



《高大法學論叢》

第 16 卷第 2 期 (3/2021), 頁 177-214

# 日本刑事證據法則修法對我國之 啟示

李春福\*

摘要

我國刑事訴訟法近代化，以及從法律繼受的觀點，日本至今依然深深地影響著我國。日本從 1948 年第二次世界大戰後，將職權主義改為當事人主義之立法，到 2020 年為止，已歷經修法 50 次；而引人注目，就是從 2016 年至 2020 年這五年之間，一共修法了 5 次；而其中，就 2016 年（平成 28 年）6 月 3 日法律第 54 號通過諸多的立法，總共增刪條文達 83 條之多，惟限於篇幅，僅就前三次修法中，有關證據法則修正之重要部分，就證人刑事免責制度、詰問證人時之保護及其證人等安全不受威脅之細緻化措施、增設偵查中之錄音及錄影，以及證據開示對象之擴大等探討，以作為我國法之借鏡與參考。

---

\* 東吳大學法學院副教授；東吳大學法學博士；日本京都大學法學部訪問學者。

投稿日期：08/25/2020；接受刊登日期：12/30/2020

責任校對：葉蕙禎、邱陽、郭雅婷

同時，日本證人刑事訴追之免責制度，乃由檢察官所提出，而引進此刑事免責制度，在政策上具有重大意義，尤其是為了難以破獲或查明重大組織性或結構性之犯罪，因行使自證己罪之拒絕證言權，而有拒絕供述之情形，惟若強制該證人之供述，就能查明組織性或結構性重大犯罪之其他人有利證據，這也是對證人的一種獎賞；或日本就證人詰問時之保護及其細緻化之措施，而與我國現行證人詰問保護措施之有何不同或差異。或就日本偵查中之錄音及錄影，與我國現行法第 100 條之 1 的訊問被告之錄音、錄影有何不同；乃至就日本行之久年的證據開示制度新修法後的介紹等等，為逐一論述及其對我國之啟示。

# **The Inspiration to Taiwan from Japanese Amendments to the Legal Rules of Evidence in its Criminal Procedure Code**

Chun-Fu Lee\*\*

## **Abstract**

As Taiwan was subject to the Japanese colonial rule for fifty years, the local criminal procedure system commenced modernization. In addition, based on the point of view on the historical origin of judicial system, Japanese Criminal Procedure Code (“JCPC”) remains having a profound effect on Taiwan. Starting from the end of World War II in 1948, the JCPC adopted the legislation of Adversary system in lieu of the Authority system and the JCPC was amended 50 times up to 2020. It is noteworthy that the latest five amendments from 2016 to 2020 are outstanding. Among these amendments, about 83 Clauses are amended by legislation No.54 on 2016 June 3 (or Ping-Chen Year 28). As constrained from the publication space, this study will focus on the major change of legal rules of evidence in the early three amendments in quite considerate measures on witness’s criminal privileges, protection to conduct the examining of a witness, assurance of witness’s safety and newly requirement on audio or video recording during the investigation, relevant concerned parties invited for evidence disclosure etc., for our

---

\*\* Associate Professor, School of Law, Soochow University; Doctor of Jurisprudence, Soochow University; Visiting Scholar, School of Law, Kyoto University, Japan.

comparison and reference.

In the meantime, the witness's criminal privileges in JCPC were proposed by the Prosecutor. It implied a significant meaning in Japanese criminal policy to introduce such a criminal privileges, in particular for those organized or structural crimes that are specifically difficult to identify, break and capture. Under such a circumstance, the witness will refuse testimony under the privilege against self-incrimination. However, the Prosecutors deemed it worthwhile to force the witness to testify so as to gain the advantageous evidence against those organized or structural crimes via provision of an reward to the witness. By comparing the considerate protection measures in JCPC to conduct the examining of a witness or audio, video recording during the investigation, this study tries to identify the difference with the same in Taiwanese Criminal Procedure Code ("TCPC") and the audio, video recording stipulated in Article 100-1 of TCPC and subsequently introduce the revised evidence disclosure after long practiced in JCPC and its inspiration to us.

# 日本刑事證據法則修法對我國之 啟示

李春福

## 目 次

壹、前言

貳、證人刑事免責制度

參、詰問證人時之保護及其細緻化之措施

肆、偵查中的錄音及錄影

一、適用錄音、錄影之案件

二、偵查中錄音、錄影之義務

三、審判中，由檢察官聲請證據調查之義務

四、評析

伍、證據開示對象之擴大

一、證據開示之必要性

二、從「全面否定證據開示」到「個別證據開示」

三、三階段之證據開示

四、開示證據目的以外使用證據之禁止與處罰

五、評析

陸、結論

關鍵詞：被害人參加訴訟、證人刑事免責制度、詰問證人時之保護措施、偵查中之錄音及錄影、證據開示

Keywords: victim intervention, witness's criminal privileges, protection measures to conduct the examining of a witness, audio or video recording during the investigation, evidence disclosure

## 壹、前言

我國刑事訴訟法近代化，雖是繼受歐陸法系，惟不論是法學日文漢字，例如從早期「職權主義」、「當事人主義」、「單一性、同一性」、「起訴狀一本主義」、「傳聞法則」、「證據開示」、「再審」、「既判力」，或是近年來「裁判員制度」、「被害人參加」、「證人刑事免責制度」、「證據收集之協議與合意制度」等日文漢字的引用，以及法院判決書格式之沿用，乃至法律實質內容之理論與演繹，至今依然深深地影響著我國。

其次，我國 2020 年 1 月 8 日總統公布的被害人訴訟參與（我國刑事訴訟法第 455 條之 38 至第 455 條之 46），或如同年 1 月 15 日總統公布刑事訴訟法第 271 條之 2 審判中被害人及其家屬之隱私遮蔽措施、或同法第 271 條之 3 陪同被害人在場的陪伴人等，均援引於日本刑事訴訟之立法；而有關日本被害人參加制度，遠從 1999 年（平成 11 年）開始，依部分修正刑事訴訟法，通過為防止對犯罪被害人之證人加害行為，而保護該住居隱匿資訊之制度；以及 2000 年（平成 12 年）為保護被害人，制定修改刑事訴訟法與犯罪被害人保護法等二法，增訂有關詰問證人時之陪伴人、遮蔽及遠距錄音、錄影等減輕證人負擔之措施、被害人心情之意見陳述等進一步法案的推動；並就「被害人參加」制度於 2007 年（平成 19 年）6 月通過立法，從第 316 條之 33 至第 316 條之 39，共 7 條，而於 2008 年（平成 20 年）12 月 1 日開始實施<sup>1</sup>。

上開在在均在說明日本刑事訴訟法與我國刑訴互動、牽動並相互影響著，基於此觀點，筆者觀察近五年來，即從 2016 年至

---

<sup>1</sup> 三井誠、河原俊也、上野友慈、岡慎一編（2018），《新基本法コンメンタル刑事訴訟》，三版，頁 491，東京：日本評論社。本文簡稱為：三井誠ほか編（2018），《刑事訴訟法：三版》，併予敘明。

2020年間，日本刑事訴訟法共修訂了五次<sup>2</sup>，例如2016年（平成28年）6月3日法律第54號、2017年（平成29年）6月21日法律第67號、2017年（平成29年）6月23日法律第72號、2019年（令和元年）12月4日法律第63號、及2020年（令和2年）5月29日法律第33號等。

惟就上開2019年（令和元年）第4次修法涉及興奮劑取締法、與2020年（令和2年）第5次修訂法涉及律師法的部分修訂外，其中，2106年（平成28年）6月3日法律第54號增刪條文達83條之多，惟限於篇幅先僅就前三次修法重要部分中，就證人刑事免責制度（第157條之2、第157條之3）、詰問證人時之保護及其證人等安全不受威脅之細緻化措施（第157條之4、第299條之4以下）、增設偵查中之錄音及錄影（第301條之2），以及證據開示對象之擴大（第316條之13等）為探討，而逐一論述。

## 貳、證人刑事免責制度

證人為發現真實之利器，稱證人者，乃為法院或檢察官所命，對自己過去所經驗的事實，加以陳述之第三人；其證人具有特徵：（1）證人無代替性。（2）證人原則上不得拒絕供述，但除證人符合法律所規定之例外拒絕證言情形（例如我國刑訴法第180條）。（3）無資格的限制<sup>3</sup>。證人刑事免責制度（第157條

---

<sup>2</sup> 此五次詳細修法內容，可詳見日本法務省（相當於我國司法院）網站：[https://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws\\_search/lsg0500/detail?lawId=323AC000000131](https://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws_search/lsg0500/detail?lawId=323AC000000131)（最後瀏覽日：08/10/2020）。

<sup>3</sup> 張麗卿（2020），《刑事訴訟法理論與運用》，十五版，頁364，台北：五南。



之 2<sup>4</sup>、第 157 條之 3<sup>5</sup>），是日本在平成 28 年（2016 年）6 月通過諸多的修法中，所引進之重要制度，並於平成 30 年（2018 年）6 月 1 日正式實施<sup>6</sup>。所謂證人刑事免責制度，乃基於證人因自證己罪而行使拒絕證言權，導致對查明犯罪事實無法取得必要之證言的情事；例如在組織性之犯罪等，對於該參與者之證人，依法院之裁定因而給予刑事免責，使該證人失去拒絕自證己罪之特權，而強制其供述義務來證明其他之人有罪的制度<sup>7</sup>。

日本證人刑事免責制度源於 1975 年代，轟動世界的美國洛克希德（Lockheed）飛機公司為與競爭對手爭取訂單，而向日本首相田中角榮等政要行賄 5 億日元，致使原打算採購日本全日空航空客機，而改購買洛克希德航空客機；本案於 1983 年 10 月，在經過長達 7 年的審理後，日本東京地方裁判所作出判決，被告田中角榮因違反外匯管理法與受賄罪，判處有期徒刑 4 年，並追繳罰金 5 億日元；迨至 1996 年 2 月 22 日最高法院作出判決，駁回本案之上訴，並維持原審之見解<sup>8</sup>。

此美國洛克希德公司向日本銷售飛機的賄賂案件，為獲得證人（即美國該公司董事長）的證言，而透過國際司法互助囑託對證人進行訊問，因證人已行使自證己罪之拒絕證言權，日本方面為給予事實上的刑事免責，遂由檢察總長簽發不起訴裁示保證書；因此作成囑託訊問證人筆錄，並提交日本法院，而該案件爭

---

<sup>4</sup> 此第 157 條之 2 法條原文與中文翻譯，請見：李春福（2020），《日本刑事訴訟法之翻譯與實務略述》，頁 105-106，台北：五南。

<sup>5</sup> 此第 157 條之 3 法條原文與中文翻譯，請見同前註，頁 107。

<sup>6</sup> 可參見三井誠ほか編，同前註 1，頁 184。

<sup>7</sup> 松尾浩也監製，松本時夫、土本武司ほか編代表（2018），《条解刑事訴訟法》，四版，頁 1341，東京：弘文堂。

<sup>8</sup> 此可詳見：財團法人國家政策研究基金會 <https://www.npf.org.tw/1/8459>（最後瀏覽日：08/10/2020）。

議的問題，即是囑託訊問證人筆錄之證據能力如何？最高法院認為日本刑事訴訟法並沒有刑事免責制度相關之規定，從而否定該囑託訊問筆錄之證據能力（最大判平 7.2.22 刑集 49.2.1 洛克希德丸紅案）。

日本如同我國一樣，任何人都有作證之義務，若證人經傳喚到庭而無正當理由拒絕證述時，得依日本刑訴第 160 條第 1 款科 10 萬元以下罰鍰；若虛偽之陳述，亦構成日本刑法第 169 條偽證罪之處罰 3 個月以上 10 年以下有期徒刑之懲役。惟因證人之陳述，致自己受刑事訴追或有罪判決之虞者，固得拒絕證言（第 146 條），但對一些例如組織性犯罪，而具有共犯結構或關係之犯罪，難以查明其犯罪事實，因而，如同美國法於一定的容許範圍內、程序要件下，採行此證人免責制度<sup>9</sup>。

證人刑事訴追之免責制度，是由檢察官所提出，也是基於檢察官之訴追裁量權（第 248 條），引進此種刑事免責制度在政策上具有重大意義，尤其是為了查明組織性的犯罪，因行使自證己罪之拒絕證言權，而拒絕供述之情形，惟若強制其供述，就能查明組織犯罪之其他人有利證據，這也是對證人的一種獎賞<sup>10</sup>。

檢察官聲請證人刑事免責程序，得在開始詰問證人之前（第 157 條之 2），也可以在詰問證人之後提出（第 157 條之 3），就檢察官預料對證人有受到刑事追訴之虞事項進行詰問時，考量就該事項的證言之重要性、有關犯罪之輕重及情狀，及其他之情事，得向法院以第 157 條之 2 第 1 項、第 157 條之 3 第 1 項為前提聲請刑事免責之裁定。同時，法院裁定免責，只能基於檢察官之聲請，因為檢察官是個訴追的彈劾者，只有檢察官才能判斷是

---

<sup>9</sup> 松尾浩也監製，松本時夫、土本武司ほか編代表，同前註 7。

<sup>10</sup> 田口守一（2017），《刑事訴訟法》，七版，頁 183，東京：弘文堂。

否需要透過刑事免責來獲取他人犯罪的證據；惟若在對證人的詰問事項中，不包含自證己罪內容等沒有免責裁定之理由時，法院不得作出免責之裁定（第 157 條之 2 第 2 項、第 157 條之 3 第 2 項）<sup>11</sup>。

經法院裁定證人免責之效果：（一）證人接受詰問所作的供述，及其因陳述所獲得之派生證據，不得作為不利於證人本人案件之證據使用（第 157 條之 2 第 1 項第①款）。（二）在作出免責裁定之證人詰問，證人不得行使拒絕證言權（第 146 條、第 157 條之 2 第 1 項第②款）。（三）證人如拒絕證言，將科以罰鍰（第 160 條第 1 項）或依拒絕作證罪為處刑（第 161 條）<sup>12</sup>。

因此，當法院作出證人裁定免責時，就該證人的證詞及其因證言所取得之派生證據，均不得採為該證人本案之證據使用；所以，證詞越多及其因證言所得證據越多，就能擴大免責之範圍。惟經法院裁定免責，並不是免除或禁止對該證人之訴追，因而，若檢察官另使用該證據以外之證據，或蒐集其他犯罪證據來證明犯罪時，則可能仍會受到訴追或起訴<sup>13</sup>。

我國現行法並無證人刑事免責制度之設計，惟觀我國現行法上，有所謂「窩裡反」條款，例如在貪污治罪條例第 8 條第 1 項規定「犯第 4 條至第 6 條之罪，於犯罪後自首，如有所得並自動繳交全部所得財物者，減輕或免除其刑；因而查獲其他正犯或共犯者，免除其刑。」將實體法上，行為人本人自首之減免規定與追訴程序上「因而查獲其他正犯或共犯」之所謂窩裡反規定，同置於同一條文，並列為減免條件。惟自首之減免與窩裡反兩者之

---

<sup>11</sup> 伊丹俊彥、合田悅三、上富敏伸、加藤俊治、河本雅也、村典晃編（2018），《逐条実務刑事訴訟法》，初版，頁 262-267，東京：立花書坊。本書簡稱為：伊丹俊彥、合田悅三ほか編（2018），《逐条実務刑事訴訟法》。

<sup>12</sup> 田口守一，同前註 10，頁 185。

<sup>13</sup> 伊丹俊彥、合田悅三ほか編，同前註 11，頁 264 以下。

規範目的與制度設計，本不相同，強行結合，不免在理論及實務適用上衍生諸多尚待釐清與解決的課題，例如實體法上之自首減免特例，與所謂刑事免責之關係及緩起訴之適用如何區別，以及自首或自白之貪瀆共犯其偵查中之不利於其他共同被告之陳述，在傳聞法則例外規定的適用上，應如何處理？該共犯於審判中如何進行證據調查，有無採行分離辯論的必要？以防止有人人於罪以脫免刑責等<sup>14</sup>，均有所爭議。

蓋貪瀆犯罪通常具有隱匿性、集團性，不易偵查及取得重要事證等特性；學者指出就違反貪污治罪條例案件分析顯示，被告依貪污治罪條例第 8 條自首比例相當之低；同時，以自首，且必須先繳交所得財物為要件，始有免除其刑的規定，惟因貪瀆案件自首者寡，且在財物已一部或全部花用之情形下，第 8 條第 1 項規定可適用的範圍已大幅受限。況且，在理論及實效上，此項規定更存在如下諸多問題，例如<sup>15</sup>：

第一、在立法體例上，將實體法上自首減免之法院刑罰權之規範，與程序法上以共犯之陳述證明其他重要正犯、或共犯犯罪事證之證據法則規範混為一談。

第二、以自首及致查獲共犯為要件，法院即應背書為刑之免除，顯屬過度限縮法院於個案中的刑罰裁量權。

第三、所謂因而查獲其他正犯或共犯者之規定，乃出於偵查者及追訴者之觀點，而忽略程序法上維護其他共犯詰問窩裡反證

---

<sup>14</sup> 陳運財（2008），〈貪瀆犯罪「窩裡反」條款與「刑事免責」之檢討〉，《日新司法年刊》，8期，頁96，。

<sup>15</sup> 陳運財（2014），〈貪瀆犯罪「窩裡反」條款與「刑事免責」之檢討〉，陳運財主編，《偵查與人權》，頁455-456，台北：元照。

人的權利。

第四、以查獲共犯為由，作為刑罰減免事由，具有高度入人於罪之風險，尤其以自首或偵查中之自白為甚，故仍應受刑事訴訟法傳聞法則之拘束，以排除審判外陳述可能存在之虛偽風險。

第五、貪污治罪條例立法形式上，採「減免刑責」模式，屬法院之刑罰裁量權，於審判終結前因無法獲知法院衡量結果，檢察官自然無法於偵查終結時，擔保涉案公務員得以免除刑事責任，致欠缺豁免效果之實效。

第六，在本項規定出於實體法的思維，著重追訴者觀點的設計下，行為人於審判前因自首而查獲正犯，獲檢察官為不起訴處分後，卻於審判中翻供，將造成追訴本案正犯之困難，且對該翻供之行為人亦有再行追訴上的障礙，如此不僅對檢察官不公平，更無助於真實發現。

另外，我國證人保護法第 14 條第 1 項規定：「第 2 條所列刑事案件之被告或犯罪嫌疑人，於偵查中供述與該案案情有重要關係之待證事項或其他正犯或共犯之犯罪事證，因而使檢察官得以追訴該案之其他正犯或共犯者，以經檢察官事先同意者為限，就其因供述所涉之犯罪，減輕或免除其刑。」暫且不論以經檢察官事先同意者為限，作為必減免刑罰之程序要件是否不當限制法院刑罰裁量權，光是所謂因偵查中供述致使檢察官得以追訴其他正犯或共犯者作為減免刑罰之規定，即存在兩種相對的風險：其一、對檢察官而言，本案被告於偵查中之供述對於其他正犯或共犯之案件而言，屬審判外之陳述，可能受到傳聞法則之拘束，而不具證據能力，並非檢察官主觀意願或事前同意可以左右，因此所謂得以追訴一詞，實則自始乃潛藏著不確定的風險。相對的，其二、如果僅憑偵查中之供述，且因檢察官事先同意，即可獲得此項減免刑罰之優惠，難保不發生故意入人於罪之風險，亦有陷

其他正犯或共犯之詰問權無法有效行使的危險，值得關注<sup>16</sup>。

因而，未來我國若引進此證人刑事免責制度，不僅可保有檢察官為訴追之主體，亦可使檢察官審酌案情於開始詰問之前，或詰問之後向法院提出，並由法院作出裁定，除可保障證人能協力發現真實，更能使證人在正當程序進行下，完全合盤的供述，故宜在刑事訴訟法上制定證人刑事免責制度<sup>17</sup>。

### 參、詰問證人時之保護及其細緻化之措施

所謂「詰問證人時之保護及其細緻化措施」可分為：一、詰問證人時之保護措施。二、證人等安全不受威脅之細緻化措施，依次論述如下：

其一、詰問證人時之保護措施：

具體言之，有三個立法條文：即第 157 條之 4 至第 157 條之 6，要述如下，並作評析：

（一）法院得命陪伴人於詰問證人時在場（第 157 條之 4）<sup>18</sup>：法院在詰問證人之情形，考量證人之年齡、身心之狀態、及其他情事，認為證人有顯著不安或感到緊張之虞時，得聽取檢察官及被告或辯護人之意見後，認為適合於緩和其不安或緊張，且無妨害法官或訴訟關係人之詰問、或證人之供述、或對其供述之內容造成不當影響之虞者，得命陪伴人於該證人之供述中陪伴證人。同時，陪伴人在該證人供述中，不得妨害法官或訴訟關係人之詰問、或證人之供述、或作出類似對其供述內容造成不當影響之言

---

<sup>16</sup> 陳運財，同前註 14，頁 97。

<sup>17</sup> 陳運財，同前註 15，頁 456-457。

<sup>18</sup> 此第 157 條之 4 法條原文與中文翻譯，請見李春福，同前註 4，頁 107-108。

行舉止。

(二) 詰問證人之際的遮蔽措施(第 157 條之 5)<sup>19</sup>：此詰問證人時，法院所採遮蔽有二種樣態：其一、法院在被告詰問證人時，依犯罪之性質，證人之年齡、身心之狀態、與被告之關係及其他情事，認為證人在被告面前供述時，有受壓迫而明顯危害精神平穩之虞的情形，認為適當時，得聽取檢察官及被告或辯護人之意見後，在被告與該證人之間，採取單方或彼此雙方，無法認識對方狀態之遮蔽措施。但就有助於做到無法由被告認識證人狀態之措施，只限於辯護人在場之情形。其二、法院在被告詰問證人時，考量犯罪之性質，證人之年齡、身心之狀態、對其名譽之影響及其他情事，而認為適當時，得聽取檢察官及被告或辯護人之意見後，在旁聽人與該證人之間，採取彼此無法認識對方狀態之遮蔽措施。

(三) 依視訊影音方式之詰問證人(第 157 條之 6)<sup>20</sup>：藉由影像與音聲之傳送於彼此認識對方之狀態，視訊方法進行詰問證人，又分為二種樣態：

其一、同一建築物內之視訊影音進行詰問證人：限於強制猥褻或性交等特定案件或涉及兒童福利法，或其他因被告、訴訟關係人於詰問證人在場之場所供述時，認為有受壓迫而明顯危害精神平穩之虞者，法院得命於同一建築物內之視訊影音進行詰問證人(第 157 條之 6 第 1 項)。

其二、同一建築物以外之場所為影音視訊進行詰問證人：  
(1) 因證人在同一建築物內在場時，有明顯危害精神平穩之虞時；(2) 證人在於同一建築物內之際，認為有作出加害於證人

---

<sup>19</sup> 此第 157 條之 5 法條原文與中文翻譯，請見同前註，頁 108-109。

<sup>20</sup> 第 157 條之 6 法條原文與中文翻譯，請見同前註，頁 109-111。

之身體或財產，或使證人心生畏怖或困擾的行為之虞時；（3）若證人在同一建築物內出庭後離開之際，可能被尾隨，而使證人之住居、工作場所被特定，致有作出加害於證人或其親屬之身體或財產，或使上開之人心生畏怖或困擾的行為之虞時（同條第 2 項）。

（四）評析：

1.就上開（一）第 157 條之 4 規定，在法院詰問證人時，得允許陪伴人在場，使證人能緩和不安或緊張之情緒；同條第 2 項並明定陪伴人不得作出類似妨害法官或訴訟關係人言行舉止等行為。此相對於我國今年（2020 年）1 月 8 日公布新增訂刑訴法第 271 條之 3 審判中得規定法定代理人、一定親屬、社工人員或其信賴之人得陪同在場等<sup>21</sup>，足見我國的立法就顯得單薄、簡陋。蓋如同過去以來保護被害人並不是刑事司法制度之目的，僅是作為發見犯罪事實獲取供述的角色之一。

2.就上開（二）第 157 條之 5 規定，在法院詰問證人時，得在被告與該證人之間，採取有助於做到由單方或彼此雙方，無法認識對方狀態之遮蔽措施；或同條第 2 項明定在旁聽人與該證人之間，採取有助於做到彼此無法認識對方狀態之遮蔽措施，以確保證人之隱私，並使其能無所顧忌而充分自由之陳述。此相對於我國今年（2020 年）1 月 15 日新增訂刑訴法第 271 條之 2 規定「法院依被害人之聲請或依職權，審酌案件情節及被害人之身心狀況，並聽取當事人及辯護人之意見後，得利用遮蔽設備，將被害人與被告、旁聽人適當隔離。」觀察二國之立法細緻度，顯然日本較為具體、明確而細膩。同時，我國透過引進調解及修復方案（我國刑訴法第 248 條之 2、第 271 條之 4），以真正滿足被

---

<sup>21</sup> 林鈺雄（2020），《刑事訴訟法：下冊》，十版，頁 95，台北：新學林。



害人的需要並修復因衝突而破裂的社會關係（只不過相關調整與修復方案之立法尚未建立，具體作法有待觀察）<sup>22</sup>。

3.就上開（三）第 157 條之 6 第 1 項增設特定案件在同一建築物，或同條第 2 項同一建築物外之場所，藉由影像與音聲，而得彼此認識對方之狀態，同時通話之方法進行詰問。此與我國簡略規定於第 177 條第 2 項：「證人所在與法院間有聲音及影像相互傳送之科技設備而得直接訊問，經法院認為適宜當者，得以該設備訊問之。」而此遠距視訊之採行，純屬審判長調查證據之訴訟指揮權權限<sup>23</sup>；顯與上開所述日本法迥別。

4.日本上開從第 157 條之 4 至第 157 條之 6，僅為法院在證人詰問時之規定；惟我國於 2020 年 1 月 8 日公布新增訂刑訴法第 248 條之 1 規定，經被害人於偵查中受訊問或詢問時，其法定代理人、一定親屬或社工人員或其信賴之人，經被害人同意後，得陪同在場，並得陳述意見；或於第 248 條之 3 規定被害人於偵查中受訊問時，檢察官依被害人之聲請或依職權，審酌案件情節及被害人之身心狀況後，得利用遮蔽設備，將被害人與被告、第三人適當隔離等。我國此等立法除規定於上開審判中第 271 條之 2 外，尚規定於偵查中，得利用遮蔽設備，將被害人與被告、第三人適當隔離等保護，此不僅為日本法制所無之規定，亦突顯我國對刑事程序被告與被害者重視，尤勝於日本法制。

其二、證人等安全不受威脅之細緻化措施，依次論述如下：

所謂「證人等安全不受威脅之細緻化措施」，指第 290 條之 3 有關證人等特定事項之隱匿措施，及第 299 條之 4 至第 299 條之 5 等情形，要述如下，並作評析：

---

<sup>22</sup> 黃朝義（2020），《刑事訴訟程序基礎理論》，頁 128，台北：新學林。

<sup>23</sup> 林俊益（2017），《刑事訴訟法概論：上冊》，十七版，頁 550，台北：新學林。

(一) 證人等特定事項之隱匿(第 290 條之 3)<sup>24</sup>: 法院認為因證人等特定事項在公開的法庭被公開, 有作出加害於證人等或其親屬之身體或財產, 或使上開之人心生畏怖或困擾的行為之虞時; 或除此等情形外, 認為因證人等特定事項在公開的法庭被公開, 有顯著損害證人等之名譽或社會生活平穩之虞時, 得因該證人等之聲請, 而作出將證人等特定事項, 例如姓名及住所、其他使該證人等特定之事項為隱匿要旨之裁定。惟嗣後認為在公開的法庭隱匿證人特定事項已不適當時, 法院應以裁定撤銷同項之裁定。

(二) 檢察官涉及證人等姓名、住居開示的處置(第 299 條之 4)<sup>25</sup>: 檢察官對於被告或辯護人聲請詰問證人、鑑定人、通譯或翻譯, 而應給予知悉證人、鑑定人、通譯或翻譯之姓名及住居之機會的情形, 認為有作出加害於該人或其親屬之身體或財產, 或使此等之人心生畏怖或困擾的行為之虞時; 對於辯護人給予知悉該姓名及住居之機會後, 得附以不准讓被告知悉該姓名或住居之要旨的條件, 或指定使被告知悉之時期或方法(第 299 條之 4 第 1 項)。此外, 檢察官認為有無法防止前項規定行為之虞時, 得對於被告或辯護人不提供知悉該證人、鑑定人、通譯或翻譯之姓名或住居之機會, 而僅提供以稱呼取代其姓名, 及提供知悉取代其住居的連絡之機會(同條第 2 項)。

或者, 檢察官對於被告或辯護人聲請, 而應給予閱覽證據文書或證物之情形, 對證據文書或證物中所記載或記錄姓名及住居之人, 認為有作出加害於檢察官所聲請證人、鑑定人、通譯或翻譯作為證人而為詰問或供述筆錄等之供述人, 或檢察官聲請證人

---

<sup>24</sup> 第 290 條之 3 法條原文與中文翻譯, 請見李春福, 同前註 4, 頁 211-212。

<sup>25</sup> 第 299 條之 4 法條原文與中文翻譯, 請見同前註, 頁 224-225。

等的親屬之身體或財產，或使此等之人心生畏怖或困擾的行為之虞時，得對辯護人給予閱覽證據文書或證物之機會後，將檢察官聲請該證人等之姓名或住居附以不准讓被告知悉之要旨的條件，或指定使被告知悉之時期或方法（同條第 3 項）。同理，檢察官認為有無法防止前項規定行為之虞時，得對於被告或辯護人不提供知悉該證人、鑑定人、通譯或翻譯之姓名或住居之機會，而僅提供以稱呼取代其姓名，及提供知悉取代其住居的連絡之機會（同條第 4 項）。同時，檢察官採取依前各項規定所為之處置，應儘速將該要旨通知法院（同條第 5 項）。

（三）法院就涉及證人等姓名、住居開示處置之裁定（第 299 條之 5）<sup>26</sup>：法院在檢察官採取依前條第 1 項至第 4 項規定所為處置之情形，而認為不會作出加害於涉及該處置之人，或其親屬之身體或財產，或使此等之人心生畏怖或困擾的行為之虞時；或依該處置，涉及該處置之人的供述證明力之判斷，已經無法確認有助於被告與其他關係人之間有無利害關係時，或對其他之被告防禦有產生實質上不利益之虞時，應依被告或辯護人之聲請，以裁定撤銷該處置之全部或一部。

（四）評析：

1. 證人出庭作證，有可能遭受被告出獄後之報復，或受組織犯罪其他成員的報復，亦有可能因被害人作證而導致第二次被害（例如性犯罪之被害人等），故就上開（一）第 290 條之 3 規定，乃有關證人等得向聲請法院特定事項隱匿之裁定。

2. 就上開（二）第 299 條之 4 規定，而制定防止對證人等進行加害，並減輕證人等之精神負擔，使檢察官對於辯護人只給該證人等姓名及住居之機會，而不讓被告知道，或指定使被告知悉

---

<sup>26</sup> 第 299 條之 5 法條原文與中文翻譯，請見同前註，頁 226-227。

之時期或方法。同時，於同條第 2 項規定，若檢察官採取上開措施，仍無法防止證人等被加害、畏怖或困擾之虞時，得對被告或辯護人僅提供以稱呼取代其姓名，及提供知悉取代其住居的連絡之機會等等。並於第 5 項規定，就檢察官採取前各項規定所為之處置，應儘速將該要旨通知法院。

3.就上開（三）第 299 條之 5 規定，法院認為在檢察官採取依前條第 1 項至第 4 項規定所為處置之情形，而認為該當於下列各款其中之一時，應依被告或辯護人之聲請，以裁定撤銷該處置之全部或一部，以為救濟。同時，依第 299 條之 6 規定，法院在認為檢察官因採取之第 299 條之 4 第 1 項或第 3 項規定所為涉及處置之人，或法院因採取之前條第 2 項規定所為涉及處置之人，或有作出加害、畏怖或困擾等行為之虞，得對辯護人依第 40 條第 1 項規定使其閱覽或抄錄關於訴訟文書或證物時，得附以該處置之人的姓名或住居，不准讓被告知悉之要旨的條件等限制。

4.依第 299 條之 7 規定，對於辯護人違反檢察官或法院所附予之條件，或不遵從依該等規定之時期或指定之方法時，檢察官或法院得通知該律師所屬之律師公會，聲請採取適當之處置。而收理該聲請之人，應將該所採取之處置，通知該聲請之檢察官或法院<sup>27</sup>。

5.綜上所述，從上開第 290 條之 3 有關證人等特定事項之隱匿措施，及第 299 條之 4 至第 299 條之 7 等規定，雖均為我國立法所無之規定；惟由於日本採起訴狀一本之當事人主義的「證據開示」制度，與我國現行採「改良式當事人進行主義」，其基本上，仍然維持著「卷證併送」制度之立法構造有別；同時，由於此日本「證據開示」制度，特別側重在證人之隱私與保護（包括

---

<sup>27</sup> 田口守一，同前註 10，頁 290-291。

證人等特定事項之隱匿與證人等姓名、住居開示之處置等），明顯與我國「卷證併送」立法構造迥異；不過，此上開相關制度，亦可作為我國未來改採起訴狀一本之當事人主義的立法參考。

## 肆、偵查中的錄音及錄影

此第 301 條之 2<sup>28</sup>的立法，於平成 28 年（2016 年）6 月 3 日公布增訂，並於三年內，即平成 31 年（2019 年）6 月 2 日前，由政令規定施行日期<sup>29</sup>。本條已實施中而引進錄音、錄影制度，乃為期待供述之任意性等確實之證明，與確保詢問程序之正當性；日本學者指出錄音、錄影制度的確立，並不是想要「徹底改變」日本傳統的重視詢問及供述筆錄，而是要防止「過度的依賴」傳統的詢問與重視供述筆錄<sup>30</sup>。

錄音、錄影制度由二種義務所構成：一為在偵查階段中，由偵查官所作的詢問錄音、錄影之義務（本條④項）。二為在審判階段中，由檢察官將其偵查中所作的錄音、錄影向法院聲請該證據調查之義務（本條①項）；俾使該偵查中所作詢問的錄音、錄影於審判中，能被靈活的舉證<sup>31</sup>。本條立法共有四項，略述如下：

### 一、適用錄音、錄影之案件

採列舉規定有三：（1）涉及適用死刑或無期徒刑之懲役或禁錮之案件（本條①一）。（2）涉及適用最輕本刑 1 年以上有

<sup>28</sup> 此第 301 條之 2 法條原文與中文翻譯，請見李春福，同前註 4，頁 231-235。

<sup>29</sup> 可參見松本時夫、土本武司ほか編，同前註 7，頁 1290。

<sup>30</sup> 田口守一，同前註 10，頁 128。

<sup>31</sup> 三井誠ほか編，同前註 1，頁 405。

期徒刑之懲役或禁錮的罪，因故意之犯罪行為，致被害人死亡之案件（本條①二）。（3）由司法警察移送或解送案件以外之案件（本條①三）。其中，（1）與（2）乃關於適用裁判員參加刑事裁判之案件，也就是屬於裁判員制度案件之對象（裁判員法第2條第1項）；不過，因有高等法院管轄第一審案件之內亂首謀（刑法第77條①一），以及內亂謀議參與及內亂群眾指揮（刑法第77條①二前段），此雖非裁判員制度之裁判案件，仍應包括在內，而應予錄音、錄影<sup>32</sup>。

其次，（3）所謂「由司法警察移送或解送案件以外之案件」，指不經由司法警察移送（第203條第1項、第246條等）或送交（第242條）之案件，而專指檢察官自行偵查之案件，也就是檢察官直接受理告訴、告發的案件，或檢察官自己發現而進行偵查的案件。至於檢察官自行發動偵查與司法警察移送或解送案件之間有爭執、疑義時，則以基本的事實關係是否有同一性為判斷基準<sup>33</sup>。

## 二、偵查中錄音、錄影之義務

（一）對犯罪嫌疑人適用錄音、錄影詢問對象之情形有二：一為針對犯罪嫌疑人被逮捕或羈押，而依本法第198條第1項所進行詢問；但不包括未被羈押而在住處的詢問（第198條第1項但書），或起訴後在羈押中的詢問，甚至也不包括犯罪嫌疑人在羈押中作為相關人之詢問（第223條第1項）。二為犯罪嫌疑人辯解機會之際的紀錄程序（第301條之2第1項、第4項）。而且，依本條第4項所作詢問中的「犯罪嫌疑人供述及其狀況」，

---

<sup>32</sup> 同前註。

<sup>33</sup> 伊丹俊彥、合田悅三ほか編，同前註11，頁690。

此所稱的「狀況」，是指犯罪嫌疑人供述過程中，包括偵查官所為的質問、發言，追問或犯罪嫌疑人反應、或沉默等狀況，均屬於錄音、錄影的對象<sup>34</sup>。

（二）原則上，應全程錄音、錄影：在偵查中，依本條第 4 項規定，不論是檢察官、檢察事務官對於適用錄音、錄影之案件（即依§198 I 規定詢問已被逮捕或羈押之犯罪嫌疑人時，或對犯罪嫌疑人依第 204 條第 1 項、或第 205 條第 1 項之規定給予辯解之機會時）；或是司法警察就本條第 1 項第 1 款或第 2 款所列之案件，依第 198 條第 1 項規定詢問已被逮捕或羈押之犯罪嫌疑人時，或對犯罪嫌疑人依第 203 條第 1 項規定給予辯解之機會時。偵查官在上開情形，就詢問中的「犯罪嫌疑人之供述及其狀況」，從開始至終了應全程同時進行錄音、錄影，並紀錄於影音儲存裝置中（第 301 條之 2 第 4 項）；在目前檢察實務運用上，從進入偵查室到退出偵查室，也需要錄音、錄影<sup>35</sup>。

（三）至於本條第 4 項各款（4 款）所列之例外事由，例如因記錄所必要之機器故障或其他不得已之情事，致無法紀錄時；或因犯罪嫌疑人拒絕記錄或其他犯罪嫌疑人之言行舉止，如逕行記錄，認為犯罪嫌疑人無法作充分之供述時等，而免除其錄音、錄影義務。惟就性侵害等犯罪，因有侵害被害人等名譽、隱私權之虞，因考慮在證據開示或審判中，為重播錄音、錄影等事後的紀錄，可以為有效變音或馬賽克（消影）之處置，因此並不構成禁止錄音、錄影之旨趣，故當可為其錄音、錄影<sup>36</sup>。

又是否該當於例外事由，由偵查官進行詢問之時點作為判斷

---

<sup>34</sup> 田口守一，同前註 10，頁 129-130。

<sup>35</sup> 三井誠ほか編，同前註 1，頁 407。

<sup>36</sup> 三井誠ほか編，同前註 1，頁 407。

基準，並根據其至目前為止所收集與掌握的事實關係，以及在詢問中犯罪嫌疑人之言行舉止等狀況，加以判斷；在偵查官以作為該當於例外事由，而不實施錄音、錄影之情形；此等例外事由之存否在審判中有爭辯時，即成為法院審查之對象，而此等存否之例外事由，應由檢察官負舉證責任<sup>37</sup>。

### 三、審判中，由檢察官聲請證據調查之義務

（一）聲請證據調查之義務：檢察官為訴追之主體，並應就被告之犯罪事實負舉證責任；故檢察官就適用錄音、錄影之案件，應聲請依第 322 條第 1 項規定，得作為證據之被告供述書或記錄被告供述之文書，而須：1. 於詢問等機會之際所作成；2. 此聲請詢問是以被告承認對自己不利的事實作為內容之情形；3. 被告或辯護人對該承認之任意性存有疑問，而提出異議時；4. 為了證明該承認之任意性，從該文書開始被作成詢問等至終了之間的被告供述、及其狀況之影音儲存裝置的調查（第 301 條之 2 第 1 項）<sup>38</sup>。

（二）聲請證據調查義務之例外：惟檢察官如有：（1）該當於錄音、錄影例外之事由（第 301 條之 2 第 4 項第①~④款），而不能錄音、錄影時；（2）因其他不得已之事由，致該影音儲存裝置不存在時（第 301 條之 2 第 1 項但書），即屬聲請證據調查義務之例外情形。又即使不存在上開之例外事由，檢察官沒有提出聲請該影音儲存裝置之證據調查時，法院應以裁定駁回該任意性有爭執的被告供述筆錄之調查（同條第 2 項）<sup>39</sup>。

（三）違反義務之效果：檢察官就任意性有爭執之供述筆

---

<sup>37</sup> 松本時夫、土本武司ほか編，同前註 7，頁 1326。

<sup>38</sup> 田口守一，同前註 10，頁 131。

<sup>39</sup> 田口守一，同前註 10，頁 131-132。



錄，而不聲請該錄音、錄影記錄之證據調查，法院固應以裁定駁回該供述筆錄證據調查之聲請；惟檢察官雖違反錄音、錄影義務所作成的供述筆錄，但並非一律否定其證據能力，而不應包括禁止法院依職權採用該供述筆錄之旨趣；因為該供述筆錄之詢問，雖然沒有錄音、錄影記錄，但不能因此就直接導出犯罪嫌疑人的權利受到侵害，有致生懷疑其任意性，即屬不正當之詢問情形；因為考慮到該供述筆錄之任意性的被告主張或供述有認為明顯的虛偽，也有明顯認為被告主張或供述有確實之任意性等不同之情形，故不得一概否定其證據能力<sup>40</sup>。

#### 四、評析

綜上所述，日本錄音、錄影制度，在偵查階段中，由偵查官所作的詢問錄音、錄影之義務，並在審判階段中，由檢察官將其偵查中所作的錄音、錄影向法院聲請該證據調查之義務；惟與我國立法相較之下，我國立法較有彈性，例如我國刑訴法第 100 條之 1 規定：「（第 1 項）訊問被告，應全程連續錄音，必要時，並應全程連續錄影。但有急迫情況且經記明筆錄者，不在此限。（第 2 項）筆錄內所載之被告陳述與錄音或錄影之內容不符者，除有前項但書情形外，其不符之部分，不得作為證據。」同法第 100 條之 2 規定：「本章之規定，於司法警察官或司法警察詢問犯罪嫌疑人，準用之。」蓋我國上開錄音、錄影之立法目的，係為建立訊問筆錄之公信力，以擔保訊問程序之合法性<sup>41</sup>；而日本就此偵查中的錄音、錄影之立法目的，並不是要徹底改變日本傳統重視訊問與供述筆錄，而是要防止「過度依賴」訊問與供述筆

---

<sup>40</sup> 三井誠ほか編，同前註 1，頁 409-410。

<sup>41</sup> 李春福（2017），《刑事訴訟法論》，頁 383，台北：新學林。

錄之旨<sup>42</sup>。換言之，我國立法的錄音、錄影並沒有如日本法制限於重罪或屬檢察官所偵辦之案件為限。

惟我國較爭議的是：就未全程連續錄音錄影，其所製作之訊問筆錄是否有證據能力<sup>43</sup>？學說有採：甲、絕對排除說<sup>44</sup>。乙、準用第100條之1第2項說<sup>45</sup>。丙、權衡理論說。丁、不利推定說<sup>46</sup>。目前，實務108年台上字第2899號判決採「丙、權衡理論」。惟觀日本，就此系爭問題，涉及證據排除法則之議題，學說上，存有絕對排除與相對排除之不同見解。惟整體而論，日本最高法院係採取相對排除之立場，認為證據排除法則並非屬於憲法上之問題，應從刑事訴訟法中之證據法則予以論述，亦即證據排除之要件判斷係存在於「有無破壞令狀原則」之精神（重大違法，違反之判斷）、是否存有抑止違法偵查之效果（排除之判斷），加以處理<sup>47</sup>。

## 伍、證據開示對象之擴大

證據開示乃攸關當事人法庭攻防成敗之關鍵，在論述2016年（平成28年）修訂日本刑訴將證據開示對象之擴大之前，宜先將證據開示作個概要論述，俾能探究出為何要將證據開示擴大的緣由，而依次論述如下：

---

<sup>42</sup> 田口守一，同前註10，頁128。

<sup>43</sup> 花滿堂（2018），《刑事訴訟法爭議問題研究》，頁40-45，台北：新學林。

<sup>44</sup> 黃東熊、吳景芳（2001），《刑事訴訟法論》，頁199-200，台北：三民。

<sup>45</sup> 何賴傑（2000），〈訊問被告未全程錄音錄影之法律效果〉，《月旦法學雜誌》，62期，頁162，。

<sup>46</sup> 陳運財（2014），〈偵訊錄音之研究〉，陳運財主編，《偵查與人權》，頁162，台北：元照。

<sup>47</sup> 黃朝義（2017），《刑事訴訟法》，頁605-606，台北：新學林。

## 一、證據開示之必要性

所謂「證據開示」，指當事人就所持有之證據，向對造使其明白該內容（例如：文書的閱覽、抄錄，或使其知悉證人之姓名、住居等）；特別是針對檢察官持有被告之證據，即成為問題<sup>48</sup>。惟持反對「證據開示」論者認為：採起訴狀一本之當事人主義下，原本就應各負攻防及收集證據之責任，檢察官沒有必要將其所努力收集的證據，向被告揭露開示；況且證據開示有致生證人受威脅、湮滅證據、案件關係人的名譽、隱私權侵害，以及造成審理之遲延等；甚至，若無限制將檢察官持有證據為開示，也會對一般國民得協力犯罪偵查造成困難之虞<sup>49</sup>。

然贊成「證據開示」者認為：1.採徹底當事人主義的觀點，當事人有無對等攸關兩造當事人之勝敗，檢察官固然沒有必要向被告開示；惟在檢察官與辯護人之間，存有顯著之差異，如不開示證據，等同將實質當事人對等形同虛設，故事先證據開示是實質當事人對等之體現；2.為了不處罰無辜之人，應充分保障被告防禦權，避免證據之突襲；3.為有效保障被告交互詰問權；4.為集中審理之事前準備是屬不可或缺；5.檢察官為法律的看守人，應踐行其客觀義務；6.湮滅證據之弊害，有別種方法可以防止，但無證據開示對無辜者被處罰之危險實屬重大；7.不允許被告收集證據，不顧兩造雙方收集證據力之不對等，使被告處罰實屬不正義；8.檢察官負有實質舉證責任藉以推翻無罪推定原則等，而肯認有「證據開示」之必要<sup>50</sup>。

<sup>48</sup> 田宮裕（1998），《刑事訴訟法》，七版，頁 266，東京：有斐閣。

<sup>49</sup> 小坂敏幸（2012），《大コンメンタル刑事訴訟法：7 卷》，河上和雄ほか編，二版，頁 94，東京：青林書院。

<sup>50</sup> 田宮裕，同前註 48，頁 270；池田修、前田雅英（2012），《刑訴訟法講義》，

我國學者亦指出：按被告之詰問權乃憲法所賦予之權利，被告或其辯護人於法院審理中，若無任何訴訟資料得以參考而為抗辯或主張，尤其是檢察官於偵查中對證人所為訊問之供述筆錄；被告或辯護人若無能預先知悉其內容，即無法藉由證據開示取得傳喚或詰問證人之有利資訊，則交互詰問權即無從貫徹；同時，證據若不開示，將使無辜者無端遭受處罰之虞，即有明顯違背無罪推定原則<sup>51</sup>。

## 二、從「全面否定證據開示」到「個別證據開示」

日本刑訴法第 299 條第 1 項規定：「關於檢察官、被告或辯護人聲請詰問證人等，應事先給予對造知悉該姓名及住居所之機會。就聲請證據文書或證物之調查，應事先給予對造閱覽之機會。」同時，依日本《刑事訴訟規則》第 178 條之 7 前段規定：「在第一次審判期日前，依刑訴法第 299 條第 1 項本文規定，訴訟關係人應給予對造知悉證人等姓名及住居所機會之情形，並應儘速提供該機會。」惟因此等條文或規則所規定的「事先」或「儘速」均屬不明確；尚且，若無聲請證據調查之意思或是否聲請調查尚未確定時，檢察官則不負提供事先閱卷機會之義務等而致生爭議<sup>52</sup>。

日本從 1948 年戰後被美國佔領託管下，刑事審判構造由原先職權主義而改採起訴狀一本之當事人主義下，有關證據開示之爭議迭起；簡要言之，日本最高法院最初於 1959 年就第一審審

---

四版，頁 293 以下，東京：東京大學出版社。

<sup>51</sup> 黃朝義（2002），《刑事訴訟法（制度篇）》，頁 124-125，台北：元照。

<sup>52</sup> 松尾浩也（1999），《刑事訴訟法：上冊》，初版，頁 223 以下，東京：弘文堂。

判長作出「檢察官立即將其持有的全部案件證據供辯護人閱覽」這種全面開示命令，認為該命令沒有法律依據，而撤銷了該命令（最決昭 34.12.26 刑集 13.13.3372）；且進一步認為檢察官無論有無聲請證據調查，都沒有義務使對造閱覽證卷；同時，被告、辯護人亦無閱覽聲請權（最決昭 35.2.9 判時 219 號 34 頁），此即「全面否定證據開示」時期<sup>53</sup>。另學者指出反對全面證據開示之理由：1.防止逾越開示之必要性所招致個別弊害發生之可能性；2.為了有助於審前準備、爭點整理的審前整理程序之制度設計；3.為了維持當事人訴追進行主義之正當且健全的機能之合理、原理制約的觀點<sup>54</sup>。

惟迨至十年後，日本最高法院對於在證據調查開始後，基於法院訴訟指揮權作出肯認「個別證據開示」之裁定（最決昭 44.4.25 刑集 23.4.248）；學者就此實務個別證據開示歸納出四個要件：1.須進入證據調查之階段；因而，日本實務重申，即使在開頭陳述之後，辯護人向檢察官提出證據開示之聲請仍屬違法（最決昭 48.4.12 判時 703 號 12 頁）；2.須有具體必要性（即個別證據開示必要性之具體理由）；3.為被告防禦是屬特別重要；4.無湮滅證罪、脅迫證人之虞<sup>55</sup>。

### 三、三階段之證據開示

如上所述，全面的證據開示將導致證人受威脅、湮滅證據之危險、侵害案件關係人之隱私權，及造成審理之延滯等，而採取

---

<sup>53</sup> 池田修、前田雅英，同前註 50，頁 295；松尾浩也，同前註，頁 224。

<sup>54</sup> 酒卷匡（2009），《刑事證據開示の理論と實務》，初版，頁 12，東京：判例タイムズ社。

<sup>55</sup> 白取祐司（2017），《刑事訴訟法》，九版，頁 291，東京：日本評論社。

限制性、階段性的個別證據開示；惟針對法院個別開示之命令，而不遵從向對造當事人提出該舉證攻防事項之證據時，法院得基於訴訟指揮權為合理之制裁，就該收受開示命令之當事人所聲請的該證據調查認為無效，而裁定駁回<sup>56</sup>。

目前日本有關證據開示之實務運作，除依上開最高法院判例作為判斷基準外；另在 2004 年及 2016 年擴大修訂證據開示若干規定，從第 316 條之 13 至第 316 條之 27 等共 15 條規定，並將證據開示分為以下三階段，並約言如下<sup>57</sup>：

（一）檢察官聲請證據之開示：檢察官為了證明審判前整理程序之預定證明事實，除應向法院聲請調查所要使用之證據外（第 316 條之 13 第 2 項）；並應儘速對被告或辯護人，依照其證據分類，依該各款所規定之方法開示，及其交付證據一覽表（第 316 條之 14 第 1 項、第 2 項）。

（二）類型證據之開示：被告或辯護人除了就檢察官上述所開示之證據外，為判斷該項證據證明力，或為對該證據表示意見，或即使檢察官就該特定證據並未聲請調查之證據，仍得向檢察官聲請另行開示相關九種類型證據<sup>58</sup>；惟檢察官仍得考量被告防禦之準備所開示的必要性之程度，以及因該開示有產生弊害之虞的內容及程度，而認為必要時，得指定開示之時期或方法，或附加條件（第 316 條之 15）。

（三）爭點關連證據之開示：此為強化被告防禦權，使爭點

---

<sup>56</sup> 渥美東洋（2001），《刑事訴訟法》，新版，頁 205-206，東京：有斐閣。

<sup>57</sup> 川出敏裕（2019），《刑事訴訟法（公訴提起、公判、裁判篇）》，頁 160 以下，東京：立花書坊；安富潔（2017），《刑事訴訟法講義》，四版，頁 233 以下，東京：慶應義塾大學出版會；上口裕（2013），《刑事訴訟法》，三版，頁 272 以下，東京：成文堂。

<sup>58</sup> 川出敏裕，同前註，頁 160。

及相關證據內容更加完善，而於收受類型證據開示之被告或辯護人，為表明預定在該預定證明事實及其他審判期日所提出的事實上及法律上之主張，並為證明該預定證明事實，應向法院聲請調查為了證明其所要使用之證據；及其儘速向檢察官依證據分類為相關證據之開示（第 316 條之 17、第 316 條之 18）。

又因被告或辯護人提出其上述主張之後，由被告或辯護人提出聲請爭點關連證據之開示時，檢察官得考量該關連性之程度，及為了其他被告防禦之準備，而作出該開示之必要性之程度，以及因該開示有產生弊害之虞的內容及程度，認為適當時，應作出該證據開示（第 316 條之 20 第 1 項）；同時，被告或辯護人提出關連證據開示之聲請時，應表明與聲請證據開示間之關連性，及為了其他被告防禦之準備，而具有該開示必要之理由（第 316 條之 20 第 2 項）。

此外，就 2016 年增訂證據開示對象與範圍之擴大，主要有三：

1. 證據一覽表之交付程序：檢察官在聲請證據調查而為證據開示後，遇有被告或辯護人也同時聲請時，檢察官應儘速對被告或辯護人交付其所保管之證據一覽表（第 316 條之 14 第 2 項），此種交付制度有助於就被告方面，能順利、迅速掌握，並及時聲請類型證據或爭點關連證據之開示。同時，若檢察官已交付證據一覽表之後、嗣後遇有重新保管證據時，應儘速對被告或辯護人交付該重新保管之證據一覽表，亦同（第 316 條之 14 第 5 項）<sup>59</sup>。

2. 賦予當事人對審判前整理程序有聲請權：體現當事人主義之精神，而非如過去僅由法院依職權裁定，同時，法院於此項准駁之裁定前，應事先聽取檢察官及被告或辯護人之意見（第 316

---

<sup>59</sup> 松本時夫、土本武司ほか編，同前註 7，頁 1348。

條之2第1項)。此意味著過去判例僅認可證據開示係在證據調查程序後始得為之，惟此修法後，即使在審判前整理程序中，亦得為證據開示之聲請；因而，審判前整理程序中的證據開示，是跨越並擴大上述三階段證據開示之範圍<sup>60</sup>。

3.類型證據開示對象範圍之擴大：此乃指第316條之15第1項第8款、第9款，及第2項之情形；亦即，為有助於順利、迅速掌握爭點及證據整理之進行，包括以共犯調查狀況之紀錄文書、證物扣押程序之紀錄文書，而係屬檢察官、檢察事務官或司法警察負有義務的職務上所作出的文書，關於身體受拘束之人的調查，記錄其年月日、時間、場所及其他調查之狀況者<sup>61</sup>。

#### 四、開示證據目的以外使用證據之禁止與處罰

證據開示制度之擴大使用，修法後有關規範證據開示之規定：（一）辯護人對於已被開示之證據應妥適地保管，不得恣意委託他人保管（第281條之3）<sup>62</sup>；（二）禁止被告或辯護人在開示證據之目的以外，而將其有關證據交付、提示或以電信通訊方式傳輸提供他人（第281條之4第1項）<sup>63</sup>。不過，違反此種禁止規定之處置，仍應考量被告之防禦權等相關情事（第281條之4第2項）；（三）關於開示證據目的以外使用證據之行為，處1年以下有期徒刑之懲役或50萬元以下罰金<sup>64</sup>（第281條之5）<sup>65</sup>。

---

<sup>60</sup> 田口守一，同前註10，頁291、頁296-297。

<sup>61</sup> 松本時夫、土本武司ほか編，同前註7，頁1350。

<sup>62</sup> 此第281條之3法條原文與中文翻譯，請見李春福，同前註4，頁200-201。

<sup>63</sup> 此第281條之4法條原文與中文翻譯，請見同前註，頁201-202。

<sup>64</sup> 此第281條之5法條原文與中文翻譯，請見同前註，頁202-203。

<sup>65</sup> 田口守一，同前註10，頁304。



## 五、評析

綜上所述，日本證據開示係在當事人主義之起訴狀一本主義的配套措施，從上述證據開示之演變與轉折，都在朝向保障被告之方向進行並擴大範圍與時期；在未來我國採起訴狀一本主義下，此種情形也是可以預見的。誠如日本律師山本了宣在台灣的研討會所提出，真正證據開示而有湮滅證據，大概是靠想像的；因而，臺灣若引進起訴狀一本主義，應將制度與現行閱卷制度保有相同水準的證據開示，這一點是非常明確的，故臺灣應該要導入全面一次性證據開示之制度，並提出三階段證據開示制度不當之理由<sup>66</sup>：

（一）證據提供的範圍：關於證據提供的範圍，以臺灣現行閱卷為 100%來說，日本三階段證據開示所得到的開示份量，頂多是 50 到 80%左右的程度。三階段證據開示制度，讓檢察官獨佔一半以上的大量證據，且剝奪被告與辯護人對該證據的使用權。此外，在此制度下能夠使用的證據範圍，以與檢察官聲請調查證據相關連者、或與被告、辯護人之主張相關連者為限。

（二）證據提供的時期：接著是關於證據提供的時期，三階段證據開示的遲緩是顯而易見的；而且有些證據甚至在起訴之後過了一年才被開示。如此的結果，造成整體防禦活動也跟著延遲；而辯護人開始調查時，證據也可能已滅失。

（三）證據使用權的程序上限制：三階段證據開示制度，為提供證據，而課予「聲請證據開示」這樣的程序；這不單單只是聲請，而是要由看不到證據的一方來特定證據，如此有過度要求

---

<sup>66</sup> 山本了宣（2018），〈從日本證據開示制度及實務檢討臺灣證據開示制度草案〉，《律師法學期刊》，1期，頁96-98。

且有實際的困難；因而，如不克服此點，便無法使用證據，故這件事情本身就是對證據使用權之不當限制。

## 陸、結論

刑事訴訟法的歷史演化，從發現真實與人權保障至今，已朝向多元化、多樣化的併存，例如傾向以非刑罰化之轉嫁處遇，取代傳統刑罰之制裁；因而：

一、證人刑事免責制度，就是取代原本證人不自證己罪，經由法院裁定使得一些組織性犯罪，對於該參與犯罪者之證人，給予刑事免責，使該證人強制其供述義務來證明其他之人有罪的制度；此不僅實現實體刑罰，更可使難以查明具有共犯結構之犯罪得以迅速查明；同時，也是對該供述之證人予以獎賞，可謂是一個全贏的制度。

二、日本詰問證人時之保護措施，例如日本刑訴法（下同）第 157 條之 4 的陪伴人在場權；或第 157 條之 5 對被告與該證人，或旁聽人與該證人間的遮蔽措施，遠比我國今年（2020 年）初剛行立法的刑訴法（下同）第 271 條之 2 更為細緻；或第 157 條之 6 利用視訊影音方式，乃針對不同特殊案件的詰問措施，亦與我國僅規定在第 177 條第 2 項迥異。

另外，針對證人等安全不受威脅之細緻化措施，諸如第 290 條之 3 有關證人等聲請特定事項之隱匿措施，及第 299 條之 4 至第 299 條之 7 等規定，均為我國立法所無之規定，未來均可作為徹底保護證人等制度之立法參考。

三、日本第 301 條之 2 偵查中的錄音及錄影等立法，乃因日本人口、地方廣大及刑事政策、司法資源等有效之考量，而就特定重罪案件或檢察官所承辦案件予以規範；而我國第 100 條之 1

規定，訊問被告應全程連續錄音；必要時，並應全程連續錄影；此條規定並經由第 100 條之 2 對於司法警察（官）詢問犯罪嫌疑人時，準用之。日本第 301 條之 2 立法與我國有別，當可作為我國實務運作之參考。

四、2016 年增訂證據開示對象與範圍之擴大，使得證據開示之制度更完善，尤其讓被告於審判前整理程序有聲請權，此不僅體現當事人主義之精神，同時，法院於此項准駁之裁定前，應事先聽取檢察官及被告或辯護人之意見（第 316 條之 2 第 1 項）。此修法後，即使在審判前整理程序中，亦得為證據開示之聲請；因而，審判前整理程序中的證據開示，是跨越並擴大上開三階段證據開示之範圍，誠屬一大突破。

證據開示在當事人主義下，係在法庭攻防證據上一個重要的制度；惟在我國仍採卷證併送制度（我國刑訴法第 264 條第 3 項），固無證據開示之問題，然其性質上，亦可說是「全面證據開示」；吾人觀察當事人主義的證據開示制度之未來，會漸漸朝向「全面證據開示」是可見的趨勢。



## 參考文獻

### 一、中文部分

- 山本了宣（2018）。〈從日本證據開示制度及實務檢討臺灣證據開示制度草案〉，《律師法學期刊》，1期，頁79-99。
- 何賴傑（2000）。〈訊問被告未全程錄音錄影之法律效果〉，《月旦法學雜誌》，62期，頁159-166。
- 李春福（2017）。《刑事訴訟法論》。台北：新學林。
- 李春福（2020）。《日本刑事訴訟法之翻譯與實務略述》。台北：五南。
- 林俊益（2017）。《刑事訴訟法概論：上冊》，十七版。台北：新學林。
- 林鈺雄（2020）。《刑事訴訟法：下冊》，十版。台北：新學林。
- 花滿堂（2018）。《刑事訴訟法爭議問題研究》。台北：新學林。
- 張麗卿（2020）。《刑事訴訟法理論與運用》，十五版。台北：五南。
- 陳運財（2008）。〈貪瀆犯罪「窩裡反」條款與「刑事免責」之檢討〉，《日新司法年刊》，8期，頁96-101。
- 陳運財（2014）。〈偵訊錄音之研究〉，陳財運主編，《偵查與人權》，頁141-165，台北：元照。
- 陳運財（2014）。〈貪瀆犯罪「窩裡反」條款與「刑事免責」之檢討〉，陳財運主編，《偵查與人權》，頁451-460，台北：元照。
- 黃東熊、吳景芳（2001）。《刑事訴訟法論》。台北：三民。
- 黃朝義（2002）。《刑事訴訟法（制度篇）》。台北：元照。

黃朝義（2017）。《刑事訴訟法》。台北：新學林。

黃朝義（2020）。《刑事訴訟程序基礎理論》。台北：新學林。

## 二、日文部分

三井誠、河原俊也、上野友慈、岡慎一編（2018）。《新基本法コンメンタール刑事訴訟》，三版。東京：日本評論社。

上口裕（2013）。《刑事訴訟法》，三版。東京：成文堂。

川出敏裕（2019）。《刑事訴訟法（公訴提起、公判、裁判篇）》。東京：立花書坊。

田口守一（2017）。《刑事訴訟法》，七版。東京：弘文堂。

田宮裕（1998）。《刑事訴訟法》，七版。東京：有斐閣。

白取祐司（2017）。《刑事訴訟法》，九版。東京：日本評論社。

伊丹俊彦、合田悅三、上富敏伸、加藤俊治、河本雅也、村典晃編（2018）。《逐条実務刑事訴訟法》。東京：立花書坊。

安富潔（2017）。《刑事訴訟法講義》，四版。東京：慶應義塾大學出版會。

池田修、前田雅英（2012）。《刑訴訟法講義》，四版。東京：東京大學出版社。

松尾浩也（1999）。《刑事訴訟法：上冊》。東京：弘文堂。

松尾浩也監修，松本時夫、土本武司、池田修、酒卷匡編（2018）。《条解刑事訴訟法》，四版。東京：弘文堂。

河上和雄ほか編（2012）。《大コンメンタール刑事訴訟法：7卷》，二版。東京：青林書院。

酒卷匡（2009）。《刑事證據開示の理論と実務》。東京：判例タイムズ社。

渥美東洋（2013）。《刑事訴訟法》，新版補訂。東京：有斐閣。