即不得於往後之審判程序中提出調查證據之聲請，或以之為辯論之基礎。惟為避免法官之心證受到污染，理想之作法為，準備程序之法官，不一定由將來合議庭之法官充當，不過將來司法實務上亦應充分考量法官人力配置上之問題，且此一作法係建立在「卷證不併送」之模式上（預斷排除）。

(三) 舉證責任(註 11)

1. 刑事訴訟法第 161、163 條修法前之運作

(1) 檢察官僅負「形式舉證責任」

① 在職權模式的運作下，法院有依職權發現真實之義務，其地位已非單純之聽訟者，因而法院與檢察官於審判中之定位不易區



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

分，檢察官之舉證責任不被強調，故有「檢察官提出之證據，已足使法院得有合理的可疑，其形式的舉證責任已盡，但法院為發現真實起見，仍應依職權調查證據」之論調。檢察官只負責起訴，讓法院有合理的可疑即可，其舉證責任已盡，檢察官於公判庭上僅言：「如起訴書所載」，之後即不再蒞庭，或蒞庭僅具形式，該案件自起訴後與檢察官無關。

另一方面在職權主義的框架下，一旦事實真偽不明，法院仍有依職權發動蒐集證據之義務，不論證據有利或不利被告，該案件起訴後證據蒐集的任務交棒給法院。甚且法院未蒐集證據的結果屬於判決之當然違背法令（刑訴法第 379 條第 10 款之應調查而未調查），法院之中立性無復存在。此點判決當然違背法令的事由，檢察官亦得指摘，而認為「法院未蒐集證據」乃判決違法，由原告指摘中立客觀聽訟者未蒐證，讓人不知何來告發主義的訴訟架構，法院的中立性何在？

②法官訊問制為主之訴訟模式之運作，法庭中之舉證責任落於被告身上，此時被告若無法積極的自我辯護無罪（當然，在前提上也要有法官願意給被告有此機會陳述，否則法官倘自始認為被告之陳述純屬狡辯，那被告簡直是只有等待有罪判決而已），最後所能想像者為，被告既然無法推翻訴訟過程中院檢聯合下之有罪推定結構，無辜的受到有罪判決亦不足為奇。如此一來，原本有意將法庭美化為共同發現真實之場所，卻淪為自始推定被告有罪之「民主殿堂」，真不知如何令一般民眾相信司法。

(2)法院無蒐集證據義務之實務見解

①**大幅擴張法院職權蒐集證據之後果，除產生公平法院之理念受到質疑外，院、檢之屬性將蕩然無存。**檢察官負責蒐集、篩選證據，在公判庭中將證據呈現，用以說服法院。惟若由法院擔負主動蒐集證據之任務，則偵查與公判程序將如何區隔。況且由實務運作得以發現，若要求法院應盡其職權蒐集證據，非調查之途徑已窮，不得遽為事實之認定，則刑事訴訟程序勢必會癱瘓。因法院將身兼偵查與審判者之角色，除調查檢察官所提出之證據外（指刑訴法第 288 條），尚須主動發現檢察官未提出、未蒐集之證據，訴訟程序之冗長可想而知，且蒐集之範圍將漫無邊際。



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

②因此，實務見解慢慢限縮職權蒐集之範圍。例如：「……**法院固應依職權調查證據，但並無蒐集證據之義務**。刑事訴訟法第 379 條第 10 款規定應於審判期日調查之證據而未予調查之違法，**解釋上應不包括蒐集證據在內**，其調查之範圍，以審判中案內所存在之一切證據為限，案內所不存在之證據，即不得責令法院為發現真實，應依職權從各方面詳加蒐集、調查……。」（最高法院 87 年台非字第 1 號判決）**此一看法正確指出法院無蒐集證據之義務**。

2. 刑事訴訟法第 161、163 條修法後之運作

(1) 刑事訴訟法第 161、163 條之修正

①基於上開法制下的缺陷，2002 年修正後之刑訴法將第 161 條修正為「檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法（I）」，並於修法理由中謂「明文規範檢察官舉證責任之內涵，除證據之提出外，另應就被告犯罪事實，指明道出其證明方法，以說服法官，藉此督促檢察官善盡實行公訴之職責」，以落實檢察官之舉證責任。修正後之刑訴法第 163 條並將原來第 1 項與第 2 項對調，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（I）；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（II）」很明顯地得以看出，原來法院「應」依職權調查證據之觀念，修正為「得」依職權調查之，以減少職權色彩；並且就法庭之活動而言，基本上，完全交由當事人等為證據調查之聲請，法官之角色扮演已成為被動式或輔助式之結構。

②透過此次修法之結果，檢察官於公判庭中對於犯罪事實所應負之實質舉證責任，將無法如同過去般得假借任何理由意圖逃脫，而將實質的舉證責任毫無理由地轉嫁給被告，使被告自始蒙上被推定為有罪之陰影。亦基於雙方當事人（檢察官與被告，自訴案件中之自訴人與被告亦同）皆得為證據調查之聲請，「實質的舉證責任」與「形式的舉證責任」之概念，於訴訟程序中明顯地呈現出來，而使法庭出現活絡現象。

(2) 實務見解之轉變



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

刑訴法第 161、163 條修正後，相關實務見解再度確認法院無蒐集證據之義務，並且一再強調檢察官之實質舉證責任與無罪推定之關係（最高法院 92 年台上字第 128 號判例）。惟最高法院 91 年度第 4 次刑事庭會議，對此修法後之變革，作出不一樣的解釋。

該次決議第 3 點認為，法院仍有依職權蒐集證據之義務。該條之立法目的在於糾正過往職權模式下糾問色彩之違誤，在解釋上必須循此標準而確立院檢之互動關係，倘依照此一刑事庭決議所稱，該次修法可謂「換湯不換藥」（註 12）。該刑事庭決議完全漠視過往實務見解所認為法院無職權蒐集證據之義務，令人無法想像，倘依此決議，檢察官與法官在權責上仍無法清楚的加以區分。

(3) 刑事訴訟法第 163 條之解讀

① 刑訴法第 163 條在修法上欠缺妥當，第 379 條第 10 款亦未做相關之配套，因而產生職權模式未見改善之憾。在相關法令有所缺陷之情形下，最高法院亦秉持著職權色彩之角度解讀新法，造成新法之美意大打折扣。例如：

A. 「公平正義之維護」與「對被告之利益有重大關係事項」範圍不明確。因於刑事訴訟上，任何案件皆與公平正義及被告利益直接相關。倘法院於任何案件皆得藉由該條但書規定職權調查，一旦如此，往昔法院接續檢察官偵查的法庭活動模式將再重現。

B. 「證據蒐集」與「證據調查」之概念將更模糊。檢察官為偵查階段之主導者，對於被告所為犯罪事實理應知之最稔，在訴訟程序中應責無旁貸的負起舉證責任。反之，**法院僅為一被動的聽訟者，法庭活動上之證據調查，其所指涉者僅為證據之「呈現」而非「蒐集」**。法院本於其中立身分、組織地位、人力分配及角色分工，皆不可能也不容許法院負擔積極蒐集證據之任務。縱此，一旦檢察官未盡舉證責任，法院即應判決原告無罪，而非得再依職權調查（法院職權蒐集證據），否則形同法院接續檢察官偵查後，再對被告為有罪判決，如此一來，非但違反無罪推定原則，更有院檢前後糾問被告之不合理現象產生。

C. 實務運作上有混淆原則與例外之危險。**現行法下之刑訴法第**



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

163 條第 2 項但書雖然有「法院應依職權調查」之規定，但解釋上只能當作例外看待，甚至僅得將此作為法院「良心裁判」之依據，而不得作為法院職權調查之藉口。然而一旦對於該條項但書規定於解釋上有所誤認，將例外視為原則，則可能回復到從前所有證據皆由法院依職權接續調查、檢察官不負擔訴訟成敗責任（甚至不蒞庭，或僅言「如起訴書所載」）之不良法庭活動模式。故未來修法上，應該刪除刑訴法第 163 條第 2 項但書之規定，以符合公平法院並落實當事人進行之精神。因此，現行法中，所謂「得」與「公平正義」等，應解讀成「良心裁判」，僅對被告有利時始得曉諭被告或協助被告蒐集證據，如此一來才能確保公平法院理念之實現，檢察官之舉證責任始能落實。

◎總而言之，在現行當事人主義的訴訟架構下，應建立起由檢察官負擔舉證責任之制度，且係屬於犯罪事實陷於真偽不明時之敗訴結果責任。換言之，一旦檢察官在公判庭上無法就被告之犯罪事實證明至「超越合理的可疑程度」時，法院基於其中立第三人之立場，即應對被告諭知無罪判決，不應超過檢察官之舉證範圍再依職權進行證據之調查（蒐集），如此才有助於檢察官舉證責任之落實，亦使院檢雙方角色、權責分明，嚴守其職務本分，不再接續糾問被告，如此始能落實公平法院之理念。

二、自白法則(註 13)

關於此部分，黃老師近期最關注「命具結取供」等相關議題，茲分述如下(註 14)：

(一)命具結取供之問題

1. 被告與證人地位之不同

被告與證人在刑事訴訟之地位截然不同，尤其被告有緘默權之保障，且有權利告知等程序應需踐行，證人則有據實陳述之義務，兩者差異頗大，惟訴訟之進行乃呈現一種流動的概念，並非所有的程序相關者自始都會被認定具有被告身分，可能在偵查初期不具有犯罪嫌疑，而以證人之身分傳訊作證，但在作證過程中或進行相關蒐證程序進行後，產生一定之犯罪嫌疑，此時原為證人之角色，有可能成為刑事訴訟追訴之對象。

2. 證人轉被告



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

- (1)偵查機關為了取得被告自白，有可能會濫用證人之程序而傳喚實質上之被告，尤其我國刑訴法第 228 條規定，只要知有犯罪嫌疑，即應開始偵查，究竟是否已經居於被告之地位，可謂完全掌握在偵查機關之心證，除非在客觀上已經有顯露出偵查機關之心證，否則外人難以判定，因此，在偵查中一旦具有被告之身分，無論如何偵查機關不得以證人之地位傳訊。
 - (2)偵查機關蓄意以證人地位傳訊被告以取得自白，至少涉及刑事訴訟中幾個重要問題，亦即：①權利告知（刑訴法第 95 條）；②不正方法取得自白（刑訴法第 98 條）；③如果以證人身分傳訊又漏未告知得拒絕證言（刑訴法第 186 條第 2 項、第 181 條），此時亦有該條違法之問題。
 - (3)實務見解（最高法院 92 年台上字第 4003 號判決(註 15)）認為，檢察官「蓄意」對犯罪嫌疑以證人傳喚取證屬不當詐欺取證，且亦有權利告知侵害之問題，如屬「非蓄意」，則採取所謂的權衡法則之立場。其次，若係「未告知證人得拒絕證言」之問題，實務則有不同之看法（最高法院 96 年台上字第 1043 號判決(註 16)）。
- (二)證人具結取證與證人轉為被告之省思（黃朝義老師之見解）

1.法制未調整前檢察官證人取證之評估

目前刑法與刑事訴訟法中不當具結制度尚未調整改善之前，為防止檢察官以脫法方式濫用具結制度逼供取證之發生，似可朝以下數方向加以思考，以避免證人或犯罪嫌疑人之相關權益受損：

- (1)訴訟關係人受到偵訊後，一旦發現其涉案程度濃厚時，隨後之程序可將其以「犯罪嫌疑人（被告）」方式，進行偵訊。以訴訟關係人身分接受偵訊時，不必具結，供述與否屬訴訟關係人之權利，屬於「任意偵查」之一環。對於訴訟關係人之到場，檢察官應以「通知」之方式約詢，而非以「傳喚」方式。檢察官違反此一任意偵查作為，所取得之偵訊內容（同自白般）應認為不具證據能力而須全數予以排除，不得以似是而非之所謂的不當「權衡法則」強渡關山。
- (2)訴訟關係人到案後，發現其屬於證明犯罪嫌疑人（被告）犯案內容之一不可或缺之證據時，可依證人方式取證。列為證人者，檢察官一旦以具結方式強制證人供述，除非有特殊情狀，否則嗣後不得再將其轉列為犯罪嫌疑人（被告）。因不為如此限制，勢必無



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

法防止檢察官以具結方式實質逼供。檢察官違反時，應逕認該取得之證據無證據能力，全數予以排除，不得以權衡方式處理。更何況供述證據本來就無所謂的「權衡法則」之適用，實務之使用似乎與證據相關法則不能相容。

- (3)證人經具結取證後，不能再將其列為被告。其主要的考量在於證人在欠缺法律知識或無助下，容易致使自己本身權益（拒絕證言權與緘默權等）受損。因證人供述後，其供述內容一旦對自己不利時，依前述實務見解得知，似乎事後很難判斷檢察官當時是否蓄意不告知證人得拒絕證言或得保持緘默。

因此，偵查時檢察官不以關係人偵訊之方式處理，而卻以證人傳喚，並以具結方式取證時，該具結取證之方式，應被推定為「具結逼供」，所取得之證據應為無證據能力，方得以防止檢察官濫用具結方式強制證人供述，進而以偵訊內容將其列為被告加以起訴。亦即檢察官一開始應以「訴訟關係人」方式取證，在無法達成時應以「犯罪嫌疑人(被告)」之方式予以傳訊。犯罪嫌疑人(或被告)在緘默權得保障之情形下，進行偵查，方能確保檢察官理性使用「具結」方式取證。運用結果間接的亦能迫使檢察官慎重而減少或不用具結取證之方式。如此一來，自然所謂的「具結逼供取證」之情事，比較不會發生。

2.法制調整與未來展望

(1)法院方面

①基本上法院對於前述檢察官於偵查中可能發生之違法疑慮行為，應該慎重面對，除非有特殊情形，否則即應直接判斷檢察官之所為屬重大違法行為（違法判斷），並對該違法行為所取得之證據全數予以排除（排除判斷）。亦即法院不可以模糊的態度，動輒以「權衡」方式，判斷證據之取捨。最後結果該證據還是不被排除，供述內容通通成爲起訴其犯罪之依據，或者成爲認定其犯罪之依據。

②最高法院前述判決只對很難證明之所謂的「蓄意」行爲部分論以違法，其他部分並未做論述而一概以所謂的「非蓄意」行爲終結之。判決內容中雖有違法判斷（蓄意部分），但屬片段而基準不明之判斷，大部分之違法疑慮行爲率皆淪爲權衡判斷。就此而論，法院，特別是最高法院對此問題之態度過於消極，理



應更加積極，正視問題之嚴重性，**非但要為「違法判斷」，亦應積極的予以排除（排除判斷）**，方能杜絕檢察官之濫用具結逼供或押人取供，並進而任意的將證人轉為被告等情事再度發生。

(2) 律師方面

- ① 面對偵查中檢察官對證人或犯罪嫌疑人（被告），或以具結取證或以押人取證，或者被傳喚後之證人立即轉換成被告等偵查作為或起訴問題，對於辯護律師而言，或許辯護空間頗大。惟就目前制度面之設計，律師有時實在很難有琢磨的空間。因依法規定，訴訟關係人或證人之應訊行為，律師無法在旁協助，更無所謂律師選任問題。此種法制倘繼續存在，甚且尚容許檢察官得以具結方式，強制證人供述，再加上刑訴法第 159 條之 1 第 2 項「檢察官面前供述」之傳聞法則例外規定之適用，律師未來在法庭上爭辯，的確很難發揮辯護功能，甚且可謂毫無爭辯空間。
- ② 就此而論，偵查法制的重構未來仍是與律師辯護空間或人權保障得否落實之重要判斷依據。亦即在法制調整上，對於犯罪嫌疑或證人，法制面之重建包括**偵查中傳喚、拘提等具有強制處分性質之偵查作為，全部必須回歸法院作司法審查**，以避免檢察官在為這些強制處分時，帶有濃厚的球員兼裁判特性，任憑檢察官一人決定與執行（即所謂的一貫作業），而遭致其公平公正性受到質疑。
- ③ **證人訊問應將其定位為屬於「證據保全範圍」**，檢察官不應擁有以具結強制取證之具有確認證據效果之強制處分權，而是在有必要時，必須透過檢察官之聲請，經「法院」介入審查以進行證據保全。亦即**檢察官應不得直接訊問證人取證，更不應容許檢察官命證人以其結而強制取證，而是應以「任意偵查」之手段，聽取該證人之任意陳述。**

3. 重新調整法制以解決問題

(1) 廢除檢察官面前之具結制度

未來之審判程序於落實證據法則後，刑法第 168 條規定中有關於檢察官前之具結程序顯然與證據法則之運作有違，屬於一種無意義之程序。因例如偵查中經具結後之鑑定結果，於審判中會以書證之方式予以偷渡或將其列為傳聞法則之例外情形加以處理，此



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

勢必會剝奪被告防禦之機會與權利，刑訴法第 159 條之 1 第 2 項之「檢察官面前供述」之傳聞例外規定，嚴格而論不符合法制常態理應刪除。

因而為避免法制上之運作錯亂，「證據蒐集程序中檢察官理應不得以具結取證」之觀念，以及確立「法官與檢察官屬性不同」之觀念，最為迫切需要者乃為「廢除檢察官前之具結程序」，方能落實法庭中「當事人實質對等」之訴訟理念。

否則法庭中同為訴訟當事人一方之檢察官，在偵查中所取得之證據竟然得以直接作為認定他造當事人被告犯罪事實之證據，不論如何之詮釋，終究無法具有說服力，有欠公平。

(2) 落實強制處分之司法審查制度

包括傳喚、拘提、鑑定、勘驗等強制處分以及等同強制處分之具保與限制住居等處分行為理應重新檢討。因此些處分行為係與人民之權益保障息息相關。檢察官在不受司法審查之監督下，一貫作業的自我決定並判斷自我執行之處分行為的合法性，誠屬緣木求魚之不可能。倘此些強制處分執行再配合對證人（或疑似犯罪嫌疑人）具結之運用，以及對犯罪嫌疑人（或被告）隨時發動當場逮捕與聲請羈押之強制，前述所謂的「具結逼供」與「押人取證」之情形將不會受到抑止。

嚴格而論，訴訟程序上「證人轉為被告」之論述僅只徒具形式之意義，重要的是在於程序未受「司法審查」監督下，人民相關權益實質受到侵害才是問題之所在。因此，除「檢察官面前之具結程序應廢除」外，「相關強制處分等回歸司法審查」之法制重建應該最為迫切，否則人民面對檢察官與法院相同，只是先後面對問題，實質上都是在面對對己處分之「司法官」，「當事人實質對等」主義之訴訟構造無法獲得確保。

(3) 概念區辨

就一般民主法制國家而論在訴程序中，提及訴訟關係人、證人、犯罪嫌疑人或被告時，眾人皆知絕對屬於不同觀念。惟在我國實務之運作，該等概念非但被濫用，尚且自始被混淆而將名稱之屬性背離原來之意義。此部分須作區辨：

① 訴訟關係人部分：

在訴訟程序上，「訴訟關係人」之利用雖非完全不存在，但被使



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

用之機會可謂不多，且一旦被傳喚或通知大致上直接被論以「證人」或「被告」，前者需面臨受到「具結逼供」之危險，後者不為供述時須面臨受到當場逮捕與聲請羈押之危險（押人取供）。訴訟關係人僅屬協助者角色，對其僅可依「任意偵查」手段進行。

②犯罪嫌疑人部分：

犯罪嫌疑人之稱呼僅在警察階段出現，偵查中進入檢察官所為之犯罪偵查程序時，並不使用犯罪嫌疑人之稱呼，直呼為「被告」，等同接受法院審理般。實務更有將檢察官面前之偵查程序稱之為「偵查庭」程序，宛如法院未審理案件前，即有如同「法庭」般之幾近於審理程序之偵查調查庭。偵查中「蒐集證據」之程序被操作成為「調查證據」程序，檢察官自我訊問「被告」（本應稱之為「犯罪嫌疑人」）以達「確認證據」之效果，法官與檢察官屬性完全受到混淆。

③證人部分：

「證人」名稱在訴訟程序中最容易被使用，舉凡：

- A.是否屬於證人倘不清楚時，大都捨訴訟關係人不用，逕以證人傳喚或通知到案說明最直接與方便。尤其是檢察官傳喚之情形，「具結」之運用，不論該證人最後能否成為所謂的「被告」，至少以強制手段可以達到「取供」之效果。
- B.即便是真的以證人傳喚或通知，但因未受到律師協助下之證人，究竟能否保護自己權益，而免受到證人立刻轉為被告之威脅，恐非易事。
- C.證人被傳喚作證，依法不到場者會受到罰鍰或「拘提」之威脅，惟若一再發動傳喚與拘提手段仍無法到案時，就實務經驗，該證人被列為「被告」之可能性不可謂之不高，甚至還可能被以「通緝」之方式，通令告知全國偵查人員或相關人得對之直接拘提或逮捕，檢察官此類一貫作業之程序，可謂經由傳喚、拘提、訊問與具結達到「取得供述」之目的。
- D.然通緝係對於犯罪嫌疑人或被告方可適用。我實務之運作，經常是檢察官倘因證人不到場作證，在再傳無效之情形下，直接將證人改為被告，隨之在傳喚不到後，即逕自發布通緝。此一連串的处理流程「一貫作業程序」，確實存有蹊蹺，證人被轉



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段2號8樓・02-23115586(代表號)

為被告，再以被告通緝之方式通緝，此在其他民主國家之訴訟法制中很難出現。問題可能是在於對所謂的「證人」傳喚，只不過是一種障眼法，該證人早就被鎖定為所謂的「被告」，手法上違法程度相當高。

E.「具結」程序屬司法作用，我國法制容許性質上屬偵查官之檢察官對證人命以具結，確實為法制上大問題，理應刪除，此部分已如前述。至於相關連之拘提的使用，應屬法院強制被告或證人到場作證或陳述之強制手段，檢察官竟可以自我決定「拘提」之發動強逼證人到案說明，顯與民主法制國家之思考有異。未來拘提之發動不應在偵查階段由檢察官自我決定。

④被告部分：

被告之稱呼應屬被提起公訴或自訴者，偵查中不應存有「被告」概念。程序中所謂的「證人轉為被告」之稱呼，並不真確。其實，在偵查中即便是有此種轉變之可能，亦僅能稱之為「證人轉為犯罪嫌疑人」，認為嗣後有可能被起訴時才可對其稱之為「被告」。

4.觀念導正

在證據的種類上，屬於客觀證據的非供述證據部分，本為刑事訴訟程序上認定犯罪事實之主要依據，因其本質為客觀且不太能夠被無端創造出來；相對地，具有主觀特性之供述證據，其不確定性容易受到質疑，因而在蒐證過程中供述證據之取得雖容易但可能無法真實，亦較可能被有心人士蒙混過關或栽贓他人。供述證據漸漸地不被列為屬於認定犯罪事實之主要依據或唯一依據，亦即非供述證據之取得每每被列為犯罪偵查過程中最為重要之證據種類。

然我國之偵查起訴作業，向來總以「偵訊」為取證之主要來源。偵查中不論是以「具結逼供」（對證人）方式或是以「押人取供」（對犯罪嫌疑人）方式，無非都在取得「供述證據」，亦即講求「嘴巴證據」之取得。對偵查人員而言，此「嘴巴證據」非但可被列為偵查的戰利品，尚且亦是整個案件起訴與審判之依據，客觀證據之非供述證據反而淪為不被重視之一環。如此運作之方式，恐將破壞民主國家之法制，妨害法制之建構。

因此，偵查機關確實要面對的，即是偵查方法中除了「嘴巴證據」之取得頗為重要外，非「嘴巴證據」證據之取得方式更加重要，此



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段2號8樓·02-23115586(代表號)

亦是未來偵查機關要重視而且要不斷開發偵查技術之處，不應僅單純的沈溺於「嘴巴證據」之取得。

三、證據排除法則

關於此部分，黃老師論述甚多(註 17)，茲僅就黃老師所提出具前瞻性之「證據排除法則未來課題」部分，分述如下：

(一) 供述證據不應適用

1. 供述證據，取得方法若存有違法成分時，供述之可信度（證明力）會有所影響。取得之證據若屬非供述證據時，因所取得之證據本身因其性質、形狀並不產生變化，有關其形狀等證據價值並未改變。因此，供述證據之排除與非供述證據之排除，在法理上不同。

換言之，**供述證據本身重在可信度、真實性，一旦欠缺真實性，該證據即無證據能力（絕對排除），無法透過「人權保障及公共利益」等因素，而取得證據能力。**非供述證據則因證據價值並未改變，在採取相對排除之立場下，基於正當的法律程序保障之觀點與維持司法廉潔性及抑制違法偵查之觀點，個案中考慮證據能力之有無。因此，**刑訴法第 158 條之 4 係立基於相對排除的觀點，自無法適用於供述證據。**

2. 有認為所謂之「權衡理論」（刑訴法第 158 條之 4）其效力及於供述證據與非供述證據之見解顯有問題。供述證據中，以被告自白為例，有無證據能力之判斷係以「有無」危害任意性之違法行為存在與否為主；相對地，非供述證據中，以證物之蒐集為例，有無證據能力之判斷係以違法之「輕重」為主。在處理供述證據與非供述證據之標準相當不同，不得混為一談。因此，在解釋上，**刑訴法第 158 條之 4 所規定者應僅以「非供述證據」為適用對象。**

(二) 不應採取權衡理論

權衡理論雖在個案中具有彈性之優點，然其缺點在於極度不穩定。尤其我國審判實務完全欠缺說理之依據，是否排除完全存乎審判者一心，若當事人欲以判決採用無證據能力之證據，做為上訴之理由時，上級法院恐因原審判決說理過於簡陋，而無法審查。更有甚者，準備程序未落實證據能力之處理，當事人往往無法瞭解法官權衡之因素為何，因而無法就此證據之證據能力為任何爭執，每每等到當事人收到判決書之後，始知法官對證據能力之裁示為何。換言之，當事人欠缺任何預測可能性，都是在一團混亂中進行證據能力之爭辯。



(三)證據排除之基本立場

1. 權衡理論在我國審判實務的「惡用」之下，其理論之缺點可為表露無遺。因此，證據排除之基本立場將在於盡量不使用此理論。在解釋上，現行刑訴法第 158 條之 4 規定，只能謂提供法官對於證據應否排除之方向而已，而所有的證據排除理論皆係考量「人權保障及公共利益」之比較上，該條並未提供法官具體之判準，乃屬刑訴法第 155 條第 2 項「無證據能力」之第一次具體化而已，最後仍待個案中經由法官做規範填補，何況法文上更無所謂「權衡」之字眼，因而不應將此條文列為「證據權衡」之依據。
2. 在處理證據排除法則問題時，不採權衡理論。將來在運作上或許存有兩種基本之處理模式：
 - ① 原則與例外模式之建立。應建立起「以排除為原則，例外始不排除」之判斷模式（可參考美國立法例）。換言之，一旦國家機關有違法取證之情事發生，原則上應排除其證據能力。而例外模式之建立，除可參考美國法之例外，亦可根據實務個案之不同，建立各種證據排除之例外。
 - ② 採取「相對排除」立場之下，個案中應視違反情節而為不同之處理。然究竟何種類型之違法，始將證據排除，將為證據排除爭議性最大之問題。倘國家機關故意違反偵查規範而為取證，此時不論從抑制違法偵查發生之抑制效果、正當的法律程序保障之觀點與維持司法廉潔性等觀點，皆應將此種證據排除。
另一方面，個案中應考量有無破壞令狀原則之精神之重大違法情事，作為判斷之標準。令狀原則之建立，目的在保障人權，而與憲法上之基本權益具有密切之關連。以搜索為例，其所保障者在於隱私與住宅不受侵犯，若國家機關任意規避搜索令狀之聲請，而為搜索，其所侵犯者，為搜索令狀所欲保障之隱私與住宅不受侵犯。此種情形自與搜索逾必要之程度（刑訴法第 132 條）不同。
換言之，證據排除之要件判斷，係存在於有無破壞令狀原則之精神之重大違法情事，以及是否存有抑制違法偵查發生之抑制效果。
3. 關於違法取得證據排除之判斷，應由準備程序中之受命法官確實對於證據有無證據能力作形式判斷，即便是有不服者提出異議、抗告或準抗告等之聲請，亦應為之，不應將有無證據能力之判斷全數推由「合議庭」再作判斷。否則送交合議庭判斷之結果，合議庭勢必



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

將證據之證據能力與證明力一併判斷，而使得證據之證據能力與證明力之觀念混淆，最後僅使用令瞭解證據概念者皆不知內涵之奇怪字眼「證據力」予以搪塞，而喪失立法之原意。

因此，為能確實掌握刑訴法第 158 條之 4 規定之立法宗旨，在適用上，必須透過個案之累積經驗（如形成判決先例），方能建立一可為遵循之排除標準。惟究竟應該如何建構此一觀念之層次問題，將是考驗著未來實務運作之技術上智慧與學界之努力。

四、傳聞法則

關於此部分，黃老師論述亦甚多(註 18)，茲僅就黃老師所提出具前瞻性之「傳聞法則未來課題」部分，分述如下：

(一)現行法過猶不及

我國現行法傳聞法則與例外之規定，可以說是處於「過猶不及」之狀態：

- 1.就「過」之部分而言，太過強調證人於法官與檢察官面前陳述之可信性，忽略到底有無使用傳聞證據必要性之問題。尤其被告一方雖為訴訟主體，但傳聞之例外卻多偏向於國家一方，審判外向私人之陳述，幾乎無例外適用之空間（除同意外），其實向私人所為之陳述反而更具有可信性，因此種情形並未受到國家偵審機關之壓迫，證人反而不會有虛偽之可能。又檢察官面前之陳述，其效力過於偏袒一方當事人，因而造成當事人間實質地位之不平等，恐有違憲法第 7 條、第 16 條「訴訟平等權」之疑慮。
- 2.就「不及」之部分而言，例外情況規定的太過簡略、類型也不夠細緻完整，甚至出現「無法可用」的情形（例如：臨終前之陳述）。因此，此應參考美日等國傳聞例外之規定後再做修法，藉此用以界定「傳聞證據」之內涵，使其精確化。

(二)證據保全制度之修正

在現行法之架構下，被告一方若欲使審判外之陳述做為證據（例如：友性證人即將死亡），得透過證據保全之方式（刑訴法第 219 條之 1 以下），保全證據。將來修法時，自宜限縮「檢察官面前陳述」得為證據之情形，若有保全證言之必要時，宜透過「法院」保全證據，以落實當事人間實質對等。

玖、上訴程序(註 19)



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>
北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

一、我國現行審級構造

(一)第二審審級構造

1.覆審制

我國現行第二審之審級構造原則上係採取「覆審制」(刑訴法第 364 條)(註 20)。現行法之第二審之審判程序(指通常程序而言)，雖然改採「限定上訴理由」之架構，惟此種立法不足以影響我國第二審程序為「覆審制」之上訴架構。

此有重複第一審審判程序之情形，相當耗費司法資源，迅速裁判的要求勢必無法落實，且重複審理將導致第一審之空洞化，蓋無論如何只要不服提出理由即得上訴且得提出新證據，當事人往往把最有利的訴訟資料留於第二審中加以提出，而將真正的審判中心轉移至第二審。採行覆審制的理由可能係基於「慎重」，立法者欲藉由兩個第一審而減少誤判的機會，惟藉由兩個第一審而欲減少誤判的命題恐怕並不存在。因訴訟資料會隨著時間的流逝而減少，例如證人的記憶會因為時間模糊，故實有必要對現行覆審制加以檢討與調整。因此，現行第二審上訴制度未來是否應該繼續維持，將是探討上訴審構造之大課題。亦即，未來第二審之構造究竟應採目前之覆審制，或改採續審制或事後審查審制，勢必面臨重大改革。

2.「上訴理由」之增訂

2007 年 7 月 4 日修正前之上訴二審程序，不必敘述不服之理由；向第三審上訴時，必須詳為記載不服的理由(刑訴法第 382 條)。修正後之刑訴法第 361 條、第 367 條新增上訴第二審時必須提出上訴理由，其主要目的在於防止被告濫行上訴、拖延訴訟，且上訴人於上訴時如未具體指摘不服第一審判決之理由，第二審法院實難特定其應審理之範圍，有礙於訴訟之進行。此增訂可謂立意良善。惟在我國刑事訴訟第二審現採行覆審制之情況下，僅作如此規範恐怕仍然不能達到防範濫訴之目的。

蓋上訴審無論係事實審或法律審，原則上均應以原審判決必須存有瑕疵(包括事實或法律上之瑕疵)為前提，以作為審判之對象，否則上訴即無理由。而目前二審之審理範圍並不上訴理由所指摘的範圍為限，應就一審判決重新自為審理，立法者限定在提出上訴時，一定要說明具體理由，但在後續審理中，完全可以超出該上訴理由，勢必又回復到覆審之架構。



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

因此，上訴人只要想到上訴理由，例如：說明量刑未考量到其他因素（判決不當）就可以被視為合法之上訴，通過上訴合法性之檢驗後，再進行本案之實質審理，如此一來，立法者限制上訴的立場形同虛設，該修法之效益有限。

因此，新法就上訴應提出上訴理由以抑制濫行上訴之規範，雖然立意良善，但也只能說是一種治標的手段而不能治本，實質成效極為有限。**將來唯有從整體審級構造上做出激底的修法改革，採行「事後審查審制」，貫徹事後審查審監督第一審是否為錯誤判決之本質，始能有效達成上開修法目的。**

且目前尚未全面實施「國選辯護」之制度，自難期待不具法律專業知識的被告，可以「具體指摘」原判決有何違誤之處，如此限制被告上訴之機會，頗值深思。況一旦通過上訴理由之審查後，二審法院勢必又回到覆審之架構，不受上訴理由之拘束，將造成前階段嚴格限制、審理階段不受拘束自為認定之現象，到底上訴理由之用意何在，恐怕只是為了疏解案源而已。因此，二審仍維持覆審制，但又限制上訴理由之立法，顯有疑義。

3.上訴理由之審查標準

(1)依新法之規定，原審法院對上訴書狀有無記載上訴理由，僅能作形式上之審查，故上訴人只需隨意就原審判決不服之內容略述一二，即可通過形式審查而進入第二審，而毋須指出原審判決究竟有何瑕疵。且第二審法院應如何認定上訴書狀已敘明上訴理由，亦有疑問。例如，上訴理由如僅記載：「原審證人所言均不實在，應全部重新調查」，是否可謂已敘明上訴理由？誠有疑問。若按照覆審制之精神，第二審法院本即應重新踐行第一審程序（第二次之第一審），故無將其以上訴不合法駁回之理；但若如此空泛之上訴理由亦可認為合法上訴，將來出現因上訴未敘明理由而遭駁回之機率恐怕微乎其微。

(2)目前多數實務見解認為，上訴書狀一定要「具體指摘」第一審判決有何採證認事、用法或量刑等足以影響判決本旨之不當或違法之處，僅泛言原判決認定事實錯誤、違背法令、量刑失之過重或輕縱，皆非合法之上訴理由。基此，上訴理由是否具體，實務以是否「具體指摘」來判斷，惟「具體指摘」並非一定要以原審判決判決違背法令(違法)為準，實務見解亦認為包含判決「不當」，



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段2號8樓·02-23115586(代表號)

例如：緩刑與否、緩刑之條件自得作為上訴之理由。

(3)上訴第二審上訴理由之提出，其具體之情形可以區分成二大部分：

①根本未提理由：

此時，在具體操作較為容易與明確，由於此一要件係可以補正，因此，逾期未提出者，原審法院或第二審法院應定期間先命補正（刑訴法第 361、367 條）。

②提出之上訴理由不夠具體：

由於上訴狀應敘述「具體理由」（刑訴法第 361 條第 2 項），若上訴狀之上訴理由不夠具體，一審法院並無實質審查之權限，只要有敘述理由，一審法院即不得裁定駁回上訴。二審法院命補正之前提，亦係上訴書狀「根本未提理由」，實務見解認為，上訴理由不夠具體，二審法院得逕行駁回上訴。

(二)第三審審級構造

依現行刑事訴訟法之規定，第三審法院原則上並不重新認定事實，應以第二審判決所確認之事實為判決基礎（刑訴法第 394 第 1 項本文），並且，上訴於第三審法院，非以「判決違背法令」為理由，不得為之（刑訴法第 377 條）。因此，第三審法院係以審查原審判決妥當與否為目的，屬於「事後審查審」之結構。其所為之審查係從法律等之觀點進行審查，原則上屬於法律審（即法律審之事後審查審）。

(三)黃朝義老師之見解：上訴制度應採「事後審查審制」

1.改革後第二審與第三審之分工

在三級三審之訴訟制度下，傳統之第二審為覆審之構造或續審之構造，通常第三審為事後審查審之型態。惟第二審為既為事後審查審之結構，仍然存有為何需要第三審再為第二審事後審查審之事後審查審之問題。亦即基本上同樣之問題無須為兩次之審查。因此，未來最高法院（第三審）之審查（或審判）功能似乎與目前之最高法院之功能有著明顯的不同。

換言之，第三審之功能為得與第二審之功能作區分，最高法院將是重視憲法問題之處理，亦即上訴之第三審將是以解決「憲法問題」為其最大任務，故相關法令有無牴觸憲法，想當然爾，可成為上訴第三審之理由。

又最高法院為全國唯一的終審法院，依法亦應負有維持統一法令解釋與統一法令適用之功能。至於有無違背法令之審查，於上訴之第



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

二審業已為審查，因此，是否應被列為審查之對象（基於統一之必要），亦應以現實社會上所存之違背判例之情形為主，亦即「違背判例」將（或可能）被列為第三審之上訴理由。再者，對於具體案件，最高法院是否亦應扮演著確保正確裁判之最後把關者角色，將是另一制度面之考量。換言之，此屬於最高法院是否具有裁量受理案件之權限問題（例如日本刑訴法第 406 條之受理案件問題）。

2. 事後審查審之審理範圍

採行事後審查審之結果，可謂自始自終皆以貫徹對於原審判決之批判為主。法院對於案件並不再為心證之形成，係以第三者客觀之立場，審查原審判決之當與否。上訴制度在於實施覆審制或續審制之訴訟模式下，在實質方面係以審判案件為主，因此，「對於原判決之批判事由＝上訴理由」並未被要求或重視。亦即在立法技術層面上，實施覆審制或續審制之上訴制度，即使對於上訴理由之要求或容許，基本上並未受到反對。

然上訴理由之被要求，其目的不外乎在於作為規範濫行起訴、或在於限制上訴之辯論範圍、或在於限制得以變更原判決之範圍（例如德國刑訴法第 318 條），在本質上係與審判之構造並無直接關係。

相對地，上訴制度採行事後審查審之構造下，其目的在於審查原審判決之妥當與否，對於原判決不服之際，提出上訴理由乃為不可或缺之條件，亦即上訴理由可謂為上訴審之審判對象(註 21)。

3. 上訴理由之問題

就實際而論，未來之第三審一旦含有憲法法院之功能，屆時，目前最高法院之機能或許將轉由第二審予以達成。亦即現行第三審之上訴理由，在實質面上，未來將成為（或脫胎換骨成）上訴第二審之理由。換言之，在事後審查審制下，所謂的上訴之理由可能將專指上訴第二審之理由；惟雖為如此，接踵而來者將有兩種情況可能會產生：

- (1) 充當事後審查審之第二審法院，基本上係與最高法院有所不同，其所組成之法官與事實審（一審）之法官，在性質上較為接近，或許在某些程度上，得以為案件之具體救濟。基此，相關之事實誤認與量刑不當等將成為第二審之上訴理由。
- (2) 第三審之結構依然存在於第二審之上，而且其亦為通常案件之事後審查審，不可否認的新型態之第三審上訴理由亦會隨之產生(如



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

前所述)。

因此，事後審查審之構造一旦落實於上訴制度中，對於上訴理由之處理或許將集中於：①傳統所云之違背法令問題；②事實誤認問題(含量刑不當問題)；及③第三審上訴理由之闡明問題等課題。

拾、其他

一、審判權與管轄權(註 22)

(一)概念區分

我國目前的審判程序分為兩種，亦即「普通審判程序」與「特別審判程序(如軍事審判程序)」(亦有少年審判程序問題)。多數見解認為軍人犯罪之案件，只有軍事審判機關對其有審判權(憲法第9條)，普通法院對其並無審判權利，因無審判權之結果，自然就沒有管轄權。惟此種「普通審判程序」與「特別審判程序(如軍事審判程序)」之分類，係對於司法權的錯誤認知。其實，在獨立國家之內，有關審判權與管轄權之區分，毫無意義。蓋因獨立國家內之法院間，只有管轄權有無之分配問題，並不會發生審判權有無問題，亦即法院對於任何案件皆有審判權。以下就審判權與管轄權之概念區分作說明：

1.司法權問題：

在三權分立之觀念下，審判權即為一般的司法權。亦即從實際從事審判工作之角度而論，司法權即為一種審判權。因此，審判權與司法權兩者只是名稱之不同，而具有相同的意義。是故，審判權只有一個，而管轄權是為了使審判權落實，而將案件分配於各法院管轄審理(擁有複數管轄權)。

2.範圍問題：

審判權即一國法院對於案件之審判權限。例如，普通刑事法院對於所有的刑事案件，擁有審判權。管轄權是法院間本身行使審判權限的一種分配，亦即在一擁有獨立自主審判權之前提下，各法院所為審判權分配問題(刑訴法第4條以下)。

3.性質問題：

審判權屬於管轄權之前提，而管轄權即各法院依一定之標準所為審判權之分配，亦即經由管轄權以落實審判權。另一方面，對審判權而言，各法院對於案件要先有審判權(獨立國家而言，審判權只有一個，並無所謂審判權問題)，才有管轄權；相對地，對管轄權而言，亦是先有審判權，才有管轄權。



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段2號8樓·02-23115586(代表號)

4.效果問題：

法院對於被告沒有審判權時，依規定應諭知不受理之判決（刑訴法第303條第6款）（註23）。然未來若將普通審判程序與軍事審判程序合而為一時（審判一元化），本款規定將形成具文，蓋因獨立國家內，本就無所謂有無審判權問題（理論上應具有審判權，否則並非獨立國家）；因而既屬獨立國家，應無本條款之適用餘地。再者，法院沒有管轄權時，會發生兩種情況。亦即：

(1)在屬公訴案件部分，法院認為沒有管轄權時，應為管轄錯誤的判決，同時移送該案件至有管轄權的法院（刑訴法第304條）。

(2)在屬自訴案件部分，法院對於自訴案件無管轄權時，仍為諭知管轄錯誤之判決，惟原法院未必要移送該案件於管轄法院（刑訴法第335條）。

(二)黃朝義老師之主張

黃老師指出，倘將審判制度分成兩種審判權之結果，必然會造成原本為一個國家，卻在審判過程中分成實質上之兩個國家（各有審判權）；因而即便是屬於刑法上共犯關係之案件，亦會僅因共犯間身分關係之不同，導致各自之審判（普通審判與軍事審判），彼此間不受節制，而發生極為不可思議之審判結果。

以黃老師文章所設案例（似蘇建和案）為例，該案之主嫌犯在司法機關尚未真正發動偵查或調查之前，便已為軍法機關執行死刑，在法制上不無遺憾。黃老師認為，獨立於一般司法審判程序外之軍事審判程序之存在，正是造成該案事實無法清楚呈現之遺憾之一。因此，為避免遺憾之再度發生，以及達成司法之統一，未來之司法審判程序應該只有一個；如此一來，人民之權益亦較能獲得保障。換言之，解決之道應在於，將現有之軍事審判程序予以廢除，直接併入一般司法審判程序，或在普通法院內設軍事專庭，亦可。

二、法官分案審理方式之妥當性問題（註24）

(一)訴訟經濟考量之合併審理

需要合併管轄與審理，主要目的係基於「訴訟經濟」之考量（刑訴法第6條第1項、第7條、第15條）。

(二)合併審理之盲點

1.案件專業性與法院結構之盲點：

法院之結構係由職業法官所組成。然就目前之現實環境而論，並非



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段2號8樓·02-23115586(代表號)

每位法官皆能熟悉所有規律複雜法律生活之法規。加以專業化傾向相當強烈之今日，對於專業領域以外之法規，法官雖可能稍微具有解釋能力，但就該領域之法規，其細節部分很難或者根本無法做出迅速、正確的判斷。

相同地，例如，檢察官對於民事法規之相關部分可能較為不熟悉；律師亦會隨著專業化或彼此分工之要求下，對於專業以外領域之法規，不是未具有相關知識，即為不對之存有關心；一般之大學教授亦可能同樣的，對於領域以外之專業法律，可能無法自如的加以掌握。換言之，要求具有學識經驗之法律專業者（不論法官、檢察官、律師或學者皆同）對各自專業以外之法律作出專業之解釋幾乎不太可能，有時形同過度之要求。法官並非萬能，很難承審專業外之各類極具特殊專業之案件。

2.法官分案方式之盲點：

在考量法院法官之專業審查能力，地方法院不得單純以抽籤之方式作為法官案件分案之審理依據。因如此或許將是每位法官審理案件之惡夢開始，亦是被告長期受訟累之起點。如黃老師文章所設案例事實所示，受命法官甲一人抽中此一廣及五大掏空案之經濟犯罪案件，其本人一人（即便是合議分工亦同）是否得以承擔如此壓力，確實令人擔憂。

平心而論，一個案件涉及幾千億龐大財團掏空之事實，被告人數亦高達一百餘人，倘由一人單獨承擔案件之準備工作令簡直是過度奢求。就整個案件事實而論，五大管道之掏空案，除幕後負責人有其該負之責任暫不論述外，每一掏空管道間，應該得以作某程度之切割。亦即各個案件有其特殊與獨立性，即便是予以切割與分案，並不至於有礙全部某件之審理。

因而與其將一件複雜且幾近難以完成之案件交由一人承接審理，不如確實的將案件內容整理了加以切割，依其性質分別分案給不同之法官審理，以節省辦案時間與壓力。況且如上所述，法官是一法律專業者，其任務雖在於事實之認定與刑之量定，但對於涉於法律以外專業知識，相對地無法如同法律專業般發揮其正確的相關專業判斷。

3.合併偵查與法官單獨分案之盲點：



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段2號8樓·02-23115586(代表號)

檢察官於偵查階段得依檢察一體之概念，將所有財團企業間之犯罪行為，投入偵查人力偵辦再將偵查所得之一干人犯與證據，以包裹式之型態加以起訴。檢察官得以此種型態起訴（刑訴法第 15 條），乃肇因於目前起訴採「卷證併送制」（刑訴法第 264 條），檢察官起訴書之記載無須特定與具體。換言之，檢察官起訴時不將個別案件切割逕自起訴，依法似乎並無不妥之處。惟雖如此，往後訴訟之進行勢必出現兩大問題：

- (1)對於複雜而未切割之案件，在偵查與公訴分開下，蒞庭實行公訴檢察官能否進入狀況扮演洽職之公訴官，似乎存有疑問。
- (2)檢察官包裹式起訴之案件，原則上係由分案之法官負責承審，因而以單一力量處理案件，即便是承辦不好，依理亦屬無可厚非之事。

(1)之問題，在於制度上之不協調所造成，目前未能採「起訴卷證不併送制度」與「訴因制度」。(2)之問題，在於法院尚無處理此類案之「專業法庭」或尚未建立「參審制度」，因而將每位法官視為無所不能之法律專業者予以分案。

(三)黃朝義老師之主張

黃老師認為，**合併管轄（審理）之目的既然在於「訴訟經濟」，故當案件之合併並不足以達成此目的時，即不得勉強合併行之，而應以分別審判為宜。**本案例如此分案方式（合併偵查後起訴，抽籤分案）之合併審理並非妥當，應有檢討之空間。

三、非常上訴(註 25)

(一)概說

非常上訴制度係與一般之通常上訴制度不同，其主要之目的在於法令之統一解釋與適用。就實際而言，法令之解釋與適用一旦出現違誤，理應予以糾正。因此，只要非常上訴之制度繼續維持，基本上，**不論屬於判決違背法令部份或訴訟程序違背法令部分，皆應容許提起非常上訴。**亦即，**刑事訴訟法第 380 條之規定，並不適用於非常上訴審**，只要原審審判對法令之適用或解釋有錯，即構成非常上訴之理由，而不問原審之結果是否有誤。換言之，自非常上訴之性質而論，只要原審之訴訟程序有違背法令，即得成為非常上訴理由，而不論其是否對判決有影響（黃朝義老師之主張）。



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

(二)檢討（黃朝義老師之見解）

1.提起非常上訴之對象

黃老師認為，提起非常上訴之對象部分，應加以重新規定。以現行法之規定而論，判決違背法令之意義過於空泛。例如，刑訴法第 377 條所云之「判決違背法令」除包含合同法第 378 條之「判決不適用法則或適用不當者」之規定內容，亦包含合同法第 379 條所規定之 14 款當然違背法令部分，因而造成同法第 447 條第 1 項第 1 款與第 2 款適用上之困擾。

尤其是，刑訴法第 379 條之 14 款規定，大部分屬於訴訟程序違背法令部分(註 26)，僅因法條規定該 14 款皆屬判決當然違背法令之範疇，因而在非常上訴案件中，無形中增加了刑訴法第 447 條第 1 項第 1 款與同條第 2 項（尤其是，空泛的顧及審級利益，而撤銷發回之案件）之適用，非但有浪費訴訟資源之虞，亦與非常上訴之本質有違（因非常上訴之目的主要在於法令之統一解釋與適用，並非在於個案之具體救濟，若屬具體救濟部分或許將其列為再審程序之範圍較為妥當）。

2.檢察總長之裁量權限

除強化非常上訴之提起應不受刑事訴訟法第 380 條限制外，為使提起非常上訴案件不致於浮濫，在過濾之機制上，兼顧檢察總長之裁量權限或許亦屬不可或缺。亦即，就刑訴法第 441 條之規定內容而論，檢察總長得向最高法院提起非常上訴，並非原審確定判決一旦違背法令即應提起非常上訴。

換言之，在法律上，賦予檢察總長得經權限裁量，以決定應否提起非常上訴。如此一來，檢察總長提起非常上訴者，主要之考量乃在於法令有無需要為統一解釋與適用，以及附屬的有無具體救濟被告之必要，亦即非以原審判決之違背法令對該判決有無影響為唯一之判斷基準。

為避免造成訴訟資源浪費之疑慮，及維持法的安定性角度而論，原則上，非常上訴之提起與通常之救濟程序截然不同，將是在**非常例外**之情況下，方得以發動。否則浮濫的容許提起非常上訴，此不但有破壞法的安定性（因確定判決具有法律上效力），甚且使那些參與司法活動而未能克盡職守者之失職責任，轉嫁由全民承擔，將是不公平。



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

解決非常上訴制度之道乃在於，原審判決之審判務必要確實，尤其是，事實審之功能一定要強化。當中，檢察官之舉證責任應落實外，法官之素養、事實認定之能力與適用法律之準確度等皆應加強（法官所為不當之判決不應由全民承擔，既經判決確定，不容輕易撤銷改變裁判內容）。若能如此，非常上訴之提起，將是少之又少。因此，若能達成此種程度，非常上訴制度之存在原貌（備而不用之功能）方能維持。

3. 刑訴法第 447 條第 2 項應予刪除

刑訴法第 447 條第 2 項所云之「如係誤認為無審判權而不受理，或其他有維持被告審級利益之必要者，得將原判決撤銷，由原審法院依判決前之程序更為審判」之規定，應予以刪除。理由如下：

- (1) 非常上訴之目的，僅在於統一法令之解釋與適用，自不應推翻原確定判決所認定之事實，亦即，其目的並非使原已確定之案件，其訴訟程序復活，此亦其與再審制度不同之處。因而在非不得已之情形下，若考慮到被告利益之救濟，依 447 條第 1 項第 1 款加以救濟即可。
- (2) 所謂「誤無審判權問題」，此在國家主權獨立之國度中，理應不會發生，因為審判權只有一個，不容分割，即便是需受軍事審判者，其與一般人之不同，頂多認為其所受之案件管轄不同（一受普通法院管轄，一受軍事法院管轄），依理應不認為其屬有無審判權問題（同理刑訴法第 303 條第 6 款所云「對於被告無審判權者」之規定內容，應將其列為同法第 304 條管轄錯誤之問題），否則大法官會議釋字第 436 號解釋之意義將淪為形式。
- (3) 至於有關「審級利益」問題，只要刑訴法 447 條第 1 項第 1 款本文及但書得以獲得救濟，審級利益之強調實無多大意義。

【重要實務見解】最高法院 97 年度第 4 次刑事庭會議決議：

① 非常上訴，乃對於審判違背法令之確定判決所設之非常救濟程序，以統一法令之適用為主要目的。必原判決不利於被告，經另行判決；或撤銷後由原審法院更為審判者，其效力始及於被告。此與通常上訴程序旨在糾正錯誤之違法判決，使臻合法妥適，其目的係針對個案為救濟者不同。兩者之間，應有明確之區隔。刑事訴訟法第 441 條對於非常上訴係採便宜主義，規定「得」提起，非「應」提起。故是否提起，自應依據非常上訴制度之本旨，衡酌人權之保障、判決違法之情形及訴訟制度之功能等因素，而為正當合理之考量。除與統一適用法令有關；或該判決不利於被告，非予救濟，不足以保障人權者外，倘原判決尚非不利於被告，且不涉及統一適用法令；或縱屬不利於被告，但另有其



他救濟之道，並無礙於被告之利益者，即無提起非常上訴之必要性。亦即，縱有在通常程序得上訴於第三審之判決違背法令情形，並非均得提起非常上訴。

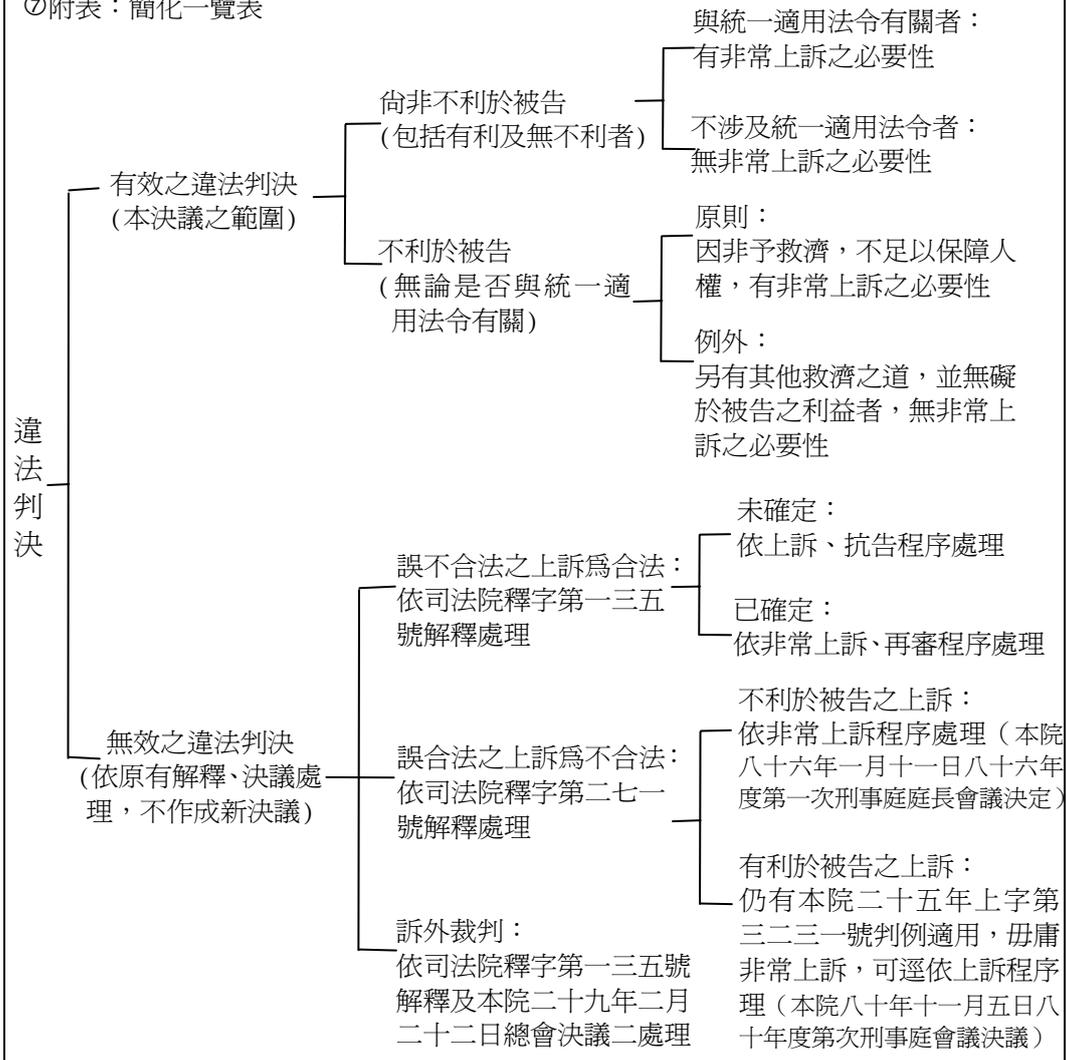
- ②所謂與統一適用法令有關，係指涉及法律見解具有原則上之重要性者而言。詳言之，即所涉及之法律問題意義重大而有加以闡釋之必要，或對法之續造有重要意義者，始克相當。倘該違背法令情形，尚非不利於被告，且①法律已有明確規定，向無疑義，因疏失致未遵守者（例如應沒收，漏未諭知沒收。應褫奪公權，漏未宣告褫奪公權。應付保安處分，漏未宣付保安處分等）；或②司法院已有解釋可資依循，無再行闡釋之必要者（例如裁判確定後另犯他罪，不合數罪併罰之規定，誤為定執行刑。數罪併罰中，有得易科罰金之罪，有不得易科罰金之罪，於定執行刑時，誤為諭知易科罰金。對於與配偶共犯告訴乃論罪之人，誤認為不得提起自訴，而為不受理判決。顯係文字誤寫，不影響於全案情節與判決本旨，得以裁定更正等）；或③其違背法令情形，業經本院著有判例、判決或作成決議、決定予以糾正在案，實務上並無爭議者（例如不合緩刑要件，誤為宣告緩刑。不合減刑或減輕其刑條件，誤為減刑或減輕其刑。合於累犯要件，未論以累犯。量刑或定執行刑，低於法定最低度刑。不得易科罰金之罪，誤為諭知易科罰金。裁判上一罪案件，已受請求之事項未予判決。應為實體判決，誤為不受理判決等）；或④因「前提事實之誤認」，其過程並不涉及法令解釋錯誤之問題者（例如誤認有自首之事實，而減輕其刑。被害人或共犯為兒童或少年，誤認為非兒童、少年，或誤認被告未滿十八歲、已滿八十歲，致應加重未加重、不應減輕而減輕等）……諸情形，對於法律見解並無原則上之重要性或爭議，即不屬與統一適用法令有關之範圍，殊無反覆提起非常上訴之必要性。基於刑事訴訟法第四百四十一條係採便宜主義之法理，檢察總長既得不予提起，如予提起，本院自可不予准許。
- ③不利於被告之違法判決（無論是否與統一適用法令有關），因非予救濟，不足以保障人權，原則上有提起非常上訴之必要性。但若另有其他救濟之道，並無礙於被告之利益者，則例外無提起非常上訴之必要性。例如「刑法第 41 條之易科罰金，如判決主文內漏未記載，……被告及檢察官均有聲請權（院字第 1356 號解釋）。」同理，依減刑條例規定應減刑而漏未減刑之情形，亦應認為檢察官及被告均有權聲請裁定補充。類此情形者，既無礙於被告之利益，即無提起非常上訴之必要性，如予提起，本院自亦可不予准許。
- ④司法院釋字第 181 號解釋雖以：「非常上訴，乃對於審判違背法令之確定判決所設之救濟方法。依法應於審判期日調查之證據，未予調查，致適用法令違誤，而顯然於判決有影響者，該項確定判決，即屬判決違背法令，應有刑事訴訟法第 447 條第 1 項第 1 款規定之適用。」惟於解釋理由書內另揭示：「為兼顧被告之利益，得將原判決撤銷另行判決，具有實質上之效力。」及「……倘不予救濟，則無以維持國家刑罰權之正確行使，應有刑事訴訟法第 447 條第 1 項第 1 款之適用。」等語。綜觀上開內容，所謂「為兼顧被告之利益，得將原判決撤銷另行判決，具有實質上之效力。」「倘不予救濟，則……」，係指不利於被告之判決而言，非不利於被告之判決，當不屬該解釋之範圍。又司法院釋字第 146 號解釋另以：「刑事判決確定後，發見該案件認定犯罪事實與所採用證據顯屬不符，自屬審判違背法令，得提起非常上訴。」惟所謂「認定犯罪事實與所採用證據顯屬不符」，該內容亦係以不利於被告之判決為解釋基礎，其情形亦同。因之，確定判決雖屬違背法令，如非不利於被告，即不在上開二號解釋範圍內，仍依前述原則處理。
- ⑤綜上所述，判決確定後，發見該案件之審判係違背法令，並與統一適用法令有關，具有原則上之重要性；或該判決不利於被告，非予救濟，不足以保障人權者，均依非常上訴程序以資糾正或救濟。至於原確定判決雖有違背法令情形，但尚非不利於被告，且不涉及統一適用法令，而無原則上之重要性；或縱屬不利於被告，但另有其他救濟之道，並



無礙於被告之利益者，即無提起非常上訴之必要性，本院得以上訴無理由，判決駁回。本院判例、決議及決定，與本決議意旨不符部分，不再援用、供參考。

⑥至於「無效」之確定判決，例如誤不合法之上訴為合法，上級法院誤予撤銷發回；或誤合法之上訴為不合法，從程序上予以駁回；或未受請求之事項予以判決（對未經起訴或上訴之事項，或起訴、上訴效力所不及之事項，為訴外裁判）等情形者，各該判決均屬重大違背法令，固不生效力，惟既具有判決之形式，則仍分別依司法院釋字第 135 號、第 271 號解釋及本院 29 年 2 月 22 日總會決議 2、80 年 11 月 5 日 80 年度第 5 次刑事庭會議決議、86 年 1 月 21 日 86 年度第 1 次刑事庭庭長會議決定等方式處理。此種「無效」之確定判決，因與前述「有效」之確定判決性質不同，且不涉及本決議內容，兩者有別，併此敘明。

⑦附表：簡化一覽表



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

《備註》

- 註 1：詳參黃朝義，《刑事訴訟法》，二版，新學林，2009.9，第 213～243 頁。
- 註 2：美國聯邦憲法第 4 修正條款對於搜索扣押部分，並未嚴格要求令狀原則之必要性，因而在解讀上，較容易偏向採取合理正當之理論。
- 註 3：詳參同前註 1 書，第 243 頁以下。相關考題，參 98 年東吳法研所刑訴第 1 題。
- 註 4：此部分可否列為刑訴法第 159 條之 4 第 1 款所云「…公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書」而為傳聞例外使用，頗有爭議。又證據書類屬性部分屬於證據內容之探討對象，亦即依證據型態以及證據調查方式之不同，分別將其列為刑訴法第 165 條（書證）或第 166 條（人證）以下之調查對象。
- 註 5：另參黃朝義，〈勘驗與鑑定〉，《月旦法學教室》第 12 期，第 15 頁以下。
- 註 6：有認為勘驗之身體檢查與鑑定之身體檢查之不同乃在於，前者屬於偵查機關之處分行為，而後者為屬於須依據具有特別知識經驗者之專業人士方得以實施之合目的行為。田宮裕，《刑事訴訟法》，新版，1996 年，有斐閣，116 頁。
- 註 7：鈴木茂嗣，《刑事訴訟法》，改訂版，1990 年，青林書院，93 頁。
- 註 8：詳參同前註 1 書，第 371 頁以下。
- 註 9：另詳參黃朝義，〈證據能力與證明力之區辨—兼評最高法院九三年台上字六六四號裁判例〉，《臺灣法學雜誌》第 141 期，2009.12，第 253～259 頁；黃朝義，《刑事訴訟法》〈證據篇〉，2002，第 19 頁以下；同前註 1 書，第 452～460 頁。相關考題，參 98 年司法官第 2 題。
- 註 10：準備程序之召開，本法並未限定由受命法官為之。換言之，得以合議庭行準備程序。目前實務上為精簡人力，多以受命法官為之。以下則以受命法官召開準備程序，作為論述之重點。
- 註 11：詳參同前註 1 書，第 470 頁以下。
- 註 12：惟亦有判決仍限定在「案內」證據才有調查義務（最高法院 98 年度台上字第 813 號判決參照）。
- 註 13：請詳參同前註 1 書，第 482 頁以下。
- 註 14：詳參同前註 1 書，第 491、492 頁；黃朝義，〈證人具結取證與證人轉為被告之省思〉，《臺灣法學》第 145 期，2010.2，第 15～31 頁。另有關自



白任意性、權利告知之侵害、夜間訊問禁止等問題，請參同前註。

註 15：判決意旨：「……檢察官於偵查中，蓄意規避踐行刑事訴訟法第 95 條所定之告知義務，對於犯罪嫌疑以證人之身分予以傳喚，命具結陳述後，採其證言為不利之證據，列為被告，提起公訴，無異剝奪被告緘默權及防禦權之行使，尤難謂非以詐欺之方法而取得自白。此項違法取得之供述資料，自不具證據能力，應予以排除。如非蓄意規避上開告知義務，或訊問時始發現證人涉有犯罪嫌疑，卻未適時為刑事訴訟法第 95 條之告知，即逕列為被告，提起公訴，其因此所取得之自白，有無證據能力，仍應權衡個案違背法定程序之情節、侵害被告權益之種類及輕重、對於被告訴訟上防禦不利益之程度、犯罪所生之危害或實害等情形，兼顧人權保障及公共利益之均衡維護，審酌判斷之。」

註 16：判決意旨：「……此項拒絕證言告知之規定，雖為保護證人而設，非當事人所能主張，惟如法院或檢察官未踐行此項告知義務，而告以刑事訴訟法第 187 條第 1 項『具結之義務及偽證之處罰』，並依同法第 186 條、第 189 條規定『命朗讀結文後為具結』，無異強令證人必須據實陳述，剝奪其拒絕證言權，所踐行之訴訟程序自有瑕疵。其因此所取得之證人供述證據，是否具有證據能力，應分別情形以觀：(1)、其於被告本人之案件，應認屬因違背法定程序所取得之證據，適用刑事訴訟法第 158 條之 4 所定均衡原則為審酌、判斷其有無證據能力，而非謂純屬證據證明力之問題；(2)、至若該證人因此成為「被告」追訴之對象，則其先前居於證人身分所為不利於己之陳述，基於不自證己罪原則及法定正當程序理論，應認對該證人（被告）不得作為證據。」

註 17：詳參同前註 1 書，第 515 頁以下。

註 18：詳參同前註 1 書，第 532 頁以下。

註 19：詳參同前註 1 書，第 639 頁以下。相關考題，參 99 年東吳法研所刑訴第 1 題。

註 20：協商判決之上訴則非覆審之構造，乃以事後審查審為主（刑訴法第 455 條之 10）。

註 21：要求上訴理由之結構並非即為事後審查審之結構，惟相對地，一旦屬於事後審查審之結構可謂必然地要求要有上訴理由之提出，方為合法之上訴行為。平野龍一，〈控訴審の構造〉，《刑事法講座六卷》，1953 年，1248 頁。

註 22：參黃朝義，〈審判權與管轄權〉，《月旦法學教室》第 8 期，第 1、2 頁。



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

相關考題，參 99 年東吳法研所刑訴第 2 題。

- 註 23：刑事訴訟法第 447 條第 2 項「……如係誤認為無審判權而不受理……」之規定，亦有相同情形發生。
- 註 24：參黃朝義，〈法官分案審理方式之妥當性問題〉，《月旦法學教室》第 55 期，第 18、19 頁。相關考題，參 98 年東吳法研所刑訴第 2 題。
- 註 25：詳參黃朝義，《刑事訴訟法》〈制度篇〉，元照，2002，第 223 頁以下；同前註 1 書，第 752 頁以下。相關考題，參 98 年東吳法研所刑訴第 4 題。
- 註 26：雖然其中例如，違反第 1 款之「法院之組織不合法」；第 2 款之「依法律或裁判應迴避之法官參與審判者」；第 3 款之「禁止審判公開非依法律之規定者」；第 12 款之「除本法有特別規定外，已受請求之事項未予判決，或未受請求之事項予以判決者」；第 14 款之「判決不載理由或所載理由矛盾者」等屬於重大違法事項，可將其列為非常上訴應予具體救濟外，餘者部分，究其實，僅能列為訴訟程序之違背法令範圍，就原違背之訴訟程序予以撤銷即可，亦即將其列為刑訴法第 447 條第 1 項第 2 款之範圍，而非同條項之第 1 款範圍。

