

# 實行公訴制度 12 年總體檢之我見

張安箴

伍、公訴

壹、檢察官專責全程到庭實行公訴制度之歷史回顧

貳、公訴制度之總體檢

一、準備程序

- (一) 被告之受審能力 (competency to stand trial) 宜於準備程序先鑑定，以確定有無停止審判之必要
- (二) 證據資料有無證據能力應在準備程序確定，以確認審理程序調查證據之範圍
- (三) 所謂的敵性證人 (hostile witness) 應由誰傳喚並主詰問？

二、審理程序

- (一) 共同被告分離審判與合併審判之程序不應同一期日進行
- (二) 交互詰問程序中法官之詢問是否應受詰問規則之約束？

參、公訴檢察官的代理蒞庭制度

肆、結論

## 壹、檢察官專責全程到庭實行公訴制度之歷史回顧

司法院於民國 88 年 7 月 6 日至 8 日召開全國司法改革會議，經審、檢、辯、學及社會賢達熱烈參與討論，就刑事訴訟制度之改革內容達成了包括「確立檢察官之實質舉證責任」、「促進當事人實質平等（強化辯護功能）」、「嚴謹證據法則」、「落實及強化交互詰問之要求」、「限制訊問被告及調查被告自白之時間」、「除簡易案件外、第一審應採行合議制」、「推動刑事審判集中審理制」、「區分認定事實與量刑程序」等多項共識。總統隨後公開宣示會將司法改革列為重大政策目標。之後法務部為落實前開改革會議中有關「加強檢察官之舉證責任」、

「落實及強化交互詰問之要求」等結論，首先擇定臺灣士林地方法院檢察署及臺灣苗栗地方法院檢察署自民國 89 年 6 月 1 日開始實施「檢察官專責全程到庭實行公訴」制度。實施之後，普遍獲得好評，故法務部又進而指定臺灣臺北地方法院檢察署自 90 年 6 月 1 日開始實施「檢察官專責全程到庭實行公訴」制度。其後在 91 年 10 月 1 日起，擴展至臺灣花蓮、南投、雲林地方法院檢察署開始實施。後至 92 年 2 月 6 日，刑事訴訟法修正公布自同年 9 月 1 日施行所謂「改良式當事人進行主義」，也就是全面實施英美法系之交互詰問制度，故法務部依法要求全國各法院檢察署自 92 年 9 月 1 日起，均須指派檢察官全程到庭實行公訴。至此，「檢察官專責全程到庭實行公訴」制度已遍地開花，



檢察官在法庭上的角色有了全新的內容與風貌。

新的專責全程到庭公訴制度實行至今超過 12 年，不僅對公訴檢察官的工作內容產生實質全面的影響，對法官、律師與被告在法庭上之應對也產生重大影響。惟因形式蒞庭的舊制實行已久，參與法庭訴訟的所有人員在新制的規定下，仍難免帶著舊有習慣進行新制，或因對新制內容沒有全面瞭解，而在實務上出現可能與新制精神不符或致生疑義之行為。且實則我國新制之改良式當事人進行主義，在立法例的文字上故多參酌日本刑事訴訟法，但日本刑事訴訟法追本溯源仍係參考採用當事人進行主義多年的美國法例，故本文試圖從我國新制之立法、我國實務見解與美國立法例做為探討實務上衍生問題之藍本，希望能提供新制研究者與審判系統使用者對新制實行內容有不同之省思。

## 貳、公訴制度之總體檢

就公訴制度各議題之檢討，以下以一般案件在法院審理之程序分就準備程序與審判程序，以研討案例（但不特別標註個案案號）的方式論述如下：

### 一、準備程序

#### （一）被告之受審能力（competency to stand trial<sup>1</sup>）宜於準備程序先鑑定，以確定有無停止審判之必要

##### 【案例】

被告甲因患有精神分裂症，長年需吃藥控制病情，但因家人工作繁忙，無法每日監控甲服藥，故甲常因未按時服藥而出現幻覺症狀。某日甲在自家門口見鄰居乙經過，竟一時出於幻覺以為鄰居乙為老虎，

而返家取用菜刀並用菜刀將乙砍傷致死。案經地檢署查明起訴後，甲於準備程序之應訊狀態多為沈默不語，若問及案情只說：「我看到老虎。」

##### 【問題提出】

本案中之被告應訊時所顯示之精神狀態，顯示其可能無法瞭解目前進行之刑事程序之意義並參與、回應。而其行為時之精神狀態則另為被告應否為其犯罪行為負責之有責性之領域，與被告受審時之就審能力無關，則兩者是否應分別鑑定？鑑定之標準是否應不同？若鑑定結果顯示，被告現在顯無能力進行刑事訴訟程序，對該被告所涉之刑事案件應如何處理？

##### 【討論】

#### 1. 我國刑事訴訟法及相關法律規定

- （1）**刑事訴訟法第 294 條第 1 項**規定：「被告心神喪失者，應於其回復以前停止審判」，**第 2 項**規定：「被告因疾病不能到庭者，應於其能到庭以前停止審判。」，**第 3 項**規定：「前二項被告顯有應諭知無罪或免刑判決之情形者，得不待其到庭，逕行判決。」**第 4 項**規定：「許用代理人案件委任有代理人者，不適用前三項之規定。」**同法第 36 條**規定：「最重本刑為拘役或專科罰金之案件，被告於審判中或偵查中得委任代理人到場。但法官或檢察官認為必要時，仍得命本人到場。」**同法第 35 條第 3 項**規定：「被告或犯罪嫌疑人因智能障礙無法為完全之陳述者，應有第一項得為輔佐人之或其委任之人或主管機關指派之社工人員為輔佐人陪同在場。但經合法通知

1. Competency to stand trial 在美國法上是要求在刑事訴訟程序中，被告或犯罪嫌疑人應有行為能力瞭解刑事程序的意義以及程序進行的方式（the capacity to comprehend legal proceedings），同時有能力與律師就刑事訴訟程序中之答辯予以諮商（understand and exercise rights, such as the right to remain silent）。參見 Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary, p278(7thed, 1999)

無正當理由不到場者，不在此限。」

(2) 法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 7 點規定：「被告為智能障礙無法為完全之陳述者，應由形訴法第 35 條第 3 項所列之人為其輔佐人，陪同在場，但經合法通知無正當理由不到場者，不在此限。其輔佐人得陳述意見，並得為刑事訴訟法所定之訴訟行

為。被告因智能障礙無法為完全之陳述者，並應通知其法定代理人、配偶、直系或三親等內旁系血親或家長、家屬得為被告選任辯護人。」

## 2. 美國刑事訴訟法及相關法律規定

美國在 1984 年通過的聯邦精神抗辯改革法（the Federal Insanity Defense Reform Act of 1984）18 U.S.C. § 4241 條規定<sup>2</sup>：

2. 法條原文編入 18 U.S.C. §4241：(a) **Motion To Determine Competency of Defendant.**— At any time after the commencement of a prosecution for an offense and prior to the sentencing of the defendant, or at any time after the commencement of probation or supervised release and prior to the completion of the sentence, the defendant or the attorney for the Government may file a motion for a hearing to determine the mental competency of the defendant. The court shall grant the motion, or shall order such a hearing on its own motion, if there is reasonable cause to believe that the defendant may presently be suffering from a mental disease or defect rendering him mentally incompetent to the extent that he is unable to understand the nature and consequences of the proceedings against him or to assist properly in his defense. (b) **Psychiatric or Psychological Examination and Report.**— Prior to the date of the hearing, the court may order that a psychiatric or psychological examination of the defendant be conducted, and that a psychiatric or psychological report be filed with the court, pursuant to the provisions of section 4247 (b) and (c). (c) **Hearing.**—The hearing shall be conducted pursuant to the provisions of section 4247 (d). (d) **Determination and Disposition.** If, after the hearing, the court finds by a preponderance of the evidence that the defendant is presently suffering from a mental disease or defect rendering him mentally incompetent to the extent that he is unable to understand the nature and consequences of the proceedings against him or to assist properly in his defense, the court shall commit the defendant to the custody of the Attorney General. The Attorney General shall hospitalize the defendant for treatment in a suitable facility— (1) for such a reasonable period of time, not to exceed four months, as is necessary to determine whether there is a substantial probability that in the foreseeable future he will attain the capacity to permit the proceedings to go forward; and (2) for an additional reasonable period of time until— (A) his mental condition is so improved that trial may proceed, if the court finds that there is a substantial probability that within such additional period of time he will attain the capacity to permit the proceedings to go forward; or (B) the pending charges against him are disposed of according to law; whichever is earlier. If, at the end of the time period specified, it is determined that the defendant's mental condition has not so improved as to permit the proceedings to go forward, the defendant is subject to the provisions of sections 4246 and 4248. (e) **Discharge.**— When the director of the facility in which a defendant is hospitalized pursuant to subsection (d) determines that the defendant has recovered to such an extent that he is able to understand the nature and consequences of the proceedings against him and to assist properly in his defense, he shall promptly file a certificate to that effect with the clerk of the court that ordered the commitment. The clerk shall send a copy of the certificate to the defendant's counsel and to the attorney for the Government. The court shall hold a hearing, conducted pursuant to the provisions of section 4247 (d), to determine the competency of the defendant. If, after the hearing, the court finds by a preponderance of the evidence that the defendant has recovered to such an extent that he is able to understand the nature and consequences of the proceedings against him and to assist properly in his defense, the court shall order his immediate discharge from the facility in which he is hospitalized and shall set the date for trial or other proceedings. Upon discharge, the defendant is subject to the provisions of chapters 207 and 227. (f) **Admissibility of Finding of Competency.**— A finding by the court that the defendant is mentally competent to stand trial shall not prejudice the defendant in raising the issue of his insanity as a defense to the offense charged, and shall not be admissible as evidence in a trial for the offense charged.



「自偵查開始到宣判前，被告或其辯護人得以被告現罹精神疾病或有其他精神缺陷以致無法瞭解目前進行之刑事程序並無法為己答辯為由，而向法院聲請准許被告經精神科醫師鑑定。經鑑定後認被告確有因精神疾病或其他精神缺陷至無法瞭解目前進行之刑事程序時，法院應將被告交由對應的檢察機關，由檢察機關令被告進入適當醫療院所治療。該治療期間應不超過四個月或得延長至一合理期間，以致醫院可以決定被告是否在可預見之未來可以回復到足以有能力進行刑事程序之精神狀態。

若醫療院所院長認被告已回復到足以有能力進行刑事程序之精神狀態，應立即通知法院。法院即應依 18 U.S.C. §4247 (d) 所規定之程序舉行聽證會，來決定被告之就審能力。若法院經調查後認被告已恢復到足以有能力進行刑事程序之精神狀態，即應立即下令將被告從醫療院所釋放，並訂定期日繼續進行刑事程序。若被告經一段合理時間之治療仍無法回復到足以有能力進行刑事程序之精神狀態時，則應依 18 U.S.C. §4246 與 18 U.S.C. §4248 之規定辦理。」另 **18 U.S.C. § 4246** 條規定<sup>3</sup>：「醫

3. **18 U.S.C. § 4246** : (a) **Institution of Proceeding.**— If the director of a facility in which a person is hospitalized certifies that a person in the custody of the Bureau of Prisons whose sentence is about to expire, or who has been committed to the custody of the Attorney General pursuant to section 4241 (d), or against whom all criminal charges have been dismissed solely for reasons related to the mental condition of the person, is presently suffering from a mental disease or defect as a result of which his release would create a substantial risk of bodily injury to another person or serious damage to property of another, and that suitable arrangements for State custody and care of the person are not available, he shall transmit the certificate to the clerk of the court for the district in which the person is confined. The clerk shall send a copy of the certificate to the person, and to the attorney for the Government, and, if the person was committed pursuant to section 4241 (d), to the clerk of the court that ordered the commitment. The court shall order a hearing to determine whether the person is presently suffering from a mental disease or defect as a result of which his release would create a substantial risk of bodily injury to another person or serious damage to property of another. A certificate filed under this subsection shall stay the release of the person pending completion of procedures contained in this section. (b) **Psychiatric or Psychological Examination and Report.**— Prior to the date of the hearing, the court may order that a psychiatric or psychological examination of the defendant be conducted, and that a psychiatric or psychological report be filed with the court, pursuant to the provisions of section 4247 (b) and (c). (c) **Hearing.**—The hearing shall be conducted pursuant to the provisions of section 4247 (d). (d) **Determination and Disposition.**— If, after the hearing, the court finds by clear and convincing evidence that the person is presently suffering from a mental disease or defect as a result of which his release would create a substantial risk of bodily injury to another person or serious damage to property of another, the court shall commit the person to the custody of the Attorney General. The Attorney General shall release the person to the appropriate official of the State in which the person is domiciled or was tried if such State will assume responsibility for his custody, care, and treatment. The Attorney General shall make all reasonable efforts to cause such a State to assume such responsibility. If, notwithstanding such efforts, neither such State will assume such responsibility, the Attorney General shall hospitalize the person for treatment in a suitable facility, until— (1) such a State will assume such responsibility; or (2) the person’s mental condition is such that his release, or his conditional release under a prescribed regimen of medical, psychiatric, or psychological care or treatment would not create a substantial risk of bodily injury to another person or serious damage to property of another; whichever is earlier. The Attorney General shall continue periodically to exert all reasonable efforts to cause such a State to assume such responsibility for the person’s custody, care, and treatment. (e) **Discharge.**— When the director of the facility in which a person is hospitalized pursuant to subsection (d) determines that the person has recovered from his mental disease or defect to such an extent that his release would no longer create a substantial risk of bodily injury to another person or serious damage to property of another, he shall promptly file a certificate to that effect with the clerk of the

療機構院長需通知法院就被告之釋放是否將對他人之人身安全造成顯著的危險或財產造成重大損害進行審查，法院則應舉行聽證會來調查決定。若法院認被告之釋放將對他人之人身安全造成顯著的危險或財產造成重大損害，可將被告交由相應之檢察機關，由檢察機關來依被告住所地或案件管轄地來決定哪一州應對被告後續之強制就醫與照護負責，並由該州檢察機關繼續對被告進行強制入院治療之處分。其後若被告強制入院之醫療機構院長認被告之

釋放已不會對他人之人身安全造成顯著的危險或財產造成重大損害，可通知法院，法院即應舉行聽證會調查決定被告是否應自醫療機構釋放。若調查結果認被告已不會對他人之人身安全造成顯著的危險或財產造成重大損害，應即釋放被告；但若被告需在一定醫療或精神治療或心裡治療之條件下，始不會對他人之人身安全造成顯著的危險或財產造成重大損害，法院也可有條件釋放被告。但被告一旦不遵守條件，醫療機構之院長應即通知法院與檢察

court that ordered the commitment. The clerk shall send a copy of the certificate to the person's counsel and to the attorney for the Government. The court shall order the discharge of the person or, on the motion of the attorney for the Government or on its own motion, shall hold a hearing, conducted pursuant to the provisions of section 4247 (d), to determine whether he should be released. If, after the hearing, the court finds by a preponderance of the evidence that the person has recovered from his mental disease or defect to such an extent that— (1) his release would no longer create a substantial risk of bodily injury to another person or serious damage to property of another, the court shall order that he be immediately discharged; or (2) his conditional release under a prescribed regimen of medical, psychiatric, or psychological care or treatment would no longer create a substantial risk of bodily injury to another person or serious damage to property of another, the court shall— (A) order that he be conditionally discharged under a prescribed regimen of medical, psychiatric, or psychological care or treatment that has been prepared for him, that has been certified to the court as appropriate by the director of the facility in which he is committed, and that has been found by the court to be appropriate; and (B) order, as an explicit condition of release, that he comply with the prescribed regimen of medical, psychiatric, or psychological care or treatment. The court at any time may, after a hearing employing the same criteria, modify or eliminate the regimen of medical, psychiatric, or psychological care or treatment. **(f) Revocation of Conditional Discharge.**— The director of a medical facility responsible for administering a regimen imposed on a person conditionally discharged under subsection (e) shall notify the Attorney General and the court having jurisdiction over the person of any failure of the person to comply with the regimen. Upon such notice, or upon other probable cause to believe that the person has failed to comply with the prescribed regimen of medical, psychiatric, or psychological care or treatment, the person may be arrested, and, upon arrest, shall be taken without unnecessary delay before the court having jurisdiction over him. The court shall, after a hearing, determine whether the person should be remanded to a suitable facility on the ground that, in light of his failure to comply with the prescribed regimen of medical, psychiatric, or psychological care or treatment, his continued release would create a substantial risk of bodily injury to another person or serious damage to property of another. **(g) Release to State of Certain Other Persons.**— If the director of a facility in which a person is hospitalized pursuant to this chapter certifies to the Attorney General that a person, against whom all charges have been dismissed for reasons not related to the mental condition of the person, is presently suffering from a mental disease or defect as a result of which his release would create a substantial risk of bodily injury to another person or serious damage to property of another, the Attorney General shall release the person to the appropriate official of the State in which the person is domiciled or was tried for the purpose of institution of State proceedings for civil commitment. If neither such State will assume such responsibility, the Attorney General shall release the person upon receipt of notice from the State that it will not assume such responsibility, but not later than ten days after certification by the director of the facility. **(h) Definition.**— As used in this chapter the term “State” includes the District of Columbia.



機關，並由法院舉行聽證會調查決定被告是否應因其違反條件而繼續令入適當醫療機構強制治療。」又 18 U.S.C. § 4248 條規定<sup>4</sup>則與 4246 同，惟針對調查之重點為被告是否為有在犯性侵犯罪之虞之人，而決定是否要無條件或有條件釋放被告。」

綜上，依美國法之規定，被告若顯示無就審能力或對有無就審能力提出抗辯，法院即應依上開規定程序將被告送適當機構做就審能力之精神鑑定，若確認被告無就審能力，則依規定先將被告送入適當醫

療院所進行強制治療。若被告經醫療院所治療後發覺其精神疾病無法治癒，且經調查鑑定確認後，法院有權將被告宣告持續不定期之強制入院治療至其不再對社會治安繼續造成危害而可釋放為止。

### 3. 我國司法實務見解

#### (1) 最高法院 91 年度台上字第 1340 號

**裁判要旨：**「被告心神喪失者，應於其回復以前停止審判，刑事訴訟法第 294 條第 1 項定有明文。蓋以被告得在訴訟上為自己辯護，而保護其利益，

---

4. 18 U.S.C. § 4248 : (a) **Institution of Proceedings.**— In relation to a person who is in the custody of the Bureau of Prisons, or who has been committed to the custody of the Attorney General pursuant to section 4241 (d), or against whom all criminal charges have been dismissed solely for reasons relating to the mental condition of the person, the Attorney General or any individual authorized by the Attorney General or the Director of the Bureau of Prisons may certify that the person is a sexually dangerous person, and transmit the certificate to the clerk of the court for the district in which the person is confined. The clerk shall send a copy of the certificate to the person, and to the attorney for the Government, and, if the person was committed pursuant to section 4241 (d), to the clerk of the court that ordered the commitment. The court shall order a hearing to determine whether the person is a sexually dangerous person. A certificate filed under this subsection shall stay the release of the person pending completion of procedures contained in this section. (b) **Psychiatric or Psychological Examination and Report.**— Prior to the date of the hearing, the court may order that a psychiatric or psychological examination of the defendant be conducted, and that a psychiatric or psychological report be filed with the court, pursuant to the provisions of section 4247 (b) and (c). (c) **Hearing.** The hearing shall be conducted pursuant to the provisions of section 4247 (d). (d) **Determination and Disposition.**— If, after the hearing, the court finds by clear and convincing evidence that the person is a sexually dangerous person, the court shall commit the person to the custody of the Attorney General. The Attorney General shall release the person to the appropriate official of the State in which the person is domiciled or was tried if such State will assume responsibility for his custody, care, and treatment. The Attorney General shall make all reasonable efforts to cause such a State to assume such responsibility. If, notwithstanding such efforts, neither such State will assume such responsibility, the Attorney General shall place the person for treatment in a suitable facility, until— (1) such a State will assume such responsibility; or (2) the person's condition is such that he is no longer sexually dangerous to others, or will not be sexually dangerous to others if released under a prescribed regimen of medical, psychiatric, or psychological care or treatment; whichever is earlier. (e) **Discharge.** When the Director of the facility in which a person is placed pursuant to subsection (d) determines that the person's condition is such that he is no longer sexually dangerous to others, or will not be sexually dangerous to others if released under a prescribed regimen of medical, psychiatric, or psychological care or treatment, he shall promptly file a certificate to that effect with the clerk of the court that ordered the commitment. The clerk shall send a copy of the certificate to the person's counsel and to the attorney for the Government. The court shall order the discharge of the person or, on motion of the attorney for the Government or on its own motion, shall hold a hearing, conducted pursuant to the provisions of section 4247 (d), to determine whether he should be released. If, after the hearing, the court finds by a preponderance of the evidence that the person's condition is such that— (1) he will not be sexually dangerous to others if released unconditionally, the court shall order that he be immediately

必具有自由決定其意思能力，即訴訟能力。如心神喪失，即完全缺乏其為自己辯護之能力，自應停止其審判程序。」

(2) 最高法院 88 年度台上字第 5414 號

**裁判要旨：**「刑事訴訟法第 294 條第 1 項規定被告心神喪失者，應於其回復以前停止審判，係為保護被告利益，使被告得依其自由之意思行使其防禦權而設。本件被告於審判時，縱心神喪失仍未回復，亦因原審係維持第一審諭知無罪之判決，依刑事訴訟法第 294 條第 3 項之規定，本得不待被告到庭行使防禦權而逕為有利於被告之判決，是以原審雖未依同條第一項之規定停止審判，仍與上訴意旨所指訴訟程序違背法令之情形有間。又心神是

否喪失，乃屬醫學上精神病科之專門學問，非有專門精神病醫學研究之人予以診察鑑定，不足以資斷定。又按鑑定報告之內容不完備或仍有疑義者，固不妨另行鑑定，然若命原為鑑定之機關，就鑑定之經過及其結果更為補充說明，自非法所不許。」

#### 4. 討論與小結

我國刑事訴訟法針對被告因有精神疾病不能進行刑事程序者，在偵查中沒有相應規定，在審判中則規定僅有心神喪失者，始得停止審判，對其他因精神疾病而有可能影響正常識別能力之人，則無停止審判之可能，僅規定若被告有智能障礙時可選任輔佐人，唯亦未對所謂「智能障礙」之情況或嚴重程度做詳細描述。而現行實務上對所謂智能障礙之分級，有分輕度、

discharged; or (2) he will not be sexually dangerous to others if released under a prescribed regimen of medical, psychiatric, or psychological care or treatment, the court shall— (A) order that he be conditionally discharged under a prescribed regimen of medical, psychiatric, or psychological care or treatment that has been prepared for him, that has been certified to the court as appropriate by the Director of the facility in which he is committed, and that has been found by the court to be appropriate; and (B) order, as an explicit condition of release, that he comply with the prescribed regimen of medical, psychiatric, or psychological care or treatment. The court at any time may, after a hearing employing the same criteria, modify or eliminate the regimen of medical, psychiatric, or psychological care or treatment. **(f) Revocation of Conditional Discharge.**— The director of a facility responsible for administering a regimen imposed on a person conditionally discharged under subsection (e) shall notify the Attorney General and the court having jurisdiction over the person of any failure of the person to comply with the regimen. Upon such notice, or upon other probable cause to believe that the person has failed to comply with the prescribed regimen of medical, psychiatric, or psychological care or treatment, the person may be arrested, and, upon arrest, shall be taken without unnecessary delay before the court having jurisdiction over him. The court shall, after a hearing, determine whether the person should be remanded to a suitable facility on the ground that he is sexually dangerous to others in light of his failure to comply with the prescribed regimen of medical, psychiatric, or psychological care or treatment. **(g) Release to State of Certain Other Persons.**— If the director of the facility in which a person is hospitalized or placed pursuant to this chapter certifies to the Attorney General that a person, against whom all charges have been dismissed for reasons not related to the mental condition of the person, is a sexually dangerous person, the Attorney General shall release the person to the appropriate official of the State in which the person is domiciled or was tried for the purpose of institution of State proceedings for civil commitment. If neither such State will assume such responsibility, the Attorney General shall release the person upon receipt of notice from the State that it will not assume such responsibility, but not later than 10 days after certification by the director of the facility.



中度、重度、極重度<sup>5</sup>，但此分級係針對受鑑定人之一般生活知能所為之分類，是否能援用至訴訟上做為被告或嫌疑人對訴訟程序瞭解程度之心智鑑定，大有疑問。但若生活知能之鑑定上已被分類為智能障礙之人，極有可能亦無法瞭解比一般生活知能更需專業知識之刑事程序之進行意義，而呈現無就審能力之狀態。現行法律僅有可為此種被告或犯罪嫌疑人選任輔佐人之制度，亦即由輔佐人為其進程序，但被告或犯罪嫌疑人本身之訴訟權利能否經由輔佐人充分行使？輔佐人在訴訟上表達之意見是否確為被告或嫌疑人表達之意見？卻均無法確知。故實務上常見被告或嫌疑人在審判或偵查中，已明顯顯示對法官或檢察官（甚至司法警察）之問話無法針對問題回答，就如同本案案例之事實

一般，此時卻極少見法官或檢察官會細究被告目前對問話無法回答之狀態，為受精神狀態影響，或為規避罪責而故意答非所問，而將被告或犯罪嫌疑人則被告或嫌疑人送精神鑑定其就審能力，較仔細的法官或檢察官可能盡力為被告或犯罪嫌疑人尋找輔佐人到庭，並繼續完成相應的訴訟程序，急著結案的法官或檢察官則可能完全忽略被告或犯罪嫌疑人在庭之異常表現，而專就證據顯示之心證下終局判斷。但無論是選任輔佐人與否，實則對被告或犯罪嫌疑人的就審之權利卻無周全之保護，目前實務上實施之作法僅為方便法官或檢察官結案而已，對判斷被告或犯罪嫌疑人的就審能力或在預防被告或犯罪嫌疑人再犯之目的上，均付之闕如。但參酌上開美國法的規定，其不僅將就審能力與有能力之鑑

#### 5. 智能障礙之鑑定分級如下：

殘障級數	障礙程度	備註
極重度	智商未達該智力測驗的平均值以下五個標準差，或成年心理年齡未滿三歲，無自我照顧能力，亦無自謀生活能力，須賴人長期養護的重度智能不足者。	
重度	智商界於該智力測驗的平均值以下四個標準差至五個標準差（含）之間，或成年後心理年齡在三歲以上至未滿六歲之間，無法獨立自我照顧，亦無自謀生活能力，須賴人長期養護的重度智能不足者。	
中度	智商界於該智力測驗的平均值以下三個標準差至四個標準差（含）之間，或成年後心理年齡介於六歲至未滿九歲之間，於他人監護指導下僅可部份自理簡單生活，於他人庇護下可從事非技術性的工作，但無獨立自謀生活能力的中度智能不足者。	
輕度	智商界於該智力測驗的平均值以下二個標準差至三個標準差（含）之間，或成年後心理年齡介於九歲至未滿十二歲之間，在特殊教育下可部份立自理生活，及從事半技術性或簡單技術性工作的輕度智能不足者。	

註：智商鑑定若採用魏氏兒童或成人智力測驗時，智商範圍極重度為二十四以下，重度為二十五至三十九，中度為四十至五十四，輕度為五十五至六十九。智商鑑定若採用比西智力量表時，智力範圍極重度為九十以下，重度為二十至三十五，中度為三十六至五十一，輕度為五十二至六十七。若無法施測智力測驗時，可參考兒童發展適應行為量表評估。摘自 <http://residence.educities.edu.tw/taiping/study.htm>





定分開，且均認有送鑑定之必要，而依鑑定結果決定對被告繼續進審判或強制入院治療，目的除保障被告之訴訟權外，亦著重被告之精神疾病可否治療以致對社會或其他人不再繼續構成危險。美國法之立法例精神實則較能兼顧保障被告權益與維護社會安全之目的，故本文建議我國宜參考美國法相關規定予以修法，將被告就審能力之鑑定與相應程序增修入刑事訴訟法，始能完整保障被告或嫌疑人在刑事訴訟上以自己意志行使訴訟上權利之可能。

## （二）證據資料有無證據能力應在準備程序確定，以確認審理程序調查證據之範圍

### 【案例】

被告甲因販賣第二級毒品安非他命給乙、丙，偵查中，檢察官傳訊乙、丙，兩人經具結後證述甲販賣毒品之詳細時、地與過程，並與乙、丙在警詢中所述之情節相符。案經起訴至法院後，被告甲之辯護人在準備程序中陳報辯護狀表示，乙、丙在警詢中及檢察官偵訊中之供述應無證據能力，受命法官表示，乙、丙之警、偵訊供述有無證據能力，不會在準備程序中決定，而將由合議庭討論後在判決中表示。

### 【問題之提出】

檢辯雙方所提證據資料之證據能力有無，係在準備程序雙方攻防之重點，實質上影響受命法官決定在準備程序或審理程序中應調查之證據資料與範圍，例如審理程序時應傳訊哪些證人？訊問順序？訊問時間？待證事實？以上均會因為某證據資料有無證據能力而改變，則證據資料證據能力之認定時點，應定在何時較為妥適？

### 【討論】

#### 1. 我國刑事訴訟法及相關法律規定

（1）**刑事訴訟法第 159 條**規定：「被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，

除法律有規定者外，不得做為證據。」

**第 159 條之一**規定：「被告以外之人於審判中向法官所為之陳述，得為證據。被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據。」**第 159 條之二**規定：「被告以外之人於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，與審判中不符時，其先前之陳述具有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否有必要者，得為證據。」

#### （2）**法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 136 點**規定：

「法院為使審理程序集中化，應於審判期日前，先為種種之準備，以求審判之順暢、迅速。例如：處理刑訴法第 273 條第 1 項所定各款之事項，其中第一款有關起訴效力所及之範圍，目的在於釐清法院審判之範圍，並便於被告防禦權之行使，仍無礙於法院依刑訴法第 276 條規定對於案件起訴效力所為之判斷；第二款決定可否適用簡式審判程序或簡易程序時，應注意是否符合同法第 273 條之一第 1 項及第 449 第二項之要件；第四款有關證據能力之意見，由法院或受命法官處理之，如檢察官、被告（辯護人）兩造對某項證據無證據能力不予爭執，或經簡單釐清即可判斷無證據能力時，法院即得於準備程序認定該證據無證據能力，倘經法院（或受命法官）依本法之規定，認定無證據能力者，因該證據不得於審判期日主張之，故應於筆錄中明確記載，以杜爭議，惟如兩造對某項證據有無證據能力有所爭執，須進行實質上之調查始能認定有無證據能力者，因準備程序不進行實質性之調查，故應留待審判期日由法院調查認定之；第八款所謂其他與審判有關之事項，例如有

無同法第 302 條至第 304 條所定應為免訴、不受理或管轄錯誤判決之情形。另外如需調取證物、命為鑑定及通譯，或搜索、扣押及勘驗，或有必要之事項應請求該管機關報告，或應訊問之證人預料其不能於審判期日到場者，均不妨於審判期日前為之。此際，如需對被告或證人、鑑定人為訊問者，應注意依刑訴法第 171 條規定辦理。」

**同事項第 89 點**規定：「依刑訴法第 159 條之一規定，被告以外之人於審判外向法官所為之陳述，得為證據。被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，亦得為證據。故而，被告以外之人（含共同被告、共犯、證人、鑑定人、被害人）於法官面前依循法定程序所為之書面或言詞陳述，不論係於其他刑事案件之準備程序、審判期日或民事事件乃至其他訴訟程序之陳述，均得作為證據，法院就被告以外之人接受審訊時所製成之訊問、審判筆錄或陳述之錄音或錄影紀錄，在踐行刑訴法第 165 條或第 165 條之一所定調查程序後，得援為判決之基礎。另所謂不可信之情況，法院應審酌被告以外之人於陳述時之外在環境及情況，例如：陳述時之心理狀況、有無受到外力干擾等，以為判斷之依據，故係決定陳

述有無證據能力，而非決定陳述內容之證明力。」

**同事項第 90 點**規定：「依刑訴法第 159 條之二之規定，被告以外之人（含共同被告、共犯、證人、鑑定人、被害人等）於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，與審判中不符時，其先前之陳述具有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據。故被告以外之人於審判中之陳述與其先前在檢察事務官、司法警察（官）調查中所為陳述不符時，其先前陳述必須具備特別可信性及必要性兩項要件，始得作為證據。而所稱「具有可信之特別情況」係屬於證據能力之要件，法院應比較其前後陳述時之外在環境及情況，以判斷何者較為可信，例如：陳述時有無其他訴訟關係人在場，陳述時之心理狀況、有無受到強暴、脅迫、詐欺、利誘等外力之干擾。又法院在調查被告以外之人先前不一致陳述是否具有特別可信情況時，亦應注意保障被告詰問之權利，並予被告陳述意見之機會，倘採用先前不一致陳述為判決基礎時，並須將其理由載明，以昭公信。」

## 2. 美國刑事訴訟法及相關法律規定

### 美國聯邦證據法 (Federal Rules of Evidence) 第 104 條<sup>6</sup> (前提問題) 第 1

**6. Federal Rule of Evidence, Rule 104 (Preliminary Questions)** : (a) **In General.** The court must decide any preliminary question about whether a witness is qualified, a privilege exists, or evidence is admissible. In so deciding, the court is not bound by evidence rules, except those on privilege. (b) **Relevance That Depends on a Fact.** When the relevance of evidence depends on whether a fact exists, proof must be introduced sufficient to support a finding that the fact does exist. The court may admit the proposed evidence on the condition that the proof be introduced later. (c) **Conducting a Hearing So That the Jury Cannot Hear It.** The court must conduct any hearing on a preliminary question so that the jury cannot hear it if: (1) the hearing involves the admissibility of a confession; (2) a defendant in a criminal case is a witness and so requests; or (3) justice so requires. (d) **Cross-Examining a Defendant in a Criminal Case.** By testifying on a preliminary question, a defendant in a criminal case does not become subject to cross-examination on other issues in the case.

項（一般條款）規定：「法院必須針對證人是否適格、是否有專業人士因保密義務毋須作證情事及證據之證據能力等前提問題作出裁定。」第 2 項（關連性與事實相關時）規定：「當證據之證據能力與其關聯性有關，而其關連性又須仰賴一定事實之證明時，法院需調查該證據以決定其證據能力，但亦可以先容許該證據因具證據能力而進入審理程序，並在審理程序中再調查該證據是否具有關聯性之事實。」第 3 項（另舉辦聽證會使陪審團無法接觸該證據）規定：「若有下列情形，法院須舉行聽證會來決定上開前提問題以確保陪審團不會接觸上開證據：(1) 涉及被告自白之任意性；(2) 被告在刑事案件中也是證人身分時；(3) 實踐公平正義需要時。」第 4 項（交互詰問被告）規定：「被告因證明前提問題而以證人身分應訊時，對案件中其他待證事項之訊問不適用交互詰問。」

美國聯邦刑事程序法 (Federal Rules of Federal Procedure) 第二章、第三章、第四章都是規定法院準備程序 (Preliminary Proceedings) 應處理之事項，其中第四章的第 12 條第 2 項第 3 款<sup>7</sup> 規定（在準備程序中應提出之主張）包括：（1）起訴程序有瑕疵，（2）起訴之罪名或犯罪事實無法構成犯罪或法院無管轄權，（3）

證據無證據能力，（4）依第 14 條對合併起訴之數被告或數罪名主張應分離審判，

（5）依第 16 條主張應調查之證據。同條第 3 項<sup>8</sup> 規定（提出主張之期限）：「法院可以在開移審庭時或其後認為合理之時間內，設定一個最後期限讓雙方當事人提出準備程序的主張，並設定準備程序期日。」。同條第 4 項<sup>9</sup> 規定（法院對主張之裁定）：「法院必需在案件進入審判前對準備程序中提出之意見與主張予以裁定，除非有好的理由足以支持延後裁定。若延後裁定會影響當事人一方上訴的權利，則法院不能延後裁定。若程序上的裁定會涉及事實認定，法院應在裁定中交代所認定的事實。」

### 3. 我國司法實務見解

（1）最高法院 94 年度台上字第 7274 號裁判要旨：「刑事訴訟法第 273 條第 1 項第 4 款規定：法院得於第一次審判期日前行準備程序，處理有關證據能力之意見。其立法意旨在於證據能力有爭執時，允許法院先予調查，以節省勞費，避免耗費不必要之審判程序。至於調查與否，法院有自由斟酌之權。而有關證據能力之認定，本係法院之職權範圍，此觀同條第 2 項明定：「於前項第 4 款之情形，法院依本法之規

7. **Federal Rules of Criminal Procedure § 12 (Pleadings and Pretrial Motions) (b) (Pretrial Motions) (3) Motions That Must Be Made Before Trial.** The following must be raised before trial: (A) a motion alleging a defect in instituting the prosecution; (B) a motion alleging a defect in the indictment or information—but at any time while the case is pending, the court may hear a claim that the indictment or information fails to invoke the court's jurisdiction or to state an offense; (C) a motion to suppress evidence; (D) a Rule 14 motion to sever charges or defendants; and (E) a Rule 16 motion for discovery.
8. **Federal Rules of Criminal Procedure § 12 (Pleadings and pretrial motions) (c) MOTION DEADLINE.** The court may, at the arraignment or as soon afterward as practicable, set a deadline for the parties to make pretrial motions and may also schedule a motion hearing.
9. **Federal Rules of Criminal Procedure § 12 (Pleadings and pretrial motions) (d) RULING ON A MOTION.** The court must decide every pretrial motion before trial unless it finds good cause to defer a ruling. The court must not defer ruling on a pretrial motion if the deferral will adversely affect a party's right to appeal. When factual issues are involved in deciding a motion, the court must state its essential findings on the record.



定認定無證據能力者，該證據不得於審判期日主張之」。即可明瞭。

(2) 最高法院 95 年度台上字第 6675 號

**裁判要旨：**「刑事訴訟法第 156 條之一所稱得為證據之被告以外之人於審判外向法官所為之陳述，及於偵查中向檢察官所為之陳述，立法者係以被告以外之人（含共同被告、共犯、被害人、證人等）因其陳述係在法官面前為之，故不問係其他刑事案件之準備程序、審判期日或民事事件或其他訴訟程序之陳述，均係在任意陳述之信用性已受確定保障之情況下所為，因此該等審判外向法官所為之陳述，應得作為證據；另以刑事訴訟法規定檢察官代表國家偵查犯罪、實施公訴，依法有訊問被告、證人、鑑定人之權，且實務運作時，偵查中檢察官向被告以外之人所取得之陳述，原則上均能遵守法律規定，不致違法取供，其可信性甚高，為兼顧理論與實務，而對被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據。乃同法第 159 條第 1 項所謂得作為證據之「法律有規定者」之一，為有關證據能力之規定，係屬於證據容許性之範疇。而被告之反對詰問權，雖屬憲法第八條第一項規定「非由法院依法定程序不得審問處罰」之正當法律程序所保障之基本人權及第十六條所保障之基本訴訟權，不容任意剝奪。但詰問權係指訴訟上被告有在公判庭當面詰問證人，以求發現真實之權利，應認被告具有處分權，非不得由被告放棄對原供述人之反對詰問權。此與證據能力係指符合法律所規定之證據適格，而得成為證明犯罪事實存在與否之證據資格，性質上並非相同。被告得以詰問證人，以被告或其辯護

人在場為前提。上開得為證據之被告以外之人於審判外向法官所為之陳述及於偵查中向檢察官所為之陳述，就本案被告而言，事實上均難期有於另案法官審判外或檢察官偵查中行使反對詰問權之機會。從而，於事實審法院審判實務中，案內遇有此類未能賦予被告行使詰問權之供述證據，即應依刑事訴訟法第 273 條第 1 項第 5 款、第 8 款及第 171 條規定，於準備程序期日訊明、曉諭被告或其辯護人是否聲請傳喚該被告以外之人以踐行人證之調查程序，使被告或其辯護人針對該被告以外之人於審判外向法官及於偵查中向檢察官所為之陳述，有補足行使反對詰問權之機會。倘被告明示捨棄詰問者，應記明筆錄，以杜爭議。除有類如刑事訴訟法第 159 條之三所列各款之情形以外，均應傳喚該被告以外之陳述人到庭依法具結，給予被告或其辯護人詰問，或依同法第 163 條第 1 項、第 167 條之七規定為詢問之機會。此即刑事訴訟法第 196 條明定「證人已由法官合法訊問，且於訊問時予當事人詰問之機會，且陳述明確別無訊問必要者，不得再行傳喚」，以與傳聞法則之理論相符，並與第 159 條之一規定相呼應。故上開尚未經被告行使詰問權之被告以外之人於審判外向法官所為之陳述及於偵查中向檢察官所為之陳述，應屬未經完足調查之證據，非謂無證據能力，不容許作為證據。否則，如被告以外之人於本案審判中所為之陳述，與其先前在另案法官審判外或檢察官偵查中所為之陳述不符時，既謂後者無證據能力，依同法第 155 條第 2 項規定，即應悉數摒除不用，僅能採取其於本案審判中之陳述作為判斷之依據，按之現行刑事訴訟法關

於傳聞證據排除例外之規定，殊難謂為的論。於法院踐行詰問程序後，綜合該被告以外之人全部供述證據，斟酌卷內其他調查之證據資料，本於經驗法則及論理法則，作合理之比較而為取捨、判斷，此屬實質證據價值之自由判斷問題，要無所謂其證據價值自比審判外之陳述為高之可言。」

- (3) **臺灣高等法院暨所屬法院 92 年法律座談會法律問題**：合議審判案件，合議庭指定庭員甲法官為受命法官行準備程序。警察違法搜索而得之 A 證物，經當事人及辯護人表示意見後，受命法官認定無證據能力。於審判期日，合議庭依刑事訴訟法第 158 條之 4 審酌人權保障及公共利益之均衡維護，認該證據仍有證據能力，得否對該證據為實質調查並採為裁判之基礎？

**討論意見：甲說**：法院得於第一次審判期日前，行準備程序，處理有關證據能力之意見；法院依本法之規定認定無證據能力者，該證據不得於審判期日主張之，刑事訴訟法第 273 條第 1 項第 4 款及第 2 項定有明文。又行合議審判之案件，為準備審判起見，得以庭員一人為受命法官，於審判前行準備程序，以處理同法第 273 條第 1 項規定之事項；受命法官行準備程序，與法院或審判長有同一權限（同法第 121 條之裁定除外），同法第 279 條第 1 項、第 2 項亦有明定。按證據能力乃證據得否於審判期日為調查之前提基礎，故法院如依上開規定行準備程序，則某證據有無證據能力之問題自應於準備程序中先行認定之，一經認定無證據能力，該證據即確定不得於審判期日主張之，審判期日自不得就同一證據之證據能力重行審酌。又合議庭之受命法官處理證據能力之認定既與法院有同一權限，其認定即等同合議庭之認

定，合議庭不得於審判期日就同一證據有無證據能力再為審酌而為不同之認定。如此始能充分發揮準備程序之功能，使審判期日調查證據得以順利進行而無窒礙。為避免合議庭與受命法官關於證據能力認定之歧異，受命法官對證據能力之認定如有疑義，宜於準備程序由合議庭認定之。

**乙說**：關於某項證據有無證據能力之問題，於上訴審仍得重行審酌。故第一審法院受命法官於準備程序認定該項證據無證據能力後，合議庭於審判期日認為該證據應有證據能力之情形，若不許合議庭重行審酌，則可能成為當事人上訴之理由，似與訴訟經濟及使第一審成為訴訟重心之原則不相符合。又關於證據能力之認定係屬訴訟程序之裁定，依同法第 404 條之規定，固不得抗告，然此乃為避免因抗告曠時廢日有礙於訴訟之進行而設之規定，並非禁止原審法院對此等裁定重為審酌。且參諸同法第四百零八條第二項規定原審法院認為抗告有理由者，應更正其裁定之意旨，原審法院對其所為訴訟程序之裁定認有違法或不當之情事，亦應認得更正其裁定。綜此而論，本題如合議庭認 A 證物有證據能力，應可更正原受命法官之裁定而重為認定並採為證據。

**初步研討結果**：擬採乙說。

**審查意見**：採乙說。

(4) 研討結果：照審查意見通過。

#### 4. 討論與小結

某項證據之證據能力是否有瑕疵，首先實質上會影響該證據能否進入審理程序做為證明被告有罪或無罪之證據資料，也就是在後續的審判程序中能否使用該證據資料提示予證人、被告表示意見，甚至能否引用該證據資料做為詰問、詢問與辯論之基礎。其次會影響準備程序應決定之調查證據範圍、方法以及爭點之決定。例如



在本案中，證人乙、丙之警詢與偵訊筆錄遭被告及其辯護人認為無證據能力，理由為被告以外之人在審判外之陳述（傳聞證據法則）。但就算是適用傳聞證據法則，關於證人警詢與偵訊筆錄之證據能力也有不同之規定。依我國刑事訴訟法之規定，警詢筆錄除有特別可信之狀況，否則原則上無證據能力，而偵訊筆錄則不同，需指明有何特別不可信之情況，否則原則上具有證據能力。故被告或辯護人在對證人乙、丙之偵查中供述之證據能力表示意見時，應區分警詢與偵訊兩種筆錄分別說明認為無證據能力之理由，而非可僅以為審判外陳述而排除。故若被告或其辯護人能明確指出乙、丙之警詢筆錄無特別可信之狀況而無證據能力時，審判長或受命法官應對此表示裁決之意見，譬如審判長或受命法官也認同被告及其辯護人之見解，而認為該兩份警詢筆錄沒有證據能力，接下來檢察官若任該兩份警詢筆錄對證明被告犯罪事實很重要，會針對該兩份警詢筆錄再行提出證據證明警詢筆錄之可信度，譬如聲請勘驗乙、丙警詢筆錄錄音或錄影內容，以資證明乙、丙受詢問時之任意性。反之如果審判長或受命法官不認同被告及其辯護人之見解，而裁決乙、丙之警詢筆錄有證據能力，則檢察官就無須繼續就該警詢筆錄出證。同樣的情形可以適用在乙、丙之偵訊筆錄，因偵訊筆錄是原則尚有證據能力，若被告及其辯護人否認其證據能力，需先說明提出證明該偵訊筆錄顯有不可信之情況為何，且此點即成為準備程序或審理程序應調查之事項，譬如可能需在準備程序勘驗偵訊錄影光碟以確認其是否有顯不可信之情況。又公訴檢察官也可能認為勘驗光碟曠日廢時，經過分析研判，認直接聲請傳訊乙、丙為證人，在審理程序中為詰問更能證明被告犯罪，則也可能不聲請勘驗光碟而逕行聲請傳喚證

人。但若審判長或受命法官認兩份偵訊筆錄均有證據能力，則檢察官可能不聲請傳喚乙、丙為證人並進行主詰問，若被告及其辯護人認為仍須實現其對質詰問權，可能會自行傳喚乙、丙，並為主詰問。

由上分析可知，審判長或受命法官對於某證據資料之證據能力有無之裁決，實際上會影響案件爭點之整理與決定準備期日或審理期日應行調查證據之內容、範圍與方法，故我國實務見解與美國相關法律規定均認為，關於證據資料證據能力之有無，應在準備程序中即行決定，以早日確定準備期日甚至審判期日應行調查與進行審理之範圍。我國現行實務上，許多審判長與受命法官對於早期決定證據資料證據能力之作法遲疑，無非是怕案件進行中出現新的證據資料或其他證據資料之變化，以致於原先認定之證據能力有所改變，故多表示會在判決理由中交代，卻不願在準備期日中確定。此舉僅會增加檢察官、被告及其辯護人確認舉證與攻防範圍之難度，增加終結準備程序之困難，以及無法使獨任庭或合議庭掌握案件進度之弊病，對促進訴訟經濟與當前刑事案件速審速結之需求背道而馳。故管見以為司法院應將對證據資料證據能力之裁定規定增列在法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項，甚或應修訂進刑事訴訟法，以使法院法官以及案件當日人均有明確可遵循之規則。

美國聯邦證據法與刑事訴訟程序法亦相當著重準備程序之功能，認為訴訟經濟之基礎與審理程序之有效性奠基於準備程序，因此兩法多所規定在準備程序當事人雙方應提出之主張、提出主張之時間限制及法院對該提出之主張應裁定之時間，若逾期提出，產生失權效果。而證據資料之證據能力，除另外仰賴其他事實證據之調查，即為應在準備程序決定之事項，以使當事人雙方及法院甚至陪審團在進入審理

程序後，均僅能接觸到有證據能力之資料，除有促進訴訟經濟之效果外，也有避免形成有偏見的判決的效果，實質可採，建議我國未來修正刑事訴訟法時，亦可參酌此立法例，強化準備程序之功能，俾便促進訴訟經濟與審判公平。

### (三) 所謂的敵性證人 (hostile witness) 應由誰傳喚並主詰問？

#### 【案例】

告訴人甲對被告乙提出性侵害告訴，甲指述乙在公車上趁甲不注意之際，趁機貼近甲，並用手撫摸甲之臀部方式對甲為性侵害行為。經檢察官偵查起訴後，準備程序中被告及其辯護人對甲偵查中之供述之證據能力不爭執，但要求傳喚甲為證人，以實現被告之對質詰問權。被告辯護人以甲為告訴人，自然會對被告及其辯護人有敵意而拒絕主詰問，要求應由檢察官傳訊並主詰問。

#### 【問題之提出】

我國刑事訴訟法規定證人在顯現敵性時可以為誘導訊問，否則應遵守主詰問之規定不得為誘導訊問。那麼所謂證人顯現敵性時之判斷時點，究竟應係在準備期日依據證人過去之陳述為準，還是以審判期日時證人於接受詰問時實際出現敵意為準？敵性證人應由何方傳喚？可否在證人於接受詰問前尚未出現敵意時即在主詰問為誘導訊問？

#### 【討論】

##### 1. 我國刑事訴訟法及相關法律規定

我國刑事訴訟法對所謂「敵性證人」並無明確定義性的規定，僅在**第 166 條之一第 3 項第 4 款**規定：「證人、鑑定人對詰問者顯示敵意或反感者。」認為係可以在主詰問誘導之情形。惟在此所謂的「顯示敵意或反感」的判斷時間是在主詰問時就特定問題依現場證人之反應或回答來判斷是否已產生敵意或反感？還是在聲請傳喚證人時，就可依證人在審判期日前所做之陳述或行為，或與被告或告訴人之關係，而判斷證人將來到庭時所為之陳述，應為對主詰問者容易顯示敵意或反感，而事先定性為敵性證人而傳喚？光就法條所規定之內容無法遽以認定。

##### 2. 美國刑事訴訟法及相關法律規定

**美國聯邦證據法** (Federal Rules of Evidence) **第 607 條**<sup>10</sup> (誰可彈劾證人) 規定：「當事人任何一方，包括傳訊證人的一方都可以攻擊證人的可信度。」**第 611 條第 3 項 (誘導性問題)** 規定：「主詰問時不能問誘導性問題，但通常法院應允許在反詰問或當證人被認為是敵性證人時問誘導性問題。<sup>11</sup>」

##### 3. 我國司法實務見解

(1) **最高法院 100 年度台上字第 3952 號裁判要旨**：「刑事訴訟法第 159 條之一第 2 項，乃有關被告以外之人於偵查中向檢察官所為陳述之證據能力規定，惟此種證據須於法院審判中經踐行含詰問程序在內之合法調查程序，始得作為判斷之依據；且於審判中法

10. **Federal Rule of Evidence, Rule 607 (Who May Impeach a Witness)** : Any party, including the party that called the witness, may attack the witness' s credibility.

11. **Federal Rule of Evidence, Rule 611(C) (Leading Questions)** : Leading questions should not be used on direct examination except as necessary to develop the witness' s testimony. Ordinarily, the court should allow leading questions: (1) on cross-examination; and (2) when a party calls a hostile witness, and adverse party, or a witness identifies with an adverse party.



院得依當事人聲請或依職權傳喚證人進行詰問程序，對被告之詰問權已有所規範及保障。此據 100 年 3 月 25 日司法院大法官第 1371 次會議議決不予受理案件第 24 案意旨指明，除重申司法院釋字第 582 號解釋理由揭示之證據法則外，另說明系爭規定所以不發生侵害被告之詰問權，在於審判中法院得依當事人聲請或依職權進行證人之詰問程序。鑒於在加強當事人進行主義色彩之刑事訴訟架構下，法院依職權調查證據係居於補充性、輔佐性之地位及因發見真實之必須而為，此項得為證據之證人偵查中之陳述，**如係檢察官所提出者，性質上當屬不利於被告之敵性證人，基於交互詰問制度設計之原理，除非被告已聲請傳喚該通常非屬友性之證人或明白捨棄反對詰問權，或被告出於任意性自白，與證人之證言一致，顯不具詰問之必要性者，否則控方之檢察官仍不能豁免其應負聲請法院傳喚該證人到庭使被告進行反詰問之義務；倘檢察官未盡其聲請之責，法院應曉諭檢察官為聲請**（刑事訴訟法第二百七十三條第一項第五款），如此方不悖乎當事人舉證先行之原則，並滿足嚴格證明法則下證據調查之要求。至於法院對此形式上不利被告之證據，則應限縮至檢察官客觀上不能聲請，或經曉諭後仍不為聲請，而於法院依刑事訴訟法第 163 條第 3 項規定，聽取當事人等陳述意見時，被告及辯護人不為反對者，始得依職權傳喚調查，以示公平法院之不存有任何主見，及彰顯法院依職權調查證據之輔助性質。」

#### 4. 討論與小結

我國刑事訴訟法關於證人性質之認定，似乎並無事前認定之機制，關於交互

詰問中主詰問不能問誘導問題的例外，也僅陳明若證人對詰問者顯示敵意時，可以問誘導性問題。若自文義解釋，證人對詰問者之敵性或友性與否，似以詰問當時證人對詰問問題所顯示之態度為斷，而非以證人在到庭接受詰問前係由何方聲請或證人之前之證詞顯示為敵性或友性為斷。此在實務運作上亦係如此，尤其在審理被告販毒之案件，在偵查中雖常見檢察官會請被告販毒的對象為證人，並由證人具結作證指認被告之方式來證明被告確有販毒行為。若依證人在偵查中之陳述，往往會認為該證人對檢察官而言應屬友性證人，而對被告而言應屬敵性證人。但因販毒所涉刑度太重，證人在偵查中作證後往往會受到來自被告或其辯護人之壓力，而產生雖於審判中出庭作證，但卻對偵查中言翻供，而以偵查中記憶不清或壓力太大或偵訊者不當誘導為由，否認偵查中之證述，此時該證人之屬性對進行主詰問之檢察官而言就變成敵性，依現行刑事訴訟法之規定，檢察官對該證人之詰問就可採用誘導之方式為之。故依我國刑事訴訟法規定與實務運作之現實情形而言，證人之友性敵性似乎無法事先區分，而應視證人到庭作證後針對個別問題之反應而定，使審判長能決定是否准許主詰問者以誘導問題進行主詰問。至於證人之前之陳述內容雖看來對主詰問者為敵性，但因證人到庭後決定如何陳述尚未可知，若事先允許主詰問者在主詰問程序以誘導問題詰問證人，難免有失公平，且主詰問者在證人到庭前並非禁止與證人聯絡，若主詰問者在事前與證人聯絡時，與證人達成某種共識，或已以其他方法污染證人，使該證人決定在審判中翻供，又因該證人過去之陳述對主詰問者已顯示敵性，若此時還允許主詰問者以誘導問題詰問證人，就完全違反詰問規則不准詰問者與證人套招，違反公平精神。



故本文認證人之友性或敵性應在詰問時始定性，並進而因應是否應允許主詰問者誘導訊問，始能兼顧公平並保障當事人之權益。

至我國上開實務見解認證人係依其先前陳述而應先定性為友性或敵性，且依其友性或敵性而決定應由何方傳訊，以滿足該方之舉證責任。承上所述，證人對檢察官或被告之屬性，會依其審理中之陳述而有所改變，故先定性友性或敵性而規定應由何方傳喚，顯不能因應證人可能翻異前詞之情形，而因此不能因案制宜決定詰問規則如何適用，失去彈性，尚可能影響案件結果。所以證人之敵性或友性定性之意義應僅限於決定詰問規則之適用，而不應擴張適用到決定檢察官或被告應如何出證及其舉證責任的問題。因檢察官起訴後，卷證併送法院，準備程序中，被告與檢察官會就雙方提出之證據資料之證據能力做出主張，若被告對檢察官所提出之證據之證據能力無意見，則檢察官所提出之證據資料，包括證人於偵查中之陳述均為有效可證明被告犯罪之資料，檢察官舉證義務已明，不因檢察官決定是否在審判中傳訊偵查中已具結作證之證人而改變檢察官舉證義務之內容。若被告欲對該證人行使對質詰問權，被告可自行聲請傳喚該證人，進行對質詰問；被告亦可聲請法院傳喚該證人，以利對質詰問。無論上開何人聲請該證人到庭作證，亦不影響檢察官已舉證完畢之事實。除非法院在準備程序中裁定該證人過去在偵查中之陳述無證據能力，不能使用在審理程序，則檢察官證明被告犯罪之證據資料可能有所缺損，而會影響檢察官之舉證責任，在此情形下，檢察官才有考慮傳訊該證人到庭作證之必要。上開實務見解將檢察官之舉證責任與詰問規則之正確適用及證人定性之問題影響混為一談，實有謬誤。

## 二、審理程序

### (一) 共同被告分離審判與合併審判之程序不應同一期日進行

#### 【案例】

被告甲與被告乙被訴共同販賣第二級毒品甲基安非他命給丙，審判中甲否認上開犯行，但乙坦認上開犯行，檢察官因而聲請傳訊乙為證人，用以指證甲上開犯行。審理程序中，合議庭傳訊被告乙為證人，並當庭諭知分離審判程序，即今日進行之審理程序係以被告甲為被告，以被告乙為證人，並對以被告乙諭知證人權利義務，命乙具結。後待乙經訊問完畢後，審判長又當庭諭知合併審判程序，被告乙回復為被告身分，另對乙諭知被告權利義務，並接著進行審理程序，對被告甲、乙進行證據提示之程序。

#### 【問題之提出】

被告乙在同一審理期日，忽而為證人，忽而為被告，為證人時被諭知要據實陳述，為被告時又被諭知可以保持沈默，被告乙是否能完全瞭解目前所進行之程序對其訴訟上權利之影響？是否知悉需要據實陳述與可以保持沈默之事實範圍？分離審判程序與合併審判程序是否適合於同一審理期日進行？抑或至少應分別審理期日進行？分離審判程序是否需要將被分離的被告兩人分開不同審判庭，由不同審判長與法官進行審理程序？

#### 【討論】

##### 1. 我國刑事訴訟法及相關法律規定

刑事訴訟法第 287 條之 1 第一項規定：

「法院認為適當時，得依職權或一當事人或辯護人之聲請以裁定將共同被告之調查證據或辯論程序分離或合併。」同條第二項規定：「前項情形，因共同被告之利害相反，而有保護被告權利之必要者，應分離調查證據或辯論。」第 287 條之二規



定：「法院就被告本人之案件調查共同被告時，該共同被告準用有關人證之規定。」

## 2. 美國刑事訴訟法及相關法律規定

**美國聯邦刑事程序法第 13 條**<sup>12</sup>（**分離案件的合併審判**）規定：「若數被告或數犯罪行為得一起起訴，法院得以裁定命原分離審判的案件合併審判，就如同當初一起起訴的案件一般。」**第 14 條**<sup>13</sup>（**解除不公正的合併審判**）**第一項**規定：「若單一被告的合併犯罪行為或不同被告的犯罪行為合併審判顯示將對被告或檢察官產生不公正的結果時，法院得裁定將單一被告之數犯罪行為或數被告分離審判，或依實現公平正義之要求作出補救措施。」**第二項**規定：「在依被告之請求裁定分離審判前，法院得要求檢察官提供將提出於審理程序之被告供述證據，並進行僅有法官與檢察官、被告及其律師參加的私下審查程序 (in camera inspection)。」

## 3. 我國司法實務見解

### (1) 司法院大法官會議解釋釋字第 582

**號解釋文**：憲法第十六條保障人民之訴訟權，就刑事被告而言，包含其在訴訟上應享有充分之防禦權。刑事被告詰問證人之權利，即屬該等權利之一，且屬憲法第八條第一項規定「非由法院依法定程序不得審問處罰」之正當法律程序所保障之權利。為確保被告對證人之詰問權，證人於審判中，

應依法定程序，到場具結陳述，並接受被告之詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。刑事審判上之共同被告，係為訴訟經濟等原因，由檢察官或自訴人合併或追加起訴，或由法院合併審判所形成，其間各別被告及犯罪事實仍獨立存在。故共同被告對其他共同被告之案件而言，為被告以外之第三人，本質上屬於證人，自不能因案件合併關係而影響其他共同被告原享有之上開憲法上權利。最高法院 31 年上字第 2423 號及 46 年台上字第 419 號判例所稱共同被告不利於己之陳述得採為其他共同被告犯罪（事實認定）之證據一節，對其他共同被告案件之審判而言，未使該共同被告立於證人之地位而為陳述，逕以其依共同被告身分所為陳述採為不利於其他共同被告之證據，乃否定共同被告於其他共同被告案件之證人適格，排除人證之法定調查程序，與當時有效施行中之中華民國 24 年 1 月 1 日修正公布之刑事訴訟法第 273 條規定牴觸，並已不當剝奪其他共同被告對該實具證人適格之共同被告詰問之權利，核與首開憲法意旨不符。該二判例及其他相同意旨判例，與上開解釋意旨不符部分，應不再援用。刑事審判基於憲法正當法律程序原則，對於犯罪事

12. **Federal Rules of Criminal Procedure § 13 (Joint Trial of Separate Cases)** : The court may order that separate cases be tried together as though brought in a single indictment or information if all offenses and all defendants could have been joined in a single indictment or information.

13. **Federal Rules of Criminal Procedure § 14 (Relief from Prejudicial Joinder)** : (a) RELIEF. If the joinder of offenses or defendants in an indictment, an information, or a consolidation for trial appears to prejudice a defendant or the government, the court may order separate trials of counts, sever the defendants' trials, or provide any other relief that justice requires. (b) DEFENDANT'S STATEMENTS. Before ruling on a defendant's motion to sever, the court may order an attorney for the government to deliver to the court for in camera inspection any defendant's statement that the government intends to use as evidence.

實之認定，採證據裁判及自白任意性等原則。刑事訴訟法據以規定嚴格證明法則，必須具證據能力之證據，經合法調查，使法院形成該等證據已足證明被告犯罪之確信心證，始能判決被告有罪；為避免過分偏重自白，有害於真實發見及人權保障，並規定被告之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符。基於上開嚴格證明法則及對自白證明力之限制規定，所謂「其他必要之證據」，自亦須具備證據能力，經合法調查，且就其證明力之程度，非謂自白為主要證據，其證明力當然較為強大，其他必要之證據為次要或補充性之證據，證明力當然較為薄弱，而應依其他必要證據之質量，與自白相互印證，綜合判斷，足以確信自白犯罪事實之真實性，始足當之。最高法院30年上字第3038號、73年台上字第5638號及74年台覆字第10號三判例，旨在闡釋「其他必要之證據」之意涵、性質、證明範圍及程度，暨其與自白之相互關係，且強調該等證據須能擔保自白之真實性，俾自白之犯罪事實臻於確信無疑，核其及其他判例相同意旨部分，與前揭憲法意旨，尚無抵觸。

(2) **最高法院 94 年度台上字第 5941 號**

**裁判要旨：**（一）按 92 年 2 月 6 日修正公布，並於同年 9 月 1 日施行之刑事訴訟法在訴訟程序方面作了大幅度之修正，其重點即為涉及證據之傳聞法則、其例外、交互詰問運作方式與共同被告之調查證據或辯論程序之分離、調查共同被告時，證人程序之準用等重大變革。而立法者為因應此一變革，乃於刑事訴訟法施行法訂定第 7 條之三，以為已繫屬各級法院之刑

事案件，其審理跨越新舊刑事訴訟程序法領域時，應如何適用訴訟法之問題之過渡規定。該條明定：「中華民國 92 年 1 月 14 日修正通過之刑事訴訟法施行前，已繫屬於各級法院之案件，其以後之訴訟程序，應依修正刑事訴訟法終結之。但修正刑事訴訟法施行前依法定程序進行之訴訟程序，其效力不受影響」。所謂依法定程序進行之訴訟程序「效力不受影響」，其立法理由謂：「……但為避免程序之勞費，本諸舊程序用舊法，新程序始用新法之一般法則，各級法院於修正之刑事訴訟法施行前，已依法踐行之訴訟程序（包含相關證據法則之適用），其效力不受影響。故而，對於提起上訴之案件，於修正刑事訴訟法施行前，原審法院就可得為證據之證據，已依法定程序調查者，其效力亦不受影響，……」是該條所稱「依法定程序進行之訴訟程序」，當指各級法院審理已繫屬之案件適用修正前之訴訟程序而言，自不包含警詢及偵查中之調查程序在內。故修法前第一、二審法院於審判期日適用修正前之刑事訴訟法及其相關之證據法則而辯論終結之案件，經上訴於上級審法院後新法修正公布施行，依前揭第 7 條之三但書之規定，因原審法院適用修正前之訴訟程序其效力不受影響，則上級審法院不得以原審法院之判決違背新法之規定，而指摘其判決違背法令。又各級法院於審理案件時，新法修正公布施行，則本諸舊程序用舊法，新程序始用新法之一般法則，均應適用新法審理終結，在此情形，其中刑事訴訟法第 159 條至第 159 條之五所謂傳聞法則及其例外，當有其適用。故被告以外之人於審判外之言詞或書面陳



述，除法律有規定者外，不得作為證據，從而警詢或偵查中之筆錄雖作成於修法前，仍屬傳聞證據，並非依刑事訴訟法施行法第7條之三但書之規定，當然取得證據能力，仍應依刑事訴訟法第159條之一第二項、第159條之二、第159條之三、第159條之五之規定，以判斷其是否有證據能力。原判決認本件被害人警詢筆錄部分，因其製作時間均在87年間，依據刑事訴訟法施行法第7條之三之規定，具有證據能力云云，揆諸首揭說明，自屬違法。（二）按刑事審判上之共同被告，係為訴訟經濟等原因，由檢察官或自訴人合併或追加起訴，或由法院合併審判所形成，其間各別被告及犯罪事實仍獨立存在。故共同被告對於其他共同被告之案件而言，為被告以外之第三人，本質上屬於證人，為確保被告對證人之詰問權，證人於審判中，應依法定程序，到場具結陳述，並接受被告之詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。刑事訴訟法於92年2月6日經總統公布增訂第287條之二規定：「法院就被告本人之案件調查共同被告時，該共同被告準用有關人證之規定。」，並於同年9月1日施行。本件原審於94年5月18日審判時，對上訴人吳振銓等十人之案件調查其他共同被告即上訴人等人時，未依前開規定適用人證之調查程序，俾使共同被告即上訴人等十人立於證人之地位而為陳述，致有不當剝奪其等對於證人之正當詰問權，其所踐行之訴訟程序難謂適法。

- (3) **臺灣高等法院暨所屬法院 94 年法律座談會刑事類提案第 29 號法律問題：**修正刑事訴訟法第 287 條之 2「法院就被告本人之案件調查共同被告時，該

共同被告準用有關人證之規定。」之適用，是否以法院依第 287 條之 1 之規定以裁定將共同被告之證據調查程序分離為前提？

討論意見：**甲說：肯定說。**查刑事審判程序之被告，乃當事人之一造，有本於訴訟主體之地位而參與審判之權利，並有接受辯護人協助及保持緘默之權，且無自證己罪之義務。此項權利，屬憲法上所保障之人民訴訟基本權，不因係合併或追加起訴之共同被告，而加以剝奪。從而被告在同一審判程序中，性質上不能同時兼具證人之雙重身分；但合併審判之共同被告，其陳述如不利於其他共同被告，且利害相反時，倘以其未經彈劾之陳述，作為認定其他共同被告犯罪事實之證據，自亦侵害該其他共同被告之詰問權。故刑事訴訟法第 287 條之 1 第 2 項規定「因共同被告之利害相反，而有保護被告權利之必要者，應分離調查證據或辯論」，使分離程序後之共同被告立於證人之地位，準用有關人證之規定，具結陳述，並接受其他共同被告之詰問，以兼顧共同被告之上開訴訟基本權及其他共同被告對證人之詰問權，期無偏失。如合併審判中之共同被告，未經分離調查證據或辯論，逕以證人之地位，令其具結陳述，即顯然剝奪共同被告為訴訟主體之地位，抑且不當侵害其辯護權及緘默權，於共同被告間之權利保護，亦嫌失衡不週。以實務上之運作言之，刑事訴訟法第 288 條第 1 項、第 3 項規定，調查證據應於審判長告知被告同法第 95 條規定事項之程序完畢後行之；除簡式審判程序案件外，審判長就被告被訴事實為訊問者，應於調查證據程序之最後行之。在合併審判程序之情形，審判長告知各共同被告「得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述」，接續於調查被告本人之犯罪證據時，復令共同被告具結，於結文內記載

「當據實陳述，決無匿、飾、增、減」等語，對於不令具結者，亦「告以當據實陳述，決無匿、飾、增、減」。迨調查證據畢，審判長訊問其被訴事實時，該共同被告又「得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述」；於調查另一被告本人之犯罪證據時，再反覆實施被告、證人之調查證據程序及被訴事實之訊問，將導致各共同被告時空錯亂，角色混淆，尤有違一般國民對於程序正義之感情（最高法院 94 年度台上字第 1059 號判決參照）。

**乙說：否定說。**按察新修正刑事訴訟法第 287 條之 1、第 287 條之 2 之立法沿革，其原修正條文草案係規定「法院認為適當時，得依職權或當事人或辯護人之聲請，以裁定將調查證據或辯論程序分離或合併。前項情形，因被告防禦之利害相反，而有保護被告權利之必要者，應分離調查證據或辯論。」（第 287 條之 1）「前條情形，如法院以裁定將共同被告與被告本人之調查證據程序分離，而就被告本人之案件調查共同被告時，該共同被告具證人適格。」（第 287 條之 2）。惟上開修正條文草案在立法院司法委員會審查時，第 287 條之 2 修正為「法院就被告本人之案件調查共同被告時，該共同被告準用有關人證之規定。」此即立法通過之現行條文，其立法理由略謂：「法院就被告本人之案件調查共同被告時，該共同被告具證人適格，故應準用有關人證之規定。」故以立法本旨及文義解釋而言，只要法院就被告本人之案件調查共同被告時，該共同被告即具證人之適格，應準用人證之規定，不須由法院依第 287 條之 1 之規定，以裁定將共同被告之證據調查程序分離。本例應採否定說。

**初步研討結果：採甲說**（有臺灣高等法院、桃園地院、臺中地院、雲林地院共 4 所法院贊成）。

**審查意見：採乙說**（有臺南高分院、高雄高分院、花蓮高分院、臺北地院、士林地院、新竹地院、彰化地院、嘉義地院、臺南地院、屏東地院、花蓮地院、基隆地院、澎湖地院共 13 所法院）贊成）。至於甲說所引最高法院 94 年度台上字第 1059 號判決，觀其論述，似指共同被告之利害相反之情形。惟一般案件共同被告之利害相反者有之，利害一致者有之，無利害關係者有之。其中共同被告之利害相反，而有保護被告權利之必要者，固應裁定分離調查證據，但其餘情形，則未必有此必要，故刑事訴訟法第 287 條之 2 之適用，似不以法院依同法第 287 條之 1 以裁定將共同被告之證據調查程序分離為前提。

**研討結果：**（一）審查意見首行第 2 句至第 3 行首句，即「至於甲說所引最高法院……利害相反之情形。」刪除。（二）**照修正後審查意見通過。**

#### 4. 討論與小結

我國刑事訴訟法與實務見解關於合併與分離審判之制度設計，較著重於共同被告互相指證之證述合法性與證據能力之問題，但在美國聯邦刑事程序法的制度設計，則不在共同被告取供的問題，而重點在於合併或分離的程序對被告或檢察官有無可能產生不公平的結果，注意在美國法的規定裡，程序正義對檢察官也是重要的，因為檢察官代表的國家也是訴訟程序上當事人之一方，所謂程序的公正就必須考量到所有的當事人之權益。

在我國法上，因為只著重在共同被告取供的問題，所以取得合法供述是重點，當事人（包括共同被告或檢察官）則成為如何取得合法供述之客體。因此在程序上，就設計出所謂分離審判，意思是共同被告在單一審判程序中轉為證人恐有瑕疵，故當分離審判後，理論上共同被告兩人就分別立於不同審判程序，所以共同被



告一人在其自己的審判程序中仍為被告，受被告權利義務之保障，但在他人的審判程序中則可以傳喚為證人，然後依證人之權利義務具結證述。但我國此種分離制度的設計僅有形式上的分離，或者說虛擬的分離，因為實務操作上並沒有真的另立案號，沒有另定審理期日重新諭知權利，沒有讓分離審判的被告完全瞭解所謂分離審判之意義，也沒有讓分離審判之被告重新考慮是否分別選任辯護人，更甚者，常常在同一審理期日庭期就諭知分離審判，共同被告在虛擬程序中成為證人，然後等共同被告結證完畢後，法院完成取供的目的，又在同一審理期日宣布審判程序合併，實際上共同被告兩人仍在同一實際的審判程序，被訴犯罪事實沒變，審判者沒變，所以可見審判者的心證也不會改變。這樣的分離或合併對共同被告的權益到底有無負面的影響？共同被告如果只是程序設計的客體，那分離或合併的意義何在？

美國法上的分離審判制度，因為考量重點在於繼續合併審理對被告或檢察官可能產生的不公平，所以一旦由法官宣告分離審判後，共同被告就完全分開在不同程序，會另分案號，另行由其他審判者排定審理庭期處理，可能尚須選任不同的陪審團，所以是程序上徹底的分離。如果原來的審理程序中需要已經被分離審判的被告作證人來陳述，會另定期日傳喚已被分離審判的被告以證人身分在原來審理的案件中具結證述。在這種設計下，已被分離審判的被告可以明確了解自己在審判程序中之身分以及相應的權利義務，管見以為對該被告而言，較能貫徹程序保障。

我國制度設計雖與美國不同，但在貫徹保障共同被告的權益上應無二致，故建議對共同被告之分離與合併審判程序，雖不一定要考慮美國法上完全分開案號與程序處理之方式，但至少應把分離審判與合

併審判的期日分開，譬如本次庭期係處理共同被告分離審判後其中一人作證的程序，下次庭期再諭知合併審判，至少讓成為證人的共同被告有機會諮詢其辯護人，且明確瞭解分離與合併審判對其權益可能之影響，始可能兼顧保障共同被告權益，防止審判不公，及合法取得共同被告證述之多重目的。

## （二）交互詰問程序中法官之詢問是否應受詰問規則之約束？

### 【案例】

證人甲為性侵害案件被害人，經檢察官傳訊於審判期日到庭作證，被告辯護人於反詰問時訊問證人甲過去之性經驗，經檢察官提出異議，理由為違反性侵害防治法之規定，為不得詰問性侵害被害人之問題，且與本案無關，經審判長裁定異議成立，並諭知證人甲毋庸回答此問題。未料，交互詰問結束後，審判長詢問證人甲時，卻提出與被告辯護人相同之問題，要求證人甲回答過去之性經驗。

### 【問題之提出】

審判長或組成合議庭的受命法官與陪席法官，對於審理程序傳喚的證人進行詢問時，是否應受或得受刑事訴訟法詰問規則之規範，始符合整個詰問程序設計詰問規則之目的？若審判長、受命法官或陪席法官之詢問違反詰問規則時，檢察官、被告或其辯護人可否提出異議？審判長對此異議應如何處理？

### 【討論】

#### 1. 我國刑事訴訟法及相關法律規定

刑事訴訟法第166條第1項規定：「當事人、代理人、辯護人及輔佐人聲請傳喚之證人、鑑定人，於審判長為人別訊問後，由當事人、代理人或辯護人直接詰問之。被告如無辯護人，而不欲行詰問時，審判長仍應予詢問證人、鑑定人之適當機會。」

同條第 4 項規定：「證人、鑑定人經當事人、代理人或辯護人詰問完畢後，審判長得為訊問。」第 166 條之 6 第 1 項規定：「法院依職權傳喚之證人或鑑定人，經審判長訊問後，當事人、代理人或辯護人得詰問之，其詰問之次序由審判長定之。」同條第 2 項規定：「證人、鑑定人經當事人、代理人或辯護人詰問後，審判長得續行訊問。」第 167 條規定：「當事人、代理人或辯護人詰問證人、鑑定人時，審判長除認其有不當者外，不得限制或禁止之。」第 167 條之 1 規定：「當事人、代理人或辯護人就證人、鑑定人之詰問及回答，得以違背法令或不當為由，聲明異議。」第 167 條之 2 第 1 項規定：「前條之異議，應就各個行為，立即以簡要理由為之。」同條第 2 項規定：「審判長對於前項異議，應立即處分。」同條第 3 項規定：「他造當事人、代理人或辯護人，得於審判長處分前，就該異議陳述意見。」第 167 條之 3 規定：「審判長認異議有遲誤時機、意圖延滯訴訟或其他不合法之情形者，應以處分駁回之。但遲誤時機所提出之異議事項與案情有重要關係者，不在此限。」第 167 條之 4 規定：「審判長認異議無理由者，應以處分駁回之。」第 167 條之 5 規定：「審判長認異議有理由者，應視其情形，立即分別為中止、撤回、撤銷、變更或其他必要之處分。」第 170 條規定：「參與合議審判之陪席法官，得於告知審判長後，訊問被告或準用第 166 條第 4 項及第 166 條之 6 第 2 項之規定，訊問證人、鑑定人。」第 171 條規定：「法院或受命法官於審判期日前為第 273

條第 1 項<sup>14</sup>或第 276 條<sup>15</sup>之訊問者，準用第 164 條至第 170 條之規定。」第 288 之 3 條第 1 項規定：「當事人、代理人、辯護人或輔佐人對審判長或受命法官有關證據調查或訴訟之處分不服者，除有特別規定外，得向法院聲明異議。」同條第 2 項規定：「法院應就前向異議裁定之。」

法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 99 點規定：「當事人、代理人（指被告或自訴人之代理人，不包含告訴人之代理人）、辯護人及輔佐人聲請傳喚之證人、鑑定人，於審判長為人別訊問後，由當事人、代理人或辯護人直接詰問之。但被告如無辯護人，而不欲行詰問時，審判長則應予詢問證人、鑑定人之適當機會，以保障被告之發問權。至於兩造詰問證人或鑑定人之次序係依刑訴法第一六六條第二項定之，其輪序如下：（一）主詰問。（二）反詰問。（三）覆主詰問。（四）覆反詰問。審判長行使訴訟指揮權時應予注意。如同一被告、自訴人有二以上代理人、辯護人（含同一被告兼有代理人及辯護人之情形）時，該被告、自訴人之代理人、辯護人對同一證人、鑑定人之詰問，應推由其中一人代表為之，非經審判長許可，不得由數代理人或數辯護人為詰問。（刑訴法第一六六條）證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護。而法院於個案權衡時，允宜斟酌（一）違背法定程序之情節。（二）違背法定程序時之主觀意圖。（三）侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重。（四）犯罪所生之危險或實害。（五）禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果。（六）

14. 第 273 條第 1 項規定：「法院得於第一次審判期日前，傳喚被告或其代理人，並通知檢察官、辯護人、輔佐人到庭，行準備程序，為下列各款事項之處理：二、訊問被告、代理人及辯護人對檢察官起訴事實是否為認罪之答辯，及決定可否適用簡式審判程序或簡易程序。」
15. 第 276 條規定：「法院預料證人不能於審判期日到場者，得於審判期日前訊問之。」



偵審人員如依法定程序有無發現該證據之必然性及（七）證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度等各種情形，以為認定證據能力有無之標準。」**第 101 點規定**：「反詰問應就主詰問所顯現之事項及其相關事項或為辯明證人、鑑定人記憶及陳述之正確性，或證人、鑑定人之憑信性所必要之事項行之。行反詰問於必要時，雖得為誘導詰問。但審判長認為有影響真實發見之虞，或為避免證人、鑑定人遭致羞辱或難堪，例如：證人、鑑定人於反詰問之回答或陳述明顯與詰問者配合而有串證之虞，抑證人為兒童或性侵害之被害人者，恐兒童之理解問題能力不足或性侵害被害人有遭受羞辱之情形時，仍得予以限制或禁止。又行反詰問時，如審判長認為適當者，可准許當事人、代理人或辯護人就支持其主張之新事項進行詰問，該新事項視為主詰問。」**第 104 點規定**：「法院依職權傳喚證人、鑑定人時，該證人、鑑定人具有何種經驗、知識，所欲證明者為何項待證事實，因以審判長最為明瞭，故應由審判長先為訊問，此時之訊問相當於主詰問之性質，而當事人、代理人及辯護人於審判長訊問後，接續詰問之，其性質則相當於反詰問。至於當事人、代理人及辯護人間之詰問次序，則由審判長本其訴訟指揮，依職權定之。而為發見真實，證人、鑑定人經當事人、代理人或辯護人詰問後，審判長仍得續行訊問。」**第 105 點規定**：「詰問證人、鑑定人及證人、鑑定人之回答，均應就個別問題具體為之。審判長於詰問程序進行時，尤須妥適行使訴訟指揮權及法庭秩序維持權，以限制或禁止不當之詰問。下列之詰問，即屬不當之詰問。但第五款至第八款之情形，於有正當理由時，例如為發見真實所必要，則不在此限：（一）與本案及因詰問所顯現之事項無關者。（二）以恫嚇、侮辱、利

誘、詐欺或其他不正之方法者。（三）抽象不明確之詰問。（四）為不合法之誘導者。（五）對假設性事項或無證據支持之事實為之者。（六）同一造對同一證人、鑑定人為重覆之詰問。（七）要求證人陳述非基於實際經驗之個人意見或推測、評論者。（八）恐證言於證人或與其有第一百八十條第一項關係之人之名譽、信用或財產有重大損害者。（九）對證人未親身經歷事項或鑑定人未行鑑定事項為之者。（十）其他法令禁止者（例如：性侵害犯罪防治法第十四條規定：性侵害犯罪中之被告或其辯護人不得詰問或提出有關被害人與被告以外之人之性經驗證據。但法官或檢察官如認有必要，例如為探究被害人身上精液、血液之來源時，即不在此限。又為保障證人之生命、身體、自由、財產之安全，證人保護法及組織犯罪防制條例就特定案件之證人身分、住居所資料有應予以保密之特別規定，依法亦不能以此作為詰問之事項。另法官就涉及國家機密之案件，依國家機密保護法〈九十二年二月六日公布，施行日期由行政院定之〉第二十五條規定，對有洩漏國家機密之虞者，亦得限制或拒絕對質或詰問。」**第 106 點規定**：「詰問為當事人、代理人及辯護人之權利，原則上不得予以限制或禁止。但為避免不必要及不當之詰問，致使訴訟程序遲滯、浪費法庭時間，甚而侵擾證人、鑑定人，審判長仍得依職權適當限制或禁止詰問之方式及時間。」**第 107 點規定**：「當事人、代理人或辯護人就證人、鑑定人之詰問及回答，得以違背法令或不當為由，依刑訴法第一六七之一之規定聲明異議。惟其應即就各個行為，以簡要理由為之，例如：「審判長，對造之誘導詰問不合法，請制止。」審判長對於聲明異議，應立即處分，不得無故遲延，並應於處分前，先命行詰問之人或受詰問之



證人、鑑定人停止詰問或陳述，再命被異議一方之當事人、代理人或辯護人就該異議陳述意見，以維法庭秩序。」**第 108 點**規定：「審判長認聲明異議有遲誤時機、意圖延滯訴訟或其他不合法之情形，例如：未附理由之聲明異議，應以處分駁回之。但遲誤時機所提出之聲請事項若與案情有重要關係，為認定事實或適用法律之重要基礎者，則不在此限。」**第 109 點**規定：「審判長認聲明異議無理由者，應即處分駁回之。」**第 110 點**規定：「審判長認為聲明異議有理由者，應視其情形，立即為中止、撤回、撤銷、變更或其他必要之處分，例如：（一）禁止詰問人對同一事項繼續詰問。（二）命詰問人修正詰問之方式。（三）請證人、鑑定人停止陳述或修正回答之方式。（四）勸諭證人、鑑定人回答問題，必要時得重述詰問者所提問題，直接詰問證人或鑑定人。（五）依職權或聲請命書記官將不當詰問之情形及處理方式記載於筆錄。（六）其他為維持公平審判或法庭秩序所得為之處理。」**第 111 點**規定：「當事人、代理人及辯護人對於審判長有關詰問聲明異議之處分，不得聲明不服，如其聲明不服，法院應即以裁定駁回之。」**第 112 點**規定：「當事人、辯護人、代理人或輔佐人得於調查證據時，詢問證人、鑑定人及被告。前述詢答如有不當之情形，審判長應依職權或依他造當事人、代理人或辯護人之聲明異議予以限制、禁止，或為其他必要之處分，其處理方式準用刑訴法第一六六條之七第二項、第一六七至第一六七條之六之規定。」**第 142 點**規定：「刑訴法第二八八之三所

定當事人、代理人、辯護人或輔佐人之聲明異議，其對象包括審判長或受命法官有關「證據調查」及「訴訟指揮」之處分，且此之「處分」，包含積極之行為及消極之不作為在內，但僅以該處分「不法」為限，不包括「不當」之處分。如審判長或受命法官怠於調查證據或維持訴訟秩序，而有違法情事時，當事人、代理人、辯護人或輔佐人即得向法院聲明異議。」

## 2. 美國刑事訴訟法與相關法律規定

美國聯邦證據法第 611 條（詰問證人的方式及法院命令與證據出示）第 1 項<sup>16</sup>（由法院控制的目的）規定：「法院應對詰問證人的方式與出示證據的方法有合理的控制，以致能（1）使訴訟程序有效進行並發現真實，（2）避免浪費時間，（3）保護證人免於騷擾或不必要的困窘。」

## 3. 我國司法實務見解

「92 年公訴檢察官實務研討會」法律問題提案 第 34 號：

法律問題：證人、被告閃躲檢察官追問，法官竟代證人、被告回答，應如何處理？

應論意見：一、詰（詢）問過程中，公訴檢察官追問敵性證人或被告時，證人、被告或因心虛或有所顧忌，遲未回答或未針對問題回答，偶遇少部分法官竟代證人或被告回答，或以不當誘導方式誘導證人、被告回答，致公訴檢察官難以拆穿證人或被告說謊，嚴重影響公訴檢察官藉詰（詢）問彈劾證人、被告，檢視證人證詞或被告供述可信度之功能。二、目前刑事訴訟法及司法院頒刑

16. Federal Rules of Evidence §611 (Mode and Order of Examining Witness and Presenting Evidence) (a) (Control by the Court; Purposes) The court should exercise reasonable control over the mode and order of examining witnesses and presenting evidence so as to (1) make those procedures effective for determining the truth; (2) avoid wasting time; and (3) protect witness from harassment of undue embarrassment.



事審判實施詢問及詰問參考要點，僅規定審判長就當事人，辯護人不當詰問之處理方式，並未就法官不當誘導之情形規定其處理方法。惟此即屬證據調查及訴訟指揮之一部分新修正之刑事訴訟法第 288 之三已規定對法官有關證據調查或訴訟指揮之處分不服者，得向法院聲明異議，新法施行後，可依法聲明異議，新法實施前，應仍可向法院異議其行為之不當，促其改善並請求記明於筆錄，做為上訴之依據。

#### 4. 討論與小結

從我國刑事訴訟法及相關法律之規定可知，詰問規則是約束檢辯當事人雙方對人的證據方法的檢視，而裁決檢視方法合法或適當與否之人就是審判長。換言之，檢辯雙方在詰問的場域中是扮演球員的角色，而審判長是裁判，審判長來判斷球員打球的動作有沒有違背規則，球的打法有沒有得分或扣分。這個意旨與美國聯邦證據法規定之意旨相同，上開美國聯邦證據法之規定也是由審判長來控制整個證人詰問的流程。如果審判長定義為程序主導者，有訴訟指揮權，是相當於裁判的角色，可以決定球員行為的對錯，那麼審判長是否就該堅守裁判的角色而不應該自己下場打球？

在美國的刑事審判程序中，法官自己身為程序指揮者，是鮮少自己發問的，除非是針對檢辯雙方的詰問問題不清楚予以釐清，或者制止檢辯雙方、證人或他相關人士在法庭上不當之行為，始有法官發言的機會，所以在美國審判實務上較不容易有法官自己詰問證人應適用何規則之困境。

但在我國過去長年之刑事審判實務，在未引進改良式當事人進行主義之前，法官（審判長）就是程序的主導者，也是程序的進行者，審判程序如何進行全賴法官

如何設計規劃，也因沒有詰問規則制度之適用，法官（審判長）對證人之訊問也全無限制，常常都是等法官（審判長）自己問完證人後，才由檢察官或辯護人補充訊問證人，所以整個審判程序充滿職權色彩。也可能因此習慣，在我國引進改良式當事人進行主義後，法官（審判長）還無法完全接受自己僅能居於裁判者之角色，而常常自己以職權之心態對漲人進行詢問。且因詰問規則之設計本來就再約束檢辯雙方當事人，而不在約束應為程序裁判者之法官（審判長），因之當法官（審判長）之詢問違反詰問規則時，反使檢辯雙方當事人陷於無法異議之困境。

遍查我國實務見解尚未就此問題做出討論，唯一較相關者為上開公訴檢察官實務研討會之法律問題，但此法律問題也並非針對法官（審判長）違反詰問規則而討論，但討論的行為態樣相似，也是法官忘記自己身為程序裁判者之角色，而跳入詰問程序中代替證人回答，法官（審判長）此舉無違反問規則，因此不能用詰問規則之異議來處理。故公訴檢察官會議討論結果，想以刑事訴訟法第 288 條之三之聲明異議來解套。但 288 條之三異議的對象是法官（審判長）對證據調查或訴訟指揮之「處分」，並不是法官（審判長）對證據調查之「方法」，而且法官（審判長）對 288 條之三的異議還有做出裁定的義務，所以是否可以適用或準用該條對法官（審判長）違反詰問規則之詢問（即證據調查方法）提出異議，管見認為尚有疑問。

管見以為較好之作法，是必須提升法官（審判長）對自己身為審判程序之指揮者與裁判者之地位有所警覺，雖我國兼顧法官（審判長）在舊有刑事訴訟程序中職權進行之功能，以達到發現真實之目的，但法官（審判長）在改良式當事人進行主義系統下之詰問制度中，應尊重詰問制度

設計之用意，而不應成為制度的破壞者，故如本案例所示，性侵害案件被害人之性經驗既然是法律規定不能在交互詰問中提出之問題，法官（審判長）也應遵守同樣的法律，不能拿職權進行的大轟輕率行破壞法律規定的行為。故管見以為法官（審判長）亦應遵守交互詰問規則及與詰問規則關法律（如性侵害防治法）之規定，始能貫徹交互詰問之精神。至於若真有法官（審判長）違反詰問規則之處理，管見以為無法適用詰問規則與刑事訴訟法其他的異議規定，僅能記明筆錄做為上訴之理由，始為適法。

## 參、公訴檢察官的代理蒞庭制度

### 【案例】

甲檢察官因參加職務上訓練請公假三日，主任檢察官即於甲檢察官受訓當週前一週指派乙檢察官為甲檢察官之代理人，並由乙檢察官為甲檢察官承擔公訴蒞庭工作。

### 【問題之提出】

公訴檢察官之蒞庭，既因刑事訴訟法之修正改為實質蒞庭，公訴檢察官需實際閱卷，研究案件，並擬定公訴訴訟策略，並進行審判中之詰問程序之，勢必必須對卷證資料有一定之熟悉度，且需掌握公訴案件在審理中之進度與變化，始能勝任公訴檢察官實質蒞庭之角色。今公訴檢察官若因請假未能在法院排定之期日到庭，依現行代理制度，勢必將指派另一位公訴檢察官蒞庭，但此指派往往過於臨時，代理的公訴檢察官是否有充分時間閱卷以掌握案件進度，做出對案件最有利之判斷與貢獻，實屬可疑。公訴檢察官身為案件當事人之一方，代表國家出現在訴訟程序中，當事人一方缺席時，可否任由代理人出席進行實質之審判程序？在此公訴檢察官對特定案件是否具有專屬性？若程序上之當事人解釋為國家而非特定之公訴檢察官，則要求公訴檢察官實質蒞庭是否可真正

執行？

### 【討論】

#### 1. 我國刑事訴訟法及相關法律規定

我國刑事訴訟法關於檢察官實行公訴蒞庭之義務僅有在**刑事訴訟法第3條**規定：「本法稱當事人者，謂檢察官、自訴人及被告。」，即定調刑事訴訟程序中對立的兩造不是檢察官與被告就是自訴人與被告。另**同法第163條第1項**規定：「當事人、辯護人、代理人或輔佐人得聲請調查證據。」，**同法第273條第1項**規定：「法院得於第一次審判期日前，傳喚被告或其代理人。並通知檢察官、辯護人、輔佐人到庭，行準備程序，為下列各款事項之處理：（各款事項略，但包括案件及證據之爭點整理、證據能力之意見、調查證據之範圍、次序、方法等）。」**同法第271條**規定：「審判期日，應傳喚被告或其代理人，並通知檢察官、辯護人、輔佐人。」**同法第288條之一**規定：「審判長每調查一證據畢，應詢問當事人有無意見。」**同法第288條之二**規定：「法院應予當事人、代理人、辯護人或輔佐人，以辯論證據證明力之適當機會。」**同法第288條之三**規定：「當事人、代理人、辯護人或輔佐人對於審判長或受命法官有關證據調查或訴訟指揮之處分不服者，除有特別規定外，得向法院聲明異議。」**同法第289條**規定：「證據調查完畢後，應命依下列次序就事實及法律分別辯論之：一檢察官。二被告。三辯護人。」**同法第455條之二第1項**規定：「除所犯為死刑、無期徒刑、最輕本刑三年以上有期徒刑之罪或最高法院管轄第一審案件者外，案件經檢察官提起公訴或聲請簡易判決處刑，於第一審言詞辯論終結前或簡易判決處刑前，檢察官得於徵詢被害人之意見後，逕行或依被告或其代理人、辯護人之請求，經法院同意，就下列事項於審判外進行協商，經當事人雙方



合意且被告認罪者，由檢察官聲請法院改依協商程序而為判決：一、被告願受科刑之範圍或願意接受緩刑之宣告。二、被告向被害人道歉。三、被告支付相當數額之賠償金。四、被告向公庫或指定之公益團體、地方自治團體支付一定之金額。」**同條第2項**規定：「檢察官就前項第二款、第三款事項與被告協商，應得被害人之同意。」

## 2. 我國司法實務見解

### (1) 最高法院 100 年度台上字第 3693

**號裁判要旨：**除有刑事妥速審判法第八條之情形外，檢察官或自訴人對於第二審法院維持第一審所為無罪判決提起上訴之理由，必須以：一、判決所適用之法令牴觸憲法。二、判決違背司法院解釋。三、判決違背判例等事項為限，此觀民國 99 年 5 月 19 日公布、100 年 5 月 19 日施行之刑事妥速審判法第 9 條第一項之規定即明。稽之該規定之立法理由，無非以刑事訴訟法已改採改良式當事人進行主義，檢察官或自訴人對於起訴或自訴之案件，均應負實質之舉證責任。案件於第一審判決無罪，第二審法院仍維持第一審所為無罪判決，若仍允許檢察官或自訴人就無罪判決一再上訴，被告因此必須承受更多之焦慮及不安，有礙被告接受公正、合法、迅速審判之權，因此合理限制檢察官、自訴人之上訴權，使其等於上開情形下，提起上訴之理由必須以落實嚴格法律審之理由為限，可使檢察官、自訴人更積極落實實質舉證責任等旨；而所謂檢察官、自訴人之「舉證責任」，必須檢察官或自訴（代理）人親自出庭，以言詞說明有何等之證據足以證明被告有充足之犯罪嫌疑，並指出證明之方法，參與證據之調查及辯論，始得

謂已盡實質舉證責任；受理訴訟之法院則須依法定程序，就兩造當事人之攻防進行調查、辯論，方足以確定國家具體刑罰權之有無及其範圍。從而檢察官或自訴人有無就被告之犯罪事實盡實質之舉證責任，及第一審之無罪判決有無認事、用法之違誤，均須經法院實體審理，始足明瞭；倘第二審法院僅為形式審查，即認為上訴不合法，以判決駁回之，並未踐行傳喚、調查、辯論等實體審理之程序，自無從判斷第一審之無罪判決有無違誤，應否維持。是此所謂之「維持第一審所為無罪判決」，顯係指經第二審實體審理結果，認為第一審判決被告無罪，在認事用法上，並無不當，而駁回檢察官或自訴人在第二審之上訴者而言，不包括未經實體審理，逕以上訴程序不合法，而判決駁回上訴之情形。查本件檢察官係於刑事妥速審判法第 9 條施行後之 100 年 6 月 1 日對於第二審法院維持第一審所為無罪判決提起上訴，固有該規定之適用；但原審係以檢察官之上訴未敘述具體理由而自程序上駁回檢察官之第二審上訴，並非經由實體審理結果，認為第一審判決被告無罪，在認事用法上，尚無不當，而應予維持，按之上揭說明，本件自不符刑事妥速審判法第九條之規定。

### (2) 最高法院 98 年度台上字第 5662 號

**裁判要旨：**依刑事訴訟法第 163 條第一項之規定，法律僅賦予「當事人、辯護人、代理人或輔佐人」等有調查證據之聲請權。此之當事人，乃檢察官、自訴人及被告之謂；代理人則係指被告代理人或自訴代理人而言，此觀同法第 3 條、第 36 條、第 37 條等規定甚明。告訴人在刑事訴訟程序中，

並非當事人；92年2月6日公布修正刑事訴訟法，為配合第236條之一增訂「告訴，得委任代理人行之」規定，固增列第271條之一第一項「告訴人得於審判中委任代理人到場陳述意見。但法院認為必要時，得命本人到場」之規定。惟審判期日係以檢察官代表國家為控方當事人，有到庭實行公訴、聲請並參與調查證據之權責；告訴人委任代理人或其本人親自到場陳述意見（包括應為如何調查證據之意見），究止於公訴之輔助，僅為引發法院為其有利注意之參考資料。告訴人或其代理人於陳述意見時，如認有為如何調查證據之必要者，自應經由檢察官依刑事訴訟法第163條之一之規定，以書狀提出於法院，方符法制。告訴人或其代理人並無聲請調查證據之權，如其陳述之意見，僅屬個人之揣測或空泛之詞，在訴訟上已失卻參考價值，或於判決亦不足生影響者，縱未於判決內說明其不予採納之理由，究仍與判決理由不備之違法有別。又所陳調查證據之意見，倘依卷內資料判斷，尚無足以啟動法院應依職權調查證據之情事，即使法院未為調查，當亦無應於審判期日調查之證據而未予調查之違背法令可言。

### （3）最高法院 89 年度台上字第 6736 號

**裁判要旨：**上訴期間為十日，自送達判決後起算；對於檢察官之送達，應向承辦檢察官為之；承辦檢察官不在辦公處所時，向首席檢察官（現為檢察長）為之，刑事訴訟法第349條前段、第58條分別定有明文。又承辦檢察官依規定請假而由其他檢察官代理職務者，代理之檢察官於代理權限內，本有處理原承辦檢察官職掌事務之權責，將應受送達之判決書依法送達由

代理之檢察官收受，自與向承辦檢察官為送達無異，檢察官之上訴期間，應從代理之檢察官收受判決之翌日起算。

### 4、討論與小結

由上述法條相關規定可知，公訴檢察官實為審判程序中重要之當事人，其於我國實行改良式當事人進行主義之後，在法庭上扮演之角色加重，必須實質對案件之準備與審理負責，以求得有利之判決。且公訴檢察官非且有出庭之義務與權利，在準備程序中即必須對證據之證據能力、調查證據之範圍、次序、方法、是否與被告進行認罪協商等事項，均依案件發展之不同，為訴訟上策略之佈局與決策；在審判期日，公訴檢察官則需負責詰問證人與詢問被告，以求進一步發覺事實真相，而盡力完成檢察官之舉證責任。要妥善完成上述公訴檢察官之職責內容，不論案件難易、繁簡，均需詳細閱卷之後，始能大致對案件內容有所瞭解，許多犯罪事實繁複或被告人數眾多的案件，更需要花時間對案件進行整理與卷證分析，才能對舉證是否充分有所掌握。而隨著案件進行之變化程度，公訴檢察官隨時尚須注意被告及其辯護人所提出之答辯，並做適當之攻防，或需另行傳訊證人，或需進行任意偵查以取得其他證據來反正被告之答辯為虛偽，或需聲請法院調查其他有利之證據以補足檢方之舉證責任。凡此種種，均可想像並非一日暫時代理之公訴檢察官可以完全勝任。

由上開我國實務見解可知，目前實務見解中認可可請代理人出席審判程序之人為被告或自訴人，並非包括檢察官與被告辯護人。且審判實務操作上，若被告辯護人於某日庭期有事請假或不及閱卷準備，審判長（或受命法官）均會再次遷延期日來進行該次期日應進行之事項。在實務上



也從未見聞任何一位審判長或受命法官會在辯護人請假並請其他律師代理出席時，或辯護人主動表明無法進行實質程序時，予以苛責並勉強其進行實質程序。足見法院審判長或受命法官亦認為受被告委任之辯護人無替代性，即便由同事務所之律師代理也可能會有侵害被告辯護權行使之可能，因臨時之代理可以想見準備不週，無法實質進行程序。同樣的道理也應該適用在公訴檢察官身上。每位公訴檢察官對於自己承辦實際蒞庭之案件，均投入相當之心血來閱卷、分析、佈局與規劃，若因公訴檢察官偶爾之請假不克出庭，即可隨意由另一位公訴檢察官臨時代理對案件為實質進行，在可想而知的代理檢察官之倉促準備下，無論代理情況是發生在準備程序或審理程序，實際上都侵害了國家對被告之追訴權。所以遍尋我國實務見解，也未見法院支持公訴檢察官也可任意代理之意見，法院唯一認為公訴檢察官業務可以代理的部分為收受判決（詳見上開最高法院89年度台上字第6736號裁判要旨），因收受判決僅為啟動上訴期間開始計算之行為，實質上不會影響檢察官代表國家之追訴權，也不應因檢察官偶而不克到公而任意得以遷延或延長，影響被告上訴或不上訴之權利，故法院僅對此公訴檢察官之職權表明應有代理，且自代理人代表收受判決後就應起算上訴期間。管見對法院此種見解也予支持。

公訴檢察官之蒞庭職務既與偵查檢察官同，具有不可替代性，現行公訴檢察官代理蒞庭制度就應修改，不可在公訴制度已經改為實質的當事人進行主義之後，仍對公訴檢察官之角色與職責採取形式蒞庭主義之思維，錯誤認為公訴檢察官之工作具有可替代性而隨意安排代理對案件進行實質的主張。管見以為，若公訴檢察官可以在法院安排庭期前對下次庭期期日表示

意見，應主動讓法院瞭解下次預定之期日無法到庭，並敦促法院安排其他期日以利程序進行，就如同被告或被告辯護人在安排期日上與法院之互動一般。至於若公訴檢察官無法在法院安排期日前表示該日無法到庭，譬如臨時請事病假、公假等，該公訴檢察官所屬之檢察署故得安排代理公訴檢察官前往開庭，以免造成公訴檢察官未事先通知又無故不到庭之事實，但應讓代理之公訴檢察官與法官瞭解，此到庭僅為形式到庭，目的僅為瞭解此次庭期之進度，並表達公訴檢察官無法到庭尚須另定期日以進程序之意，此亦如同被告辯護人所得為之訴訟上權利。也就是實質上限制代理公訴檢察官得為之事項，以避免代理公訴檢察官因閱卷時間不足或對案件瞭解不深卻倉促上陣，而影響案件原有之品質與可能之結果。

## 肆、結論

公訴新制實行12年有餘，在制度設計上，與過去審判實務大相逕庭，因之對參與審判實務之法官、檢察官、被告、辯護人及其他相關人士都是新的挑戰。在這跌跌撞撞的實驗過程中，雖說是在錯誤中學習，但新制確實也對刑事訴訟程序的演化產生正面的效應。筆者身為公訴檢察官近五年，有幸在公訴新制一開始實施時即投入戰場，親身作戰，體會新制的震撼，又有幸另有機緣在睽違公訴八年後又重新回到公訴的戰場。前後比對參與公訴審判之經驗，實則法官、檢察官、辯護人都有成長與蛻變，但尚有一些基本的制度上問題需要釐清、探討，故在此不自量力，提出粗淺的看法，希望拋磚引玉，引發更有建設性的討論，以利制度後續之改進，俾便促進刑事訴訟程序之公平正義。

（作者為臺灣台北地方法院檢察署檢察官）