

# 從日本證據開示制度及實務檢討 臺灣證據開示制度草案\*

山本了宣\*\*



## 目次

- I 概要
- II 本文檢討順序
- III 日本證據開示的歷史
  - 1 二次大戰前之法制度
  - 2 二次大戰後修法及實務運用
  - 3 事實上否定證據開示的兩個最高法院決定
  - 4 公判前整理程序中證據開示制度的導入（2004年）
  - 5 小結
- IV 日本各程序階段證據之所在與開示程序之概要
  - 1 偵查階段
  - 2 第一審審判階段・檢察官聲請調查證據
  - 3 第二審・第三審
  - 4 確定判決後・再審
- V 公判前整理程序中證據開示制度之概要
  - 1 公判前整理程序的概要
  - 2 檢察官預定證明事實之提出・檢察官聲請調查證據之開示・「任意開示」・證據開示一覽表
  - 3 聲請類型證據開示

\* 本文由本刊編輯委員會決議邀稿、刊登。

\*\* 大阪辯護士會辯護士。

〔譯者：李怡修，日本一橋大學法律學研究所博士班〕

- 4 證據意見·預定主張·主張關連證據開示之聲請
- 5 聲請裁定
- 6 爭點整理·證據整理·期日之指定
- 7 審判

**VI 三階段證據開示制度的問題點**

- 1 具體的問題點
- 2 原理上的問題點

**VII 臺灣的三階段證據開示制度違反憲法**

- 1 正當法律程序及證據的提供
- 2 證據提供的範圍及時期
- 3 三階段證據開示制度的違憲性

**VIII 總結**

## 摘 要

日本在 2004 年之前，因為法律上沒有證據開示的相關規定，判例、實務上亦否認證據開示，訴追者獨占證據的時代持續了很長一段歲月。2004 年刑訴法修正，終於實現了有限的證據開示制度（三階段證據開示制度）。但是，這套三階段證據開示制度有諸多缺點。辯方無法得知有怎麼樣的證據，卻必須於請求時特定欲閱覽之證據。而最終能夠獲得的開示範圍，與臺灣現行制度相比，也只能達到臺灣閱卷範圍的一半到八成左右。整體來說，開示時期及防禦權著手時期延後，證據四處散落、所在不一，連帶也使得審判期日後退。另外對檢方來說，證據開示業務也是相當大的事務性負擔。在臺灣，相當於全面證據閱覽的制度本已穩定運用，證據湮滅的問題也不大發生，因此，完全沒有必要導入諸多缺點存在的三階段證據開示制度。更甚者，三階段開示制度的開示範圍狹隘、開示時期遲緩一事，可能違反臺灣憲法第 8 條、第 16 條，以及司法院釋字第 737 號、第 762 號解釋。臺灣若要導入起訴狀一本主義，那麼不可或缺地，必須一併導入全面證據開示制度。

**關鍵詞：**證據開示制度、卷證閱覽、大法官解釋、職權主義、當事人主義、訴訟構造、起訴狀一本主義

## I 概要

日本在2004年以前，法律上沒有證據開示的規定，判例也否定事實上的證據開示，因此，擔任訴追者的一方獨占了證據，這樣的時代持續了很長一段時間。2004年，刑事訴訟法修正後，才終於實現了有限度的證據開示制度，也就是三階段證據開示制度。

但是，三階段證據開示制度有許多缺點，不知道有哪些證據存在的被告及律師，必須在聲請時特定證據。能夠得到的開示範圍，以訴追者保管證據的整體有100來說，大概只能達到閱卷的50到80左右的程度。開示時期往後拖延，開始防禦的時間點因此推遲，證據因此失散，審判進行因此遲緩。對檢方來說，也增加了很多事務性的負擔。

相當於全面證據開示的臺灣閱卷方式，已經長年安定地運用，也沒有發生所謂湮滅證據的問題。在這樣的狀況下，完全沒有必要導入缺點甚多的三階段證據開示制度。甚至，三階段證據開示制度的開示範圍狹隘、開示時期遲緩等處，可能違反臺灣的憲法第8條、第16條，以及司法院釋字第737號及第762號解釋。臺灣若要導入起訴狀一本主義，不可或缺地必須一併導入全面一次性的證據開示制度。

## II 本文檢討順序

本文目的在於將日本的法制及實務狀況具體地介紹給臺灣讀者，並揭示臺灣法中證據開示考察之方法。首先將介紹日本證據開示的概況。敘述日本證據開示的歷史(第III部分)後，確認在哪個階段由哪個機關保管證據的同時，概論證據開示程序(第IV部分)。綜合以上討論後，申論日本證據開示制度的問題點(第VI部分)，最後檢討日本證據開示制度是否適合導入臺灣(第VII部分)。

## III 日本證據開示的歷史

### 【證據開示相關年表】

1922	大正刑事訴訟法成立(於法院檢閱·影印)
1945	二戰結束
1947	刑訴應急措施法成立
1948	現行刑事訴訟法成立
1959.12.26	1959年之法院裁定
1969.4.25	1969年之法院裁定
2004.5.28	刑訴法修正(公判前整理程序、導入類型·主張關連證據開示) 裁判員法成立
2005.11.1	修正後刑訴法開始施行
2009.5.21	裁判員法開始施行
2016.5.24	刑訴法修正(導入證據一覽表制度、擴大部分類型證據)
2016.12.1	證據一覽表制度開始施行

## 1 二次大戰前之法制度

二次世界大戰前的日本刑事訴訟法<sup>1</sup>，與現在的臺灣法十分相似。當時並沒有起訴狀一本主義，檢察官將案件紀錄卷證併送至法院。辯護人到法院閱覽全部證據、也可以影印書卷（當時刑訴法第44條）。

## 2 二次大戰後修法及實務運用

二次世界大戰結束後，1948年刑事訴訟法全面修正，並於第二年開始施行。

現行法導入了起訴狀一本主義。從此，偵查機關蒐集到的證據，就不被送到法院了（刑訴法第256條第6項）。因此，被告與辯護人若要使用檢方蒐集到的證據，就必須從檢方那邊直接取得。但是刑事訴訟法在2004年修法前，關於檢方保管證據的開示，沒有任何的規定。這就是「證據開示」問題的開端。

現行法施行後，辯護人到檢察署能夠閱覽到如卷證併送下之全卷證的實務習慣，據說的確存在。但是這樣的習慣，在1952年到1953年左右就漸漸消失了<sup>2</sup>。

## 3 事實上否定證據開示的兩個最高法院決定

如此，證據開示的問題結果變成法律解釋的問題了。最高法院關於證據開示，作了以下的判斷。

### （1）1959年裁定<sup>3</sup>

在該案件中，辯護人向檢察官要求供閱覽其保管之所有證據。並對法院主張，若不提供閱覽所有的卷證，將拒絕檢察官朗讀起訴狀（也就是拒絕程序進行）。

該案審判長命檢察官提供其保管之所有證據供辯護人閱覽，檢察官不服提起上訴（對審判長命令提起異議，審判長駁回異議因此檢方提起特別抗告），最高法院認可檢察官特別抗告，撤銷原審審判長之證據開示命令。最高法院稱：「關於檢察官保管之證據書類及證據物，並不存在無論檢察官是否於審判時聲請調查，法院皆可命其預先供被告或辯護人閱覽之法律規定。」

### （2）1969年裁定<sup>4</sup>

本案原審，法院作成裁定，要求檢察官將其聲請調查證人的檢察官前陳述筆錄中，與舉證主旨相關的部分，於主詰問後、反詰問前，供辯護人閱覽。檢察官不服提起上訴（對法院裁定不服提起異議，對該異議駁回之裁定提起特別抗告）。最高法院將原審證據開示命令撤銷。

<sup>1</sup> 「刑事訴訟法」（1922年5月5日法律第75號）。

<sup>2</sup> 鈴木茂嗣（1997），《続・刑事訴訟の基本構造（下巻）》，頁393，東京：成文堂。

<sup>3</sup> 最三小決昭和34年12月26日《刑集》，13卷13号，頁3372。

<sup>4</sup> 最二小決昭和44年4月25日《刑集》，23卷4号，頁275。

關於該證據開示，最高法院作了如下判斷：「進入證據調查後，辯護人敘明具體必要性，聲請法院命檢察官將一定證據供辯護人閱覽時，法院依案件性質、審理狀況、聲請閱覽證據之種類及內容、閱覽之時期、程度及方法等情事，認其閱覽對被告防禦特別重要，且無招來湮滅證據、脅迫證人等危害，供其閱覽為適切之時，基於訴訟指揮權，得命檢察官將其保管之該證據供辯護人閱覽。」

本件，原審法院作出證據開示裁定之時間點是在檢察官聲請調查證人之調查採用與否裁定之前。最高法院定上開要件，認為判斷時間點應在主詰問。

### (3) 評價

上開兩件裁定對證據開示均只肯認相當狹小的範圍。實務上遵從此等裁定運作，因此檢察官對被告的證據開示範圍相當有限。

## 4 公判前整理程序中證據開示制度的導入（2004年）

之後，日本決定導入裁判員制度。而為了配合裁判員制度，2004年修正刑訴法，制定準備審判之程序，導入了「公判前整理程序」的制度。此時同時制定了證據開示制度，設計在公判前整理程序的制度裡面。在日本，這是第一次將訴追者保管證據的開示明文化。

在公判前整理程序中，訂定了①檢察官聲請證據之開示（第316條之14）、②類型證據開示（第316條之15）、③主張關連證據開示（第316條之20）之三階段證據開示。實施公判前整理程序的案件，視辯護人努力多寡，證據開示可以達到一定程度的量。如此一來，被告才終於能夠施展一定程度的有效防禦。

## 5 小結

在日本，訴追者獨佔證據的時代，從戰後開始持續了五十年。最高法院也肯認了訴追者這樣的態度。

訴追者聲請調查的證據，在大多數的案例中，都不超過蒐集到的所有證據的十分之一。被告及辯護人如果不能使用訴追者的保管證據，就不可能能夠進行有效的防禦。在如此實務運用下，發生的冤案一定是多到不可思議的程度。

2004年的修正案，雖然尚不完全，但被告與辯護人終於可以使用訴追者保管的證據。從日本法的觀點來看，這的確是一項很大的進步，但是還無法稱其為完備。

接下來，筆者將檢討日本法的證據開示制度，對於這樣充滿問題的歷史發展，必須要特別注意。

## IV 日本各程序階段證據之所在與開示程序之概要

接下來，將確認日本法各程序階段，是由哪個機關保管怎麼樣的證據，並檢討各程序階段證據之所在及證據開示之狀況。

## 1 偵查階段

在偵查階段，並不存在證據開示。嫌疑人或被告於偵查階段，無法閱覽偵查機關的證據。聲請羈押時，會暫時把卷宗送到法院<sup>5</sup>，但這個時候，被告也不能閱覽卷宗紀錄。

再者，刑訴法雖規定警察機關要將蒐集到的證據移送給檢察官（刑訴法第246條），但在實務運用上，警察並不一定會把所有的證據移送給檢察官。因此，有一部分證據被保管在警局，這樣的情況並不稀奇，而檢察官不能掌握這些證據的存在。

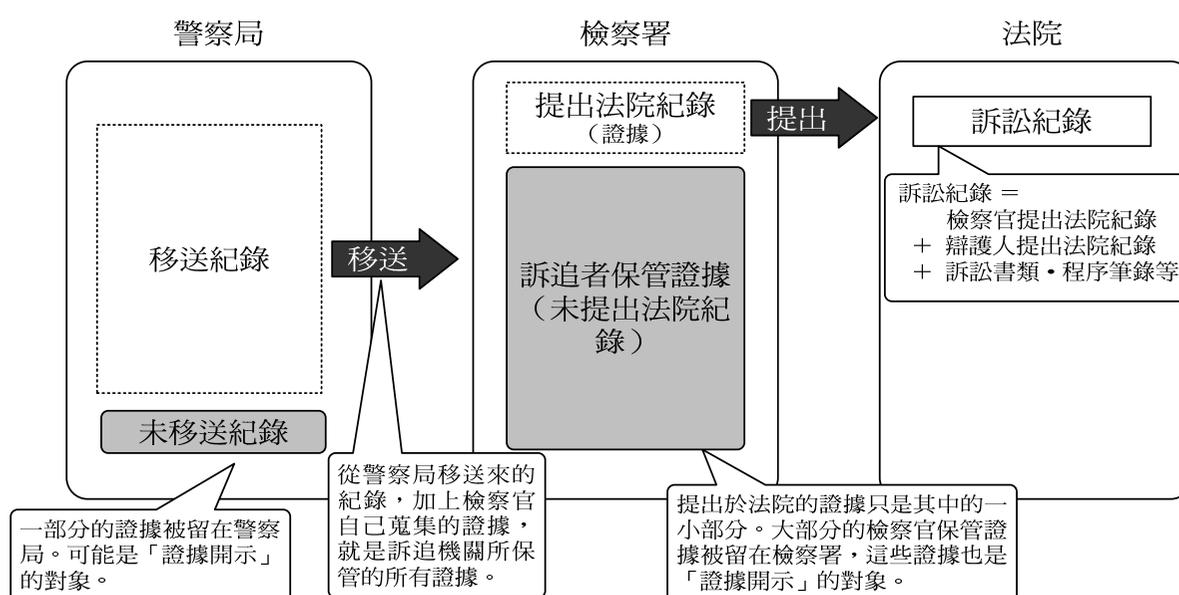


圖1：審判階段偵查機關所蒐集證據的移轉

## 2 第一審審判階段・檢察官聲請調查證據

圖1是審判階段證據移動的整體構造。

### (1) 檢察官聲請調查證據之開示

檢察官提起公訴，程序進入審判階段後，檢察官將聲請證據調查。因為日本採用起訴狀一本主義，所謂的聲請證據調查，是指檢察官將證據調查聲請書提出於法院之程序，原則上證據本身並不會被直接送交法院<sup>6</sup>。

<sup>5</sup> 為了釋明羈押要件，檢察官會交付給法院一定範圍的紀錄。但並不一定是全部的證據。

<sup>6</sup> 釋明證據調查必要性之資料、或釋明證據能力之資料的影本或相關證據的影本可能會提交給法院。這是法院為判斷證據能力的事實調查（刑訴法第43條第3項），但對於此程序，有批評背離預斷排除法則及傳聞證據排除法則。刑事訴訟規則亦定有法院提示命令之規定（刑事訴訟規則第192條第3項）。

聲請證據調查後，辯護人就有閱覽、影印該證據之機會<sup>7</sup>（刑訴法第299條、第316條之14）。這個階段，證據在檢察署。辯護人到檢察署借證據，在檢察署內可以閱覽、影印、攝影<sup>8</sup>。

## （2）訴追者保管證據之開示

接下來的問題，是檢察官聲請調查證據以外之證據（以下稱「訴追者保管證據」）的開示。

如前所述，日本已導入公判前整理程序。實施公判前整理程序的案件，根據明文規定實施證據開示（詳細狀況後述）。

另一方面，2004年修正後的刑訴法，關於公判前整理程序以外的案件，依然沒有規定訴追者保管證據開示之規定。因此，以現行法來說，證據開示聲請權是僅限定於公判前整理程序內之權利。

因此，沒有交付公判前整理程序之一般一審案件，被告及辯護人並沒有法律上保障的證據開示聲請權。而交付公判前整理程序的案件，於該程序終了後（也就是審理階段正式開始的階段），也沒有證據開示聲請權。而二審、三審及再審程序，也沒有證據開示聲請權。

沒有證據開示聲請權的證據開示，其開示與否委由檢察官裁量。而法院是否下達證據開示裁定，則根據1969年裁定。

## （3）審判期日證據採用後之提出

於審判階段被認可採用之證據，將以其為對象於審判期日進行證據調查（刑訴法第305條至第307條）。調查結束後，檢察官將該證據提出於法院（刑訴法第310條）。在這個時間點，才首次由法院保管證據。但是，檢察官可以僅提出證據謄本，而不提出證據原本（同條）。此種狀況，由檢察署將繼續保管證據原本，而法院保管證據謄本。

## 3 第二審・第三審

一審判決後，當事人任一方提起上訴後，事件就移送到上訴審。地方法院保管的紀錄，也就移轉到上訴審。

在這個階段，法院所保管的證據量，與一審階段相同。也就是說，上訴審也不存在檢察署將所有證據送到法院的程序。大部分的證據依然由檢察署保管。

<sup>7</sup> 刑訴法的限制，精密地敘述介紹的話十分複雜。規定一般審判程序的刑訴法 299 條，對於被告、辯護人都只規定有閱覽權。但是，實務上僅認可辯護人的抄錄。另一方面，公判前整理程序中的刑訴法第 316 條之 14，則僅認可被告之閱覽權，而對於辯護人則認可閱覽及抄錄權。結果，不管是一般審判程序或公判前整理程序，一般都是由辯護人進行開示證據的閱覽及抄錄。

<sup>8</sup> 在日本的大都市，檢察署內備有負責影印紀錄的民間業者。辯護人不須到檢察署，而是向民間業者繳納費用，委託影印，紀錄的影本（紙本）就會送到辯護人的事務所。

如上所述，日本法並不沒有上訴審證據開示的明文規定。上訴二審、三審的證據開示，委由檢察官的裁量。法院的證據開示命令也根據1969年裁定為之。

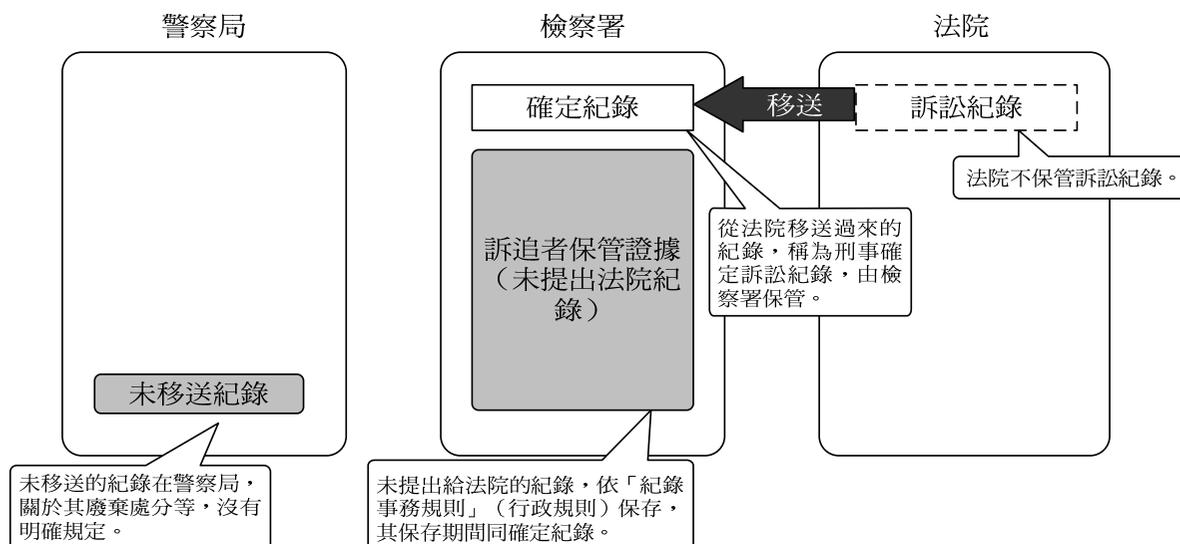


圖2：判決確定後偵查機關所蒐集證據之移轉

#### 4 確定判決後・再審

圖2為確定判決後證據移轉的整體構造。

判決確定後，法院所保管的訴訟紀錄，將全數移送至檢察署（刑事確定訴訟紀錄法）。通稱其為「確定紀錄」（原文「確定記錄」）。而法院則不保管任何紀錄。

根據刑事確定訴訟紀錄法，檢察署就所定之保管期間保管確定紀錄。因再審程序等而有必要時，有延長保管期間之制度。

一方面，檢察署裡還保管著未提出於法院的證據及其他書類（「非提出法院紀錄」，原文「裁判所不提出記錄」）。非提出法院紀錄，根據「紀錄事務規則」（原文「記錄事務規程」<sup>9</sup>），該紀錄將與確定紀錄之規定保管或保存（同規則第23條）。但是，「紀錄事務規則」是日本法務省發出的行政規則，因此在法律層級上，關於非提出法院紀錄的管理並沒有任何的限制規定。

再者，如前所述，在日本，警察並不一定會把所有的證據移送給檢察官。這一點，在判決確定後也沒有任何改變。也就是說，判決確定後，該案件仍然有一些證據被留在警察局，而那些證據的保存、廢棄，則交由警察局個別判斷<sup>10</sup>。

關於這些紀錄及證據，被告及律師的閱卷、影印權如下。

<sup>9</sup> 原文「記錄事務規程」(1987年12月14日法務省刑總訓第1018号)。參閱日本法務省網站如下，[http://www.moj.go.jp/keiji1/keiji\\_keiji20.html](http://www.moj.go.jp/keiji1/keiji_keiji20.html) (最後瀏覽日期：2018年10月3日)。

<sup>10</sup> 關於警察局內的證據保管，行政規則上也沒有明確規定。詳情請見山本了宣(2017)，〈行政文書を刑事弁護に活用する(第4回)——警察の証拠管理〉，《季刊刑事弁護》，91号，頁162。

### ① 確定紀錄

首先，確定紀錄（也就是法院所保管過的紀錄）受到刑事確定訴訟紀錄法的限制。刑事確定訴訟紀錄法中，有各式各樣理由的閱覽限制。再者，該法並不承認影印權。關於影印，是根據紀錄事務規則，委由檢察官的裁量操作（同規則第17條）。

因此，即使是該案件的被告或前任辯護人，或聲請再審案件的辯護人，也不一定能夠無限制地閱覽確定紀錄。請求人依據刑事確定訴訟紀錄法申請閱覽，檢察官依照閱覽的條件下判斷。

另外，關於日本公文書開示，有「行政機關保管資訊公開法」（原文「行政機關の保有する情報の公開に関する法律」）這部法律，但因為刑訴法第53條之2的除外規定，證據及訴訟紀錄等公文書不能依同法為申請閱覽。

### ② 訴追者保管證據（未提出法院紀錄）

另一方面，關於未提出法院之紀錄（曾為檢察官保管證據的部分），則不屬於刑事確定訴訟紀錄法的範疇。對於此種紀錄，被告與律師沒有法律上的閱覽權。實務上，檢察官也不會提供被告或律師閱覽此種未提出法院之紀錄。

而被留在警察局的證據（未移送之證據），被告與律師也同樣沒有閱覽權。檢察官若未調查，通常也無法把握該證據存在與否，以及該證據之內容。

### ③ 聲請再審後

聲請再審後，基本上法律上的限制與前述①②相同。關於訴追者保管之證據，法律上並沒有規定被告與辯護人有要求其開示之權利。

## V 公判前整理程序中證據開示制度之概要

以上是日本證據開示制度的概要。據筆者所知，臺灣參考日本的公判前整理程序及三階段證據開示制度，作成法案，已送交於立法院。因此，接下來，筆者將以公判前整理程序及三階段證據開示制度為焦點，進行稍微詳細的解說。圖3是公判前整理程序大致上的流程。

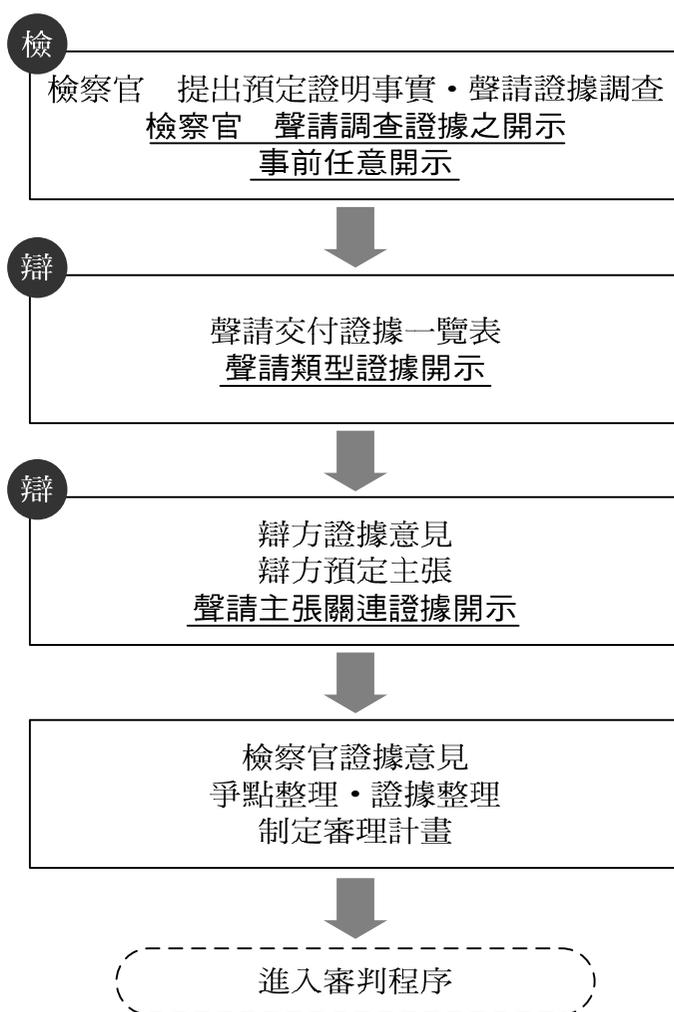


圖3：公判前整理程序的大致流程

## 1 公判前整理程序的概要

裁判員制度適用案件一定會交付公判前整理程序（強制交付）。而其他的案件，必要時也會交付公判前整理程序。許多被告否認的案件，會交付公判前整理程序。

公判前整理程序的期間大約是半年到一年之間。重大事件的話，也有可能需要兩年到三年的時間。

如圖所示，程序是階段性地進行。

## 2 檢察官預定證明事實之提出・檢察官聲請調查證據之開示・「任意開示」・證據開示一覽表

公判前整理程序開始後大約一個月內，檢察官就會提出預定證明之事實。其中包含檢察官準備舉證之事實關係，以及記載舉證所須證據之書面（大約是數張紙的程度）。同時，檢察官將會在此聲請證據調查（在此並不會直接將證據送交法院。而辯護人對證據之意見表明，將會是在稍後的階段）。檢察官聲請調查之證據，將會給予

辯護人閱覽抄錄的機會（**第一階段證據開示**）。

而這個階段，還有以下兩個程序。

### （1）交付證據一覽表

被告與律師可以聲請檢察官交付證據一覽表（刑訴法第316條之14第2項）。而證據一覽表中，記載檢察官保管所有證據之標目、製作年月日及製作者之姓名<sup>11</sup>。

但是，所謂的標目，大半僅是「鑑識筆錄」、「偵查報告書」等無法理解內容為何之記載。以聲請證據開示之線索來說，其機能還是不充分的<sup>12</sup>。

### （2）「任意開示」

現在日本實務上，有「任意開示」的習慣。檢察官在開示其聲請調查之證據時，也會自行開示一定範圍的保管證據。因為這樣的開示並非基於法律規定，而是自發性的措施，因此稱為「任意」開示。此開示範圍，大約是類型證據開示聲請範圍。但是，任意開示是在被告與律師沒有聲請開示的前提下，亦無任何法律上義務規定，因此，並不能保障檢察官的開示範圍會等同於被告與律師所期待的開示範圍。

## 3 聲請類型證據開示

檢察官聲請證據調查後，被告與辯護人便可以進行類型證據開示之聲請（刑訴法第316條之15，**第二階段證據開示**）。類型證據開示聲請的聲請次數並沒有限制。

類型證據開示，是進行檢察官聲請調查證據之關連證據開示之制度。但是，能稱為「類型」<sup>13</sup>的證據只有一定的種類。再者，必須考慮被告防禦的必要性、因開示所產生的湮滅證據等危害等條件，認為開示適切相當之時始進行開示（刑訴法第316條之15）。

如果將這樣的條文內容，往限制證據開示的方向解釋，那麼開示範圍就會被限定得十分狹窄。幸好，實務上證據開示往擴大的方向展開。現在的實務運作上，可以說只要聲請開示的證據與檢察官聲請調查證據的關連明確，大致上都彈性柔軟的對應、開示。

但是，類型證據說到底只是檢察官聲請調查證據之關連證據的開示程序。而檢察官聲請調查證據，本來就只是訴追者保管證據的一小部分而已（通常不到全部保管證據的一成）。

<sup>11</sup> 證據物、供述筆錄書面、證據書類三種分別規定於刑訴法第316條之14第3項。同條第4項也規定在一定要件下，關於應記載事項亦得不記載。另外，在條文上，警察局所保管的證據也不是應記載對象。

<sup>12</sup> 關於證據一覽表的實務現況，請參考山本了宣（2017），〈証拠の一覧表の現状を改善するための三つの提言——「標目」の解釈論とデータベース的運用の可能性を踏まえて〉，《判例時報》，2346号，頁4。

<sup>13</sup> 參考刑訴法第316條之15第1項第1款至第9款。譬如供述筆錄、鑑識筆錄、鑑定報告等皆屬此類型。一方面，記載供述的報告書，而沒有供述者署名者，則非本類型。各種令狀、令狀聲請書，也不屬於此處的類型。

因此，在類型證據開示階段被開示的證據量，以訴追者保管證據的整體來看，只是其中的一部分。以訴追者保管證據整體有100來說，經任意開示及類型證據開示所得到的證據量，大概是30到80左右。所謂的80，是起因於訴追者保管證據的大部分都與檢察官聲請調查之證據相關，再加上辯護人徹底地聲請證據開示才能夠得到的結果。

#### 4 證據意見·預定主張·主張關連證據開示之聲請

類型證據開示階段後，將進行被告與律師證據意見及預定主張的提出（刑訴法第316條之16及17）。提出預定主張後，便可聲請預定主張關連的證據開示（刑訴法第316條之20，**第三階段證據開示**）。此時須考慮聲請的證據與預定主張之關連性、被告防禦的必要性、以及因開示所產生的湮滅證據等危害，認為開示相當時始予開示（同條）。主張關連證據開示與類型證據開示不同，並沒有限制證據種類。

辯護人若徹底進行類型證據開示，大多數的狀況，主張關連證據開示的量就會相對比較少。

經以上程序，當三階段證據開示結束時，辯護人手邊的開示證據，大概以100來說最多可以達到80左右。但這樣的數字，是在辯護人聲請證據開示的技術高超，加上證據開示徹底實踐的狀況才能夠得到的結果。如果沒有這樣的條件，開示的證據量，大約只能達到100裡面的30到50左右吧。

#### 5 聲請裁定

關於類型證據開示以及主張關連證據開示，設計有由法院裁定的制度（刑訴法第316條之26）。對於法院裁定，可為抗告。抗告審將由高等法院負責審理。

#### 6 爭點整理·證據整理·期日之指定

聲請證據調查、證明預定事實及預定主張之提出這樣的程序，大都會來回數次。這些程序進行到一個段落後，就會正式地開始進行爭點整理及證據整理。法院將根據雙方的主張及證據意見，決定是否採用證據（或是先行保留，不為採用與否之決定）。再依據證據採用與否的結果，決定審理的順序等，指定審判期日。這些程序進行結束後，公判前整理程序就此終結。

#### 7 審判

實施公判前整理程序的案件，其審判期日大都指定的較為集中。根據審理計畫，實施證據調查。

如前所述，公判前整理程序終結後，便失去了法律上證據開示聲請權。審判階段的證據開示，僅能委由檢察官裁量決定。

## VI 三階段證據開示制度的問題點

日本證據開示的實務大致上就是以上介紹。接下來，筆者將根據日本實務運作，指摘三階段證據開示制度的問題點。

### 1 具體的問題點

首先介紹幾項具體的問題點。

#### (1) 看不到證據的被告與律師負擔特定證據之義務

被告與辯護人，並不知道檢察官手邊有怎麼樣的證據。也就是說，法律課予看不到證據的被告與辯護人，必須特定證據為何之義務（精確來說，就是必須記載識別事項<sup>14</sup>一事）。因此，被告與辯護人必須靠著摸索想像來聲請開示，因此這樣無法精準明確的聲請必須重複好幾次。接著，以下所敘述的各種問題也會發生。

#### (2) 對被告與辯護人技術性過度要求

被告與辯護人，即使看不到證據，也必須要特定證據。在此，被告與律師為了證據開示，便需要一些特殊的知識與技術。沒有這些特殊知識與技術的辯護人進行證據開示，就只能拿到訴追者保管證據中的一小部分了。而就算有這些知識與技術，也沒有辦法獲得全部證據的開示。

#### (3) 開示範圍受限

辯護人不管怎麼樣徹底地聲請證據開示，所能得到的開示範圍，以訴追者保管證據有100來說，大約80左右就是極限了。有時候大概也只能到50左右或50以下。

沒能被開示的證據，從此沉睡在檢察官手中。那些證據，被告與辯護人無法使用，法院也無法檢驗。如「訴追者保管」或「檢察官保管」這樣的名稱般，檢察官獨佔的證據量非常多。

#### (4) 剝奪被告防禦的機會

三階段證據開示，證據只會階段性的被開示。在某一個證據被開示之前，被告與辯護人無法進行以該證據為線索的防禦活動。舉例來說，若有一個證據在起訴的半年後才向被告與辯護人開示，那麼這就表示，被告與律師在那半年期間，被剝奪了使用該證據進行防禦的機會。

<sup>14</sup> 被告與辯護人必須明示「足以識別證據之事項」（刑訴法第316條之15第2項第1款、316條之20第2項第1款。通稱「識別事項」）。譬如「X的供述筆錄」、「Y現場的相片報告」等一定程度的抽象記載已足，不需要特定日期及製作者。不過，如果只是記載「關於Y現場的所有證據」，這樣又太過抽象，不一定會開示到辯護人所期望的證據（也有可能因證據無法識別，檢察官拒絕開示）。最終，被告與辯護人如果不能預測相當程度具體的證據，可能無法做到有效的開示聲請。

### (5) 被告與律師蒐集證據困難、證據分散逸失

三階段證據開示，不只是證據開示的進度遲緩，在其進行的期間，證據也會分散逸失。譬如重要的通話紀錄、監視錄影的影像、帳簿紀錄，這些資料即便存在，當辯護人終於收到某些證據開示而推測這些證據存在時，可能早已被廢棄。

再者，有時也因公判前整理程序進行得太快，沒有時間上的餘裕能夠調查檢討與開示證據相關的事實。

### (6) 爭點整理等原因，使訴訟進行延遲

證據開示程序因為需要聲請及答覆的往返，所以非常地費時。光是花費在等待證據開示來往的等待，有時候就需要幾個月，甚至有些狀況還要一年以上的時間。在這期間，訴訟程序就是停滯狀態。

### (7) 致使檢察官負擔龐大的事務，亦產生失誤

檢察官必須檢討被告與辯護人聲請的內容，選出保管證據中符合識別事項的證據。之後，還必須判斷是否符合法律上的開示要件，關於有開示義務的證據，必須沒有疏漏地全部開示。

這樣的作業程序非常繁雜，也產生大量的事務。如此也容易產生人為失誤。

### (8) 產生以開示為中心的確認作業往返及紛爭

以上如此的作業，在性質上，辯護人必須確認檢察官的開示有無失誤，謹慎起見，會改變敘述的表現再次聲請開示，或是請求釋明。此時，檢察官就必須再次確認開示狀況，答覆辯護人。而實際上發現真有失誤發生時（特別是在審判階段發現時），也會因此致使程序進行停止。

### (9) 破壞紀錄排序

三階段證據開示，是將該當要件的證據按順序開示的程序。一個案件的全部卷宗紀錄，原本是有一定的規則以一定的順序編排，但三階段開示的要件，與編排順序並沒有關係。檢察官抽出必須開示的證據，這樣的方法，將會破壞原本紀錄的編排順序。

### (10) 被告與辯護人整理證據困難

開示給辯護人的證據，是與原本的編排順序無關的排列。再加上證據開示是階段性的進行，常常有同樣主題的證據分散多次開示的狀況。如此，導致辯護人手邊的證據整理陷入十分困難及複雜的窘境。對從事日本實務的人來說，這是非常惱人且耗時的作業。

## 2 原理上的問題點

如上所述，三階段證據開示有很多的問題點。而從原理上來考察，筆者認為有以下4個問題點。

### (1) 欠缺正當性

三階段證據開示制度，將本是公共資源的證據，正當化為僅由檢察官可獨佔的領域。而辯護人及法院都無法對其檢驗。而且其範圍相當廣泛，達到全部證據的百分之二十至百分之五十。

這樣的事實狀態，從程序正義或發現真實任一個觀點來看，都明顯是個問題。三階段證據開示，侵害了程序正當性。

再加上，三階段證據開示萎縮了證據開示的意義。本來，所謂的證據開示，是將犯罪嫌疑的整體形成過程公開，並讓法院及辯護人檢討證實訴追機關活動（行使公權力活動）的妥當性，如此具有公共意義的存在。但是，三階段證據開示，以證據開示的要件為名，課予檢察官聲請調查證據的關聯性、被告與辯護人主張的關聯性如此要件。如此制度，是將證據的意義萎縮，把證據當成解決事實上、法律上爭點的道具。

### (2) 妨害審判的迅速進行

三階段證據開示是一項耗時的程序。所謂的三階段證據開示，就是將檢察官獨佔證據的狀態，慢慢地慢慢地花時間消解這個狀態的程序。為了這個程序，在審理的入口，我們花費數個月甚至一年以上的時間。

這是妨害審判迅速進行的原因所在，而且，這件事情完全沒有合理性。

### (3) 侵害防禦權，妨害防禦活動

在(1)、(2)所指摘的事項，自屬侵害防禦權的事項。而另外，還有兩個問題。

第一，能夠使用訴追者的證據這件事情，應該將其定位為防禦活動的基礎設施。就如同嫌犯或被告可以自由地與辯護人接見般，被告與律師對於訴追者保管的證據，也可以隨時利用、迅速到手。三階段開示破壞了這樣的基礎設施。在證據開示上加諸如此困難複雜的程序本身，就是對防禦權的侵害。

第二，三階段證據開示制度妨害了積極的防禦活動。在三階段證據開示中，被告為獲得充分的證據開示，從起訴起算需耗費數個月到一年以上。正因為被告無法一次取得所需證據，因此關於對證據的檢討作業，總是不充分且斷斷續續地進行。防禦戰略的策劃及訂定對被告與辯護人來說是核心重點作業，但在如此制度下，被告及辯護人的防禦活動被嚴重妨害。而在此過程，本來有可能蒐集到的有利證據也可能逸失。

#### (4) 成本過高

除了以上這些本質性的問題，三階段證據開示制度也有成本過高的問題。如前所述，聲請、答覆及管理，這些所有的情況，都讓辯護人及檢察官產生很大的事務性負擔。而且，也需要花費很長的時間。三階段證據開示制度在犧牲這麼多公共利益後，還產生如此無用且巨大的成本，是一個十分不合理的制度。

### VII 臺灣的三階段證據開示制度違反憲法

如上所述，三階段證據開示，是一個問題很多的制度。

相對的，臺灣的憲法第8條規定人身自由，第16條規定訴訟權。還有司法院釋字第737號及第762號解釋。前者是關於羈押聲請時證據閱覽之判斷，而後者是關於訴訟時的證據閱覽。筆者檢討上述憲法及大法官解釋後，認為臺灣如果導入三階段證據開示制度，可能違反憲法。詳述如下。

#### 1 正當法律程序及證據的提供

臺灣的憲法第16條保障訴訟權，而此訴訟權包含正當法律程序的保障。所謂的正當法律程序，是指被處分的一方，以主體的身分參與訴訟程序的權利保障。而給予被處分者必要且充分的資訊，正是正當法律程序的要求。

在刑事審判中，讓身為被處分者的被告，使用訴追機關所蒐集的證據資訊（可稱閱卷或證據開示），正是臺灣憲法第16條的要求。同時，也是憲法第8條（人身自由保障）的要求。以下，關於國家讓被告使用證據一事，且稱其為「證據提供」，而在描述被告權利時，筆者將用「證據使用權<sup>15</sup>」來表現。

#### 2 證據提供的範圍及時期

在證據提供裡面，有兩個要素。也就是要提供多大範圍的證據（證據提供的範圍）？而那個證據要在什麼時間點提供（證據提供的時期）？

關於這兩個要素，憲法上有怎麼樣的要求呢？

在這裡，司法院釋字第737號解釋有重要的意義。該號解釋肯認，在聲請羈押的階段，被告有閱覽全部證據的權利。該解釋認為，基於憲法第8條及第16條，認為應提示被告聲請羈押相關的證據，使其能夠有效行使防禦權。

首先，關於證據提供的範圍，司法院釋字第737號解釋要求的是聲請羈押時的「全部」證據。即便是認可「偵查不公開」的偵查階段，也要求要「全部」。以此大法官解釋為前提，可以推導出，在起訴後的階段，當然也要提供「全部」的證據。

<sup>15</sup> 精確來說，證據開示的解釋方法，要從國家義務，還是要從被告人及辯護人的權利，是一個課題。只是，就像銅板有兩面，本文並不在此做精密的區別。司法院釋字第762號解釋使用「卷證資訊獲知權」這樣的概念解釋該權利，筆者認為並無不妥之處。再者，本文的主題為「證據」，「證據」相較於「卷證」是範圍比較小的概念。因此本文在表現上選擇不使用「卷證資訊獲知權」。

接著，關於證據提供的時期，大法官解釋要求聲請羈押階段的提供。該大法官解釋認為，關於限制人身自由的羈押處分，應即時提供適切的資訊，使被告可以馬上進行有效的防禦活動，此為憲法上的要求。以此大法官解釋為前提，那麼在起訴後，當然也應該要「即時馬上」提供所有的證據。

以上，以司法院釋字第737號解釋為前提可知，至少在起訴後，有必要「即時」提供被告「所有的」證據。此為憲法第8條、第16條的要求。

再者，也應該注意司法院釋字第762號解釋。關於被告的閱卷權，現行法僅限於交付筆錄影本。而司法院釋字第762號解釋，判斷此條文違反憲法第16條，認為應該要使被告能夠得到卷宗內的所有資訊。從證據提供的時期與範圍等觀點來說，司法院釋字第762號解釋更加明確地判斷應提供被告「全部」證據。

綜上所述，從臺灣的憲法第8條、第16條，司法院釋字第737號、第762號解釋來觀察可知，在臺灣的憲法裡，起訴後應該提供被告所有的證據。無法達到此等程度的法律制度，就有違反憲法的疑慮。

臺灣現行法的閱卷，是將訴追者所蒐集的全部證據提供給被告及辯護人。而且，這樣的閱卷是在起訴後馬上就可以進行。因此，現行法的證據提供與憲法的要求是合致的。

### 3 三階段證據開示制度的違憲性

那麼，三階段證據開示制度適用於臺灣的憲法嗎？

#### (1) 證據提供的範圍

首先，關於證據提供的範圍，以臺灣現行閱卷為100來說，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，讓檢察官獨佔了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。而且，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。

臺灣的草案雖然沒有如日本法中對類型證據有所限制，但是，在要求與檢察官聲請調查證據相關連、或被告與辯護人主張相關連這一點上面，其實核心的概念並沒有不同。

#### (2) 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。有些證據甚至在起訴之後過了一年才被開示。

如此的結果，造成防禦活動整體也跟著延遲。而辯護人開始調查時，證據也可能已經逸失。從就算是在偵查階段也必須保障初期防禦活動權利的司法院釋字第737號解釋主旨來看，如此的情況應該是不被容許的吧。

### （3）證據使用權的程序上限制

除此之外，還有以下問題。

三階段證據開示制度，為提供證據，課予了「聲請證據開示」這樣的程序。這不單單只是聲請，而是要看不到證據的一方來特定證據，要求過度且困難的技術。如果不克服這一點便無法使用證據，這件事情本身就是對證據使用權的限制。憲法與大法官解釋，應該是不會容許此種新型、不當的限制吧。

### （4）結論

綜上所述，三階段證據開示制度，無論是在證據開示的範圍或開示的時期，都無法達到臺灣的憲法要求。而且，此制度高度限制被告的證據使用權。

如果將來臺灣要導入起訴狀一本主義，那麼證據提供必須要保持與現行法的閱卷同樣水準。以法制度來說，應該需要一個全面一次性開示的法制度。也就是說，起訴後，訴追者應將所有蒐集到的證據開示給被告及辯護人的法制度。像三階段證據開示制度般，限制繁多又複雜的程序結構，不管怎麼樣下功夫修正，都無法與臺灣的憲法第8條、第16條整合。

### （5）傍論——關於證據湮滅論、促進主張整理論

另外，支持三階段證據開示的論者，常說藉由三階段證據開示有防止湮滅證據、促進主張整理等優點。

但是，在臺灣，長期以來，訴追者所保管的所有證據，都提供給辯護人閱覽，據筆者所知也沒有發生怎麼樣的問題。臺灣應該根據臺灣自己的實務事實，檢討前進。

另一方面，日本在現行法下，從來沒有過提供被告所有證據的制度。就這一點來說，日本比臺灣經驗貧乏。在日本所謂的證據湮滅論，大概都是靠想像、推測而來的論理。關於這一點，已經有實際經驗的臺灣，導入日本的想像及推測，這是非常不合理的。

關於促進主張整理論，如上詳細檢討可知，實際的情況倒不如說是完全相反的。在證據開示上花了越多時間，程序的進行就會遲緩。如果在程序一開始就開示所有證據，那麼就能夠馬上解決三階段證據開示所造成的遲緩。實際上，在日本所謂「任意開示」的實務習慣，使證據開是能夠快一點進行，目標也是為了讓程序能夠提早上進。

另外，也是有「導入三階段證據開示制度，另外也讓任意開示一併運用就沒有問題」這樣的主張，是一個完全逆行的理論。如果我們明確地了解，我們所期望的是在程序一開始開示證據，那麼就應該要制定符合這樣期望的制度。

## VIII 總結

臺灣參考日本法制度做成三階段證據開示制度，並將該草案送進立法院。筆者對於此事感到十分憂慮。聽說在臺灣，有論者認為應該要採用日本先進的制度。但是，身為日本律師的筆者認為，這是非常令人驚訝的誤解。希望大家想起如本文一開始所介紹的，日本2004年之前的證據開示狀況。在日本，負責訴追的機關獨佔證據的制度，已經持續了50年之久。在證據開示制度上，日本是落後的國家。最新導入的三階段證據開示制度，也是一個問題很多的制度。

臺灣若導入起訴狀一本主義，應該要制定與現行閱卷制度保有相同水準的證據開示制度，這一點是非常明確的。臺灣的憲法也是如此要求的。筆者認為，臺灣應該要導入全面一次性證據開示的法制度。

## 參考文獻

山本了宣（2017），〈行政文書を刑事弁護に活用する（4）——警察の証拠管理〉，  
《季刊刑事弁護》，91号，頁162-168。

——（2017），〈証拠の一覧表の現状を改善するための三つの提言——「標目」  
の解釈論とデータベース的運用の可能性を踏まえて〉，《判例時報》，2346  
号，頁4-19。

鈴木茂嗣（1997），《続・刑事訴訟の基本構造》（下巻），東京：成文堂。

