

# 國民法官法之證據開示

報告人：尤伯祥律師

## 報告人 --- 尤伯祥律師



---

義謙法律事務所主持律師

---

臺北律師公會第29屆第1任理事長，現任常務理事

---

台灣刑事辯護律師協會第1任理事長，現任理事

---

政大法律系碩士

卷證不併送下之雙向證據開示

# 先介紹檢方開示

## 導入檢方證據開示制度之原因：

國民法官法（下稱本法）第53條立法理由第一點：「本法既明文採取『卷證不併送』制度（第四十三條立法說明參照），案件經檢察官起訴後，辯護人已無從依刑事訴訟法第三十三條之規定，在法院檢閱檢察官之卷宗及證據，或進行抄錄、重製或攝影，自有必要明定辯護人於起訴後，得向檢察官檢閱卷宗及證物之權利，以利於國民參與審判程序中協助被告為實質有效之辯護。又被告之卷證資訊獲知權，屬被告受憲法訴訟權保障應享有之充分防禦權，自得親自直接獲知而毋庸經由他人輾轉獲知卷證資訊，不因其有無辯護人而有異。」

從立法理由可知，導入檢方證據開示之目的有二：

1. 落實被告受憲法訴訟權保障之卷證資訊獲知權
2. 使辯護人得以協助被告為實質有效之辯護

→ 為確保正當法律程序之踐行而設置之制度

# 與檢方證據開示相關之規定

## ■本法第53條：

「檢察官於起訴後，應即向辯護人或被告開示本案之卷宗及證物。但有下列情形之一者，檢察官得拒絕開示或限制開示，並應同時以書面告知理由：一、卷宗及證物之內容與被訴事實無關。二、妨害另案之偵查。三、涉及當事人或第三人之隱私或業務秘密。四、危害他人生命、身體之虞。

前項之開示，係指賦予辯護人得檢閱、抄錄、重製或攝影卷宗及證物；或被告得預納費用向檢察官請求付與卷宗及證物之影本；或經檢察官許可，得在確保卷宗及證物安全之前提下檢閱原本之機會。其收費標準及方法，由行政院定之。

檢察官應於受理辯護人或被告之聲請後五日內開示之。如無法於五日內開示完畢者，得與辯護人或被告合意為適當之延展。」

# 與檢方證據開示相關之規定（3-1）

## ■ 本法第56條：

「檢察官於辯護人依前條之規定開示證據後，應表明對辯護人或被告聲請調查證據之證據能力及有無調查必要之意見。前項事項有補充或更正者，應另提出於法院。第五十二條第五項之規定，於前二項之情形準用之。」

## ■ 本法第52條第5項：

「法院得於聽取檢察官、辯護人之意見後，定第一項、第二項書狀或陳述之提出期限。」



## 與檢方證據開示相關之規定（3-2）

- 本法第57條：

「檢察官、辯護人認他造違反第五十三條、第五十五條規定未開示應開示之證據者，得聲請法院裁定命開示證據。

前項裁定，法院得指定開示之日期、方法或附加條件。

法院為第一項裁定前，應先聽取他造意見；於認有必要時，得命檢察官向法院提出證據清冊，或命當事人、辯護人向法院提出該證據，並不得使任何人檢閱、抄錄、重製或攝影之。

關於第一項裁定，得抗告。法院裁定命開示證據者，抗告中，停止執行。

抗告法院應即時裁定，認為抗告有理由者，應自為裁定。」

# 與檢方證據開示相關之規定（3-3）

## ■本法第58條：

「檢察官或辯護人未履行前條第一項之開示命令者，法院得以**裁定駁回其調查證據之聲請**，或命檢察官、辯護人**立即開示全部持有或保管之證據**。」

## ■本法第41條第2項第5款及第9款：

「準備程序，得為下列各款事項之處理：**、**、**、**五、有關證據開示之事項。**、**、**、**九、確認證據調查之範圍、次序及方法。」

## 操作流程圖：

檢察官主動聯繫辯方進行開示，或依辯方聲請開示

法律依據：本法第53條

辯方閱覽並分析檢方開示之卷證後，若認尚有未開示之證據者，聲請法院裁定命檢方開示；若無，則就證據能力及調查必要性表示意見

法律依據：本法第56條、第57條

檢方未依法院裁定開示者，駁回其證據調查聲請或命立即全部開示

法律依據：本法第58條

以下介紹辯方開示

## 導入辯方證據開示制度之原因：

- 本法第55條立法理由第一點：「辯護人或被告依前條第一項、第二項、第四項規定向法院聲請調查證據後，為使檢察官亦得於審前知悉相關證據內容，以提出對於證據能力及證據調查必要性之意見，俾利法院於準備程序整理爭點及證據，是明定辯護人亦負有事先向檢察官開示證據內容之義務，以資衡平。」

從立法理由可知，導入辯方證據開示之目的在於：

使檢察官得以先悉辯方聲請調查之證據內容，以利檢察官於準備程序提出對於證據能力及證據調查必要性之意見，俾利法院於準備程序整理爭點及證據。

→ 為推進訴訟效率之工具性目的而設置之制度

# 與辯方證據開示相關之規定（4-1）

## ■本法第55條：

「辯護人或被告依前條第一項、第二項、第四項規定向法院聲請調查證據之情形，應即向檢察官開示下列項目：

- 一、聲請調查之證據。
- 二、聲請傳喚之證人、鑑定人或通譯於審判期日前陳述之紀錄，無該紀錄者，記載預料其等於審判期日陳述要旨之書面。

第五十三條第三項之規定，於前項情形準用之。」

➤立法理由第3點：「三、為避免程序停滯或延宕，以維護程序之迅速與公平，辯護人或被告提供檢察官檢閱、抄錄、重製或攝影之時間，宜與第五十三條第三項檢察官開示之規定一致。爰訂定第二項。」

## 與辯方證據開示相關之規定（4-2）

### ■本法第56條：

「檢察官於辯護人依前條之規定開示證據後，應表明對辯護人或被告聲請調查證據之證據能力及有無調查必要之意見。

前項事項有補充或更正者，應另提出於法院。

第五十二條第五項之規定，於前二項之情形準用之。」

### ■本法第52條第5項：

「法院得於聽取檢察官、辯護人之意見後，定第一項、第二項書狀或陳述之提出期限。」



# 與辯方證據開示相關之規定（4-3）

## ■本法第57條：

檢察官、辯護人認他造違反第五十三條、第五十五條規定未開示應開示之證據者，得聲請法院裁定命開示證據。

前項裁定，法院得指定開示之日期、方法或附加條件。

法院為第一項裁定前，應先聽取他造意見；於認有必要時，得命檢察官向法院提出證據清冊，或命當事人、辯護人向法院提出該證據，並不得使任何人檢閱、抄錄、重製或攝影之。

關於第一項裁定，得抗告。法院裁定命開示證據者，抗告中，停止執行。

抗告法院應即時裁定，認為抗告有理由者，應自為裁定。」

# 與辯方證據開示相關之規定（4-4）

## ■本法第58條

「檢察官或辯護人未履行前條第一項之開示命令者，法院得以裁定駁回其調查證據之聲請，或命檢察官、辯護人立即開示全部持有或保管之證據。」

## ■本法第41條第2項第5款及第9款

「準備程序，得為下列各款事項之處理：一、五、有關證據開示之事項。二、九、確認證據調查之範圍、次序及方法。」

## 操作流程圖：

辯方聲請調查證據者，應即以提供檢閱、抄錄、重製或攝影之方式，向檢方開示

法律依據：本法第55條

檢方閱覽並分析辯方開示之資料後，若認尚有未開示之證據者，聲請法院裁定命辯方開示；若無，則就證據能力及調查必要性表示意見

法律依據：本法第56條、第57條

辯方未依法院裁定開示者，駁回其證據調查聲請或命立即全部開示

法律依據：本法第58條

# 檢方開示之進一步探討

Q1：

檢方證據開示之範圍有多大？

是否以偵查卷宗及檢方保管之扣押物為限？

光看本法第53條第1項「檢察官於起訴後，應即向辯護人或被告開示本案之卷宗及證物」之文字，答案似乎是肯定的

→ 但是：

1. 若是如此，則偵查卷宗及扣押物之範圍決定了被告之卷證資訊獲知權的實現範圍。從而，關鍵問題就是，偵查卷宗應收入哪些資料？
2. 進一步而言，檢察官是否能擔保應開示予被告之「本案證據」都在偵查卷宗及扣押物內？



就上述問題分析如下



由司法院釋字第762號解釋理由書：「次就卷證資訊獲知權之範圍而言，**刑事案件之卷宗及證物全部內容**，係法院據以進行審判程序之重要憑藉。基於憲法正當法律程序原則，自應使被告得以獲知其被訴案件之卷宗及證物全部內容，俾有效行使防禦權。」等旨，可知：

1. **保障被告之卷證資訊獲知權的目的，係為使被告得以實質有效辯護，因此凡與被告之辯護有關而在偵查機關支配下之資料，均應在此項權利之射程範圍內：**

→ 本號解釋是針對卷證併送下之閱卷制度而作成

→ 邏輯：

偵、審卷證既係卷證併送、改良式當事人/職權進行下之審判基礎，則被告**須立於與院、檢資訊對等之基礎**上，始能實質有效辯護，故被告之憲法上訴訟權保障其**至少有權獲悉全部之偵、審卷證**



- 於資料不在偵、審卷證內，但在偵查機關支配下而與被告之辯護有關之情形，仍可由釋字第762號解釋之邏輯導出偵查機關應開示予被告之結論
- 因為正當法律程序要求被告應能立於與檢察官資訊對等之地位應訴，始稱當事人地位平等，而檢察官代表國家行使追訴權，受正當法律程序拘束，因此負開示該等資料之義務

## 2. 檢方之證據開示義務範圍，不會因改採卷證不併送即變小：

- 檢方在卷證併送下係基於正當法律程序原則，負使被告立於與其資訊對等因而須開示與辯護有關資料之義務
- 基於憲法之最高性，無論訴訟制度係採卷證併送或不併送，檢方因正當法律程序所負之開示義務範圍都不會改變
- 卷證不併送下，更應得此結論

綜上1、2兩點，可以得出以下結論：

3. 偵查機關支配下、與罪責或處刑之辯護有關之資料，即使未收入地檢署之偵查卷證內，仍為檢方證據開示義務所及：

→ 理由：

① 由於檢方的開示義務源於正當法律程序，因此無論檢方是否明知此等資料之存在，都不影響其負此義務

→ 故，即使檢方因不知有此等資料而未收入偵查卷證，仍不影響其有開示此等資料之義務

② 定罪或處刑，同時構成刑事處罰的基礎，依憲法第8條，均應踐行正當法律程序，因此與罪責或處刑之辯護有關之證據，檢方均應開示

#### 4. 比較法的考察，也可以得到相同結論：

- ① 美國法上的代表性判決，是1963年的Brady v. Maryland案判決【373 U.S.83（1963）】。美國聯邦最高法院在該判決表示以下要旨（Primary Holding）：

The government's withholding of evidence that is **material** to the determination of **either guilt or punishment of a criminal defendant** violates the defendant's constitutional right to due process.

根據這個判決，

檢方的開示義務源於憲法上的正當法律程序，只要對於刑事被告之定罪或處刑（guilt or punishment）有實質意義（material）之證據，檢方均應開示

→ 美國聯邦最高法院在之後的其他判決，逐步闡釋了何謂 the evidence is material either to guilt or to punishment，例如：

- 1972年的Giglio v. United States案：

可以降低控方證人可信度的彈劾證據，應該向辯方開示。且只要證據可能對辯護具有重大價值，即使辯方沒有提出申請，檢察官仍應主動開示。

■1985年的United States v. Bagley案：

如果證據開示給辯方，則有出現不同訴訟結果的合理可能，則證據具有Brady判決要求的實質性，但被告不需證明出現不同結果的可能性大於結果不變的可能性。

■1995年的Kyles v. Whitley：

調查案件之警察知曉之有利證據，即使檢察官不知曉，仍負開示義務。

■2002年的United States v. Ruiz：

最高法院區分無罪證據及彈劾證據而為不同處理。若未開示無罪證據，則會影響認罪協商之效力。但未開示彈劾證據，則無影響。

判斷的重點：

對於定罪或處刑是否有實質意義，亦即如果證據開示給辯方，則有出現不同訴訟結果的合理可能。

→ 至於證據是在地檢署，抑或在警察機關，並非判斷的重點。

→ 無論何時，檢方一經發現有依 Brady Rule 應開示予辯方之證據，即應開示。

→ 可以參考美國聯邦刑事訴訟規則（Federal Rules of Criminal Procedure）第 16 條 Discovery and Inspection (c) CONTINUING DUTY TO DISCLOSE. 規定的審判中繼續開示義務：

A party who discovers additional evidence or material **before or during trial** must promptly disclose its existence to the other party or the court if:

(1) the evidence or material is subject to discovery or inspection under this rule; and

(2) the other party previously requested, or the court ordered, its production.

## ② 日本刑事訴訟法上的檢方開示：

### ■第316條之14：

#### 檢方聲請調查證據之開示

### ■第316條之15：

前條以外、該條所列證據類型，若對判斷檢方聲請調查之證據的證明力具有重要意義，則經辯方請求後，檢方應衡酌重要性之程度、為其他被告防禦準備該開示的必要程度、開示可能產生之危害程度後，以適當方法及時開示

### ■第316條之20：

辯方依第316條之17對檢方開示其事實及法律上主張後，若有與辯方之事實及法律上主張有關聯的證據，而未依第316條之14、15開示，則檢方應依辯方之請求，衡酌對辯方防禦之必要性、開示可能產生之弊害及其程度後，予以開示



日本檢方所負開示義務，同樣及於與檢方證據有關之彈劾證據（第316條之15）、可佐證或反證被告事實及法律上辯解之證據（第316條之20）

→ 與美國的Brady Rule 其實相彷彿

→ 對被告之定罪或處刑有實質意義的證據，都在檢方開示義務之範圍內

5. 綜上分析，偵查卷宗應收入與被告之罪責與量刑辯護有關之資料

→ 理由：

被告在地檢署閱卷既係檢方證據開示的起點，則偵查卷宗應收入與被告有關之資料

6. 「檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項」第7條所稱「檢察署應保存之訴訟文書」，應包含與被告之罪責與量刑辯護有關之資料：

→ 刑訴法僅在第54條第1項：「關於訴訟之文書，法院應保存者，由書記官編為卷宗。」就法院卷宗之編訂設有規定，「檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項」仿照而於第7條前段規定：「檢察署應保存之訴訟文書，依進行之次序，隨收隨訂案卷內，並應詳填目錄及刑事案件進行期限檢查表。」

→ 依釋字第762號解釋操作「檢察署應保存之訴訟文書」

7. 偵查卷宗應包含之內容，應屬法律保留原則事項，因此最好以法律或經法律授權訂定之命令，具體規定與辯護有關而應收入偵查卷證之資料類型：

理由：

- ① 偵查卷宗之內容既攸關被告之卷證資訊獲知權的實現，也攸關檢察官所負憲法上證據開示義務如何履行，自屬法律保留事項，「檢察機關辦理刑事訴訟案件應行注意事項」第7條是否符合法律保留原則，殊值思考
  - ② 本法只有一個事實審，應盡量避免因證據漏未開示而動搖審判之公平性，甚至導致冤獄
- 與辯護有關而應收入偵查卷證之資料，最好符合法定明確性之要求而以類型化之方式具體規定

③ 以美國聯邦刑事訴訟規則（Federal Rules of Criminal Procedure）第16條 Discovery and Inspection（a）Government's Disclosure（1）Information Subject to Disclosure 之部分內容為例：

政府應依被告請求開示下列政府支配下（within the government's possession, custody, or control）之資料：

- 被告的口頭及書面先前陳述（Defendant's Oral、Written or Recorded Statement）
- 被告先前的犯罪記錄（Defendant's Prior Record.）
- 准許被告檢查、拷貝或攝影（inspect and copy or photograph）政府支配下，欲使用於審判或與被告之辯護有實質關係（material to preparing the defense）之書籍、論文、文件、資料、照片、有形物體、建築或場所、以上項目之複製品或片段

- 准許被告檢查、拷貝或攝影任何政府支配下，欲使用於審判或與被告之辯護有實質關係之物理或心理檢查（ physical or mental examination ）、科學測試或實驗（ scientific test or experiment ）之結果或報告
- 政府擬於審判上就被告精神狀態問題（ the issue of the defendant's mental condition ）提出之專家（ Expert Witnesses ）證詞的書面摘要（ written summary of testimony ），該摘要並應記載證人的意見、依據、理由及其專家資格（ the witness's opinions, the bases and reasons for those opinions, and the witness's qualifications ）

就以上問題，司法院111年11月7日公告之本法施行細則草案，採取如下處理：

第一百三十二條 檢察官於起訴後至第一審辯論終結前所取得與本案有關之證據，亦應依本法第五十三條第一項規定開示予辯護人或被告。

檢察官於前項情形，宜主動開示所取得之證據，或告知辯護人或被告其取得證據之事實。

檢察官知悉偵查機關持有與本案有關之證據而未提出者，得命其提出；並於取得該證據後，依第一項規定開示予辯護人或被告。

# 立法理由：

## 第一點：

疑問；而檢察官如於起訴後，仍可能透過任意偵查或其他方式取得證據資料，即使該等資料並未在原本檢察官依本法第五十三條第一項規定初次開示證據予辯護人之範圍，仍應依該規定開示予辯護人知悉；又考量於第一審言詞辯論前，檢察官、被告或辯護人均仍有在審判程序中提出主張之可能，是以檢察官依本法第五十三條規定，有義務開示證據所取得證據之時間點，當為第一審言詞辯論終結前，爰訂定第一項。

## 第三點：

三、偵查機關可能持有與本案有關之證據而未提出之情形，檢察官既有指揮偵查機關偵查犯罪之職權，則檢察官如知有此情事者，得命其提出；並於取得該證據後，依第一項規定開示予辯護人或被告，爰訂定第三項。

Q2：

若發生檢方應開示而未開示之情形，應如何處理？

→ 未曾於模擬審判中模擬過的狀況，以下的探討，僅能說是嘗試點出問題，並非給出答案。



# 1. 若於第一、二審訴訟程序中發現：

或可於檢方開示該項資料後，據以依以下規定於第一、二審聲請調查證據：

- 本法第64條第1項第2款及第6款；「當事人、辯護人於準備程序終結後不得聲請調查新證據。但有下列情形之一者，不在此限：一、於準備程序終結後始取得證據或知悉其存在者。二、如不許其提出顯失公平者。」
- 第90條第1項第1、2款；「當事人、辯護人於第二審法院，不得聲請調查新證據。但有下列情形之一，而有調查之必要者，不在此限：一、有第六十四條第一項第一款、第四款或第六款之情形。二、非因過失，未能於第一審聲請。」

## 可能衍生的問題：

- 若係於一審審判中發現進而開示，辯方因此於審判中提出證據調查聲請，若國民法官法庭准許，則原本的審理計劃必須變更，會否因此無法貫徹集中審理？
- 若係於一審判決後始發現進而開示，辯方因此於二審聲請調查證據，若二審法院准許，則此際適用本法第91條：  
「行國民參與審判之案件經上訴者，上訴審法院應本於國民參與審判制度之宗旨，妥適行使其審查權限。」時，是否應有不同的考量（如果檢方在一審即開示，會否有不同的審判結果）？

2. 若於第二審宣判後，判決確定前發現：

① 於三審前之訴訟程序，檢方並未完整履行其憲法上之開示義務

→ 對被告之審判違反正當法律程序，構成訴訟程序違背法令？

→ 依刑訴法第380條之規定，若顯然於判決有影響，則應撤銷二審判決

→ 應如何判斷檢方未開示，是否構成「顯然於判決有影響」？

② 若達構成有害瑕疵，三審法院是否應在撤銷二審判決時，將案件發回更審？

→ 為何檢方未履行開示義務的結果，是被告再接受一次審判？這算救濟嗎？

3. 若於判決確定後發現：

若構成第420條第1項第6款所稱「發現新事實或新證據」，則據以聲請再審？

→ 但為何檢方未完整履行其憲法上開示義務之後果，是被告還要再接受一次審判？這算救濟嗎？

就以上問題，司法院111年11月7日公告之本法施行細則草案，有如下規定，解決一部份以上疑義：

第一百三十四條 檢察官於第一審言詞辯論終結後始取得與本案有關之證據，認為足以影響判決結果者，亦得主動開示予辯護人或被告。

前項規定，於判決確定後，亦同；於此情形，檢察官得向刑事訴訟法第四百二十七條所定之人開示證據。

第二審法院、受理再審聲請之法院

知有第一項情形者，得命檢察官將該證據提出法院。

# 立法理由將本條所定開示稱為檢察官之自主開示：

## 立法理由第一點：

用，然而檢察官如於第一審言詞辯論終結後，始取得與本案有關之證據，又依具體情節認為該證據足以影響判決結果者，則該證據當可能成為上訴審或審理再審聲請之法院作成裁判前審酌之重要證據，檢察官自得自主開示該證據予辯護人或被告，爰訂定第一項。

## 立法理由第二點：

又檢察官此一自主之證據開示，並不以本案判決確定前為限，且並不以案件繫屬於法院為必要，即使於判決確定後，並未有案件繫屬於法院之情形，檢察官亦得主動開示證據，此時檢察官開示證據之對象當為刑事訴訟法第四百二十七條所定得為被告利益聲請再審之人；至於如該案已經再審聲請權人為被告之利益聲請再審者，檢察官於該再審聲請程序中知有第一項情事者，仍得自主開示證據予被告或辯護人，爰訂定第二項。

# 辯方開示之進一步探討

• 本法第55條第1項：「辯護人或被告依前條第一項、第二項、第四項規定向法院聲請調查證據之情形，應即向檢察官開示下列項目：

一、聲請調查之證據。

二、聲請傳喚之證人、鑑定人或通譯於審判期日前陳述之紀錄，無該紀錄者，記載預料其等於審判期日陳述要旨之書面。」

• 本條立法理由第1點：「辯護人或被告依前條第一項、第二項、第四項規定向法院聲請調查證據後，為使檢察官亦得於審前知悉相關證據內容，以提出對於證據能力及證據調查必要性之意見，俾利法院於準備程序整理爭點及證據，是明定辯護人亦負有事先向檢察官開示證據內容之義務，以資衡平」

→ 辯方因聲請調查證據，而應開示所有聲請調查之事項





Q1 :

辯方開示應如何進行？



- 該條立法理由第3點：「為避免程序停滯或延宕，以維護程序之迅速與公平，辯護人或被告提供檢察官檢閱、抄錄、重製或攝影之時間，宜與第五十三條第三項檢察官開示之規定一致。爰訂定第二項。」

→ 所謂「檢閱、抄錄、重製或攝影」應如何進行？

- 就物證或書證而言，檢方能檢閱、抄錄、重製或攝影之範圍有多大？

→ 例如，辯方聲請調查證人製作之日記帳的其中一部份，檢方能否為了對日記帳之證據能力及調查必要性表示意見，而要求檢閱、抄錄、重製或攝影辯方聲請調查範圍以外、甚至全本日記帳？

→ 未曾於模擬審判中模擬過的狀況，以下的探討，僅能說是嘗試點出問題，並非給出答案

# 比較法上的參考

美國聯邦刑事訴訟規則（Federal Rules of Criminal Procedure）第 16 條 Discovery and Inspection (b) DEFENDANT'S DISCLOSURE.

(1) Information Subject to Disclosure. (A) Documents and Objects. 規定，一旦檢方依辯方請求而開示，則辯方相應亦應依檢方要求，准許檢方檢查、拷貝或攝影（inspect and to copy or photograph）辯方所掌握而擬於訴訟中使用之 books, papers, documents, data, photographs, tangible objects, buildings or places, or copies 或上開物品之一部（portions of any of these items）

→ 似乎即使辯方只打算使用其中一部份，檢方也得請求獲悉全部內容

但問題在於：

## 國家不得強迫被告自證己罪

→ 若乙項證據的內容部分有利、部分不利於被告，而被告僅打算使用其中有利部份，則是否仍有義務將不利部分也開示給檢方？

→ 當檢方依本法第57條第1項：「檢察官、辯護人認他造違反第五十三條、第五十五條規定未開示應開示之證據者，得聲請法院裁定命開示證據。」之規定，以辯方開示未盡（立法理由第1點：所謂「未開示應開示之證據」者，包含完全未開示、開示未盡）為由，聲請法院裁定命辯方開示時，**辯方得否以開示將形同使被告自證己罪為由，拒絕開示？**

也許法院在依第57條第3項聽取辯方意見或命辯方向法院提出該日記帳並自行檢視後，會考量對被告防禦權之不利影響（本條立法理由第2點參照）而依同條第2項規定，以裁定指定日記帳之開示方法或附加條件：

- 法院在聽取意見、檢視證據時，已接觸日記帳中不利被告之內容
- 有形成不利預斷甚至心證之風險
- 若日後實務認為，即使可能對被告不利，辯方開示時仍應有利、不利一併開示，則辯方在擬定出證計畫時，務必要秉持大局觀，連證據中可能的不利成分也一併考量進來。如此一來，是否有使辯護綁手綁腳之虞？

可進一步追問者係：

若法院裁定辯方應開示全本日記帳，則檢方可否於訴訟上使用其檢閱、抄錄、攝影所得之日記帳內容？例如，就辯方未聲請調查之不利部分，聲請調查？

似應考量以下因素：

- 辯方開示之制度目的係為了讓檢方能夠就辯方證據之證據能力及調查必要性表示意見，「俾利法院於準備程序整理爭點及證據」
- 辯方開示義務是本法為工具性目的（促進訴訟效率）而課予辯方之義務；被告不得被迫自證己罪，是憲法位階之原則（訴訟權及正當法律程序）。要是開示結果，有成為定罪證據之風險，會否影響辯方為己舉證辯護的意願？

可以再往下追問：

檢方根據辯方開示之資料，獲悉辯方聲請調查之證據內容後，是否可以相應於訴訟上提出彈劾證據？

若是，則該等檢方彈劾證據是否亦應於準備程序開示予辯方？



→ 分析：

- ① 從立法理由所示辯方開示制度之目的，在於便利檢方對辯方證據表示證據能力及調查必要性之意見而言，似應採否定見解，但這是否符合對抗制之精神？
  - ② 若採肯定見解，則檢方是否須於準備程序為彈劾證據之提出，聲請調查？
- 若是，則檢方之彈劾證據必然亦屬本法第53條第1項所稱「本案之證物」而須開示予辯方。從而，辯方可否因此相應再提出證據調查聲請？
  - 若否，則辯方能否在審判中，因其證據遭彈劾而依本法第64條提出新的證據調查聲請？

→ 從施行細則似乎看不出答案

Q2 :

本法第55條第1項第2款所稱「證人、鑑定人或通譯於審判期日前陳述之紀錄」，係指何人製作之記錄？

• 公務員製作之記錄



• 辯護人或其助手、第三人製作之私人訪談紀錄



→ **本條立法理由第2點**：「辯方所聲請傳喚預定於審判期日調查之證人、鑑定人或通譯，如曾於審判期日前有陳述之紀錄（例如錄音、錄影光碟等**記錄影像、聲音之紀錄媒體**所記錄之陳述），則應開示該紀錄；如證人、鑑定人或通譯無前述紀錄時，記載預料其等於審判期日陳述要旨之書面，對於當事人攻擊防禦之準備，具有重要關係，亦應屬辯護人於審判期日前應行開示之證據範圍」**其實沒說清楚**

→ **但模擬審判時，曾有地院採肯定見解**

採肯定見解，則上述私人製作之訪談記錄必須開示給檢方，可能會出現的問題：

① 就辯護人或其助手製作之訪談記錄而言：

可能會影響辯護人製作訪談記錄甚至訪談證人之意願，進而影響被告之實質有效辯護：

- 不進行證人訪談，難以在法庭進行實質有效的主詰問
- 訪談時若不製作記錄，則時日一久，案子眾多，難免遺忘或記錯訪談內容

② 就第三人製作之訪談記錄而言：

其中可能包含不利被告之事項、與本案無關之事項、第三人之隱私事項，若須開示，都可能會影響被告聲請傳喚證人的意願

司法院111年11月7日公告之本法施行細則草案的「證人面談」，  
所生疑義：

檢察官、辯護人為遂行前項準備工  
• 第141條第2項： 作，認有必要者，得於交互詰問前與證人會面並為必要之詢問（以下簡稱證人面談）。

• 第141條第4項 證人面談時，被告不得在場。

→ 以上規定一方面將律師對證人的庭外訪談明文化（其實現行律師法、律師倫理規範已有規定），另一方面則使公訴檢察官亦得於庭前訪談證人

→ 但是，被告有為自己辯護而蒐求有利證據之權利，此項權利當亦包括搜求人證。若明定不准被告於證人面談時在場，是否有過度侵害其防禦權之疑義？

## 會不會規範強度太高，導致辯護人失去訪談證人意願？

- 第144條第1項規定「證人面談」的S.O.P.，用意良善，但規範強度是「應」：

第一百四十四條 檢察官、辯護人於開

始面談前，應先告知證人以下內容：

檢察官、辯護人得於實施面談後，以

書面向法院陳報實施證人面談之要

旨，請求比照證人於審判期日到庭作

證之標準，核發日費、旅費予證人。

第一百四十七條 檢察官及辯護人於證

- 第145條第2項：
- 第147條第1、2項：

人面談完畢後，應製作面談紀錄，記載

已進行證人面談要旨、時間及地點，並

由參與證人面談之人簽名之。

證人面談應全程錄音，檔案並應分

別儲存於不同裝置內；必要時，並得全

程錄影。

## 第147條第3、4項：

檢察官及辯護人認為有必要或經證

人請求者，得以書面記錄證人面談中

提問及證人陳述之內容。

前三項之書面紀錄、錄音、錄影於本

案判決確定前，不得銷毀。但已提交法

院保管於行政尾卷者，不在此限。

• 第148條第1、2項：

第一百四十八條 檢察官及辯護人於證人面談完畢後，應即以書面將已完成面談之事通知他造並陳報法院，並載明面談之對象、時間及地點。

前項通知至遲應於交互詰問證人之前一日完成。

• 第149條：

第一百四十九條 檢察官、辯護人經他造請求者，應即時將記載提問及證人陳述之書面紀錄或錄音、錄影交付他造或提供他造檢閱。但對造於證人面談時在場者，不在此限。

• 第153條第1、3項：

第一百五十三條 檢察官或辯護人實施證人、鑑定人、通譯面談，有違反本細則規定之情形者，法院應充分審酌其違規情節、對證人陳述真實性之影響程度等情節，對該證人於審判中證述之證明力予以適當評價。

辯護人違反本細則規定而情節重大者，法院應將其情事通知其所屬律師公會及全國律師聯合會，並依律師懲戒規定辦理。

按照以上規定：

1. 辯護人庭外訪談證人時，應照144條第1項所定S.O.P. 進行
2. 訪談時應全程錄音，並應製作記載訪談要旨之書面記錄，請證人簽名
3. 訪談後，應以書面將訪談之事通知檢察官。經檢察官請求，應將依上開規定製作之訪談紀錄及錄音（影）交付檢察官。
4. 除此之外，也應向法院陳報書面之訪談要旨
5. 違反上開規定者，除影響證人證詞之可信度外，還有受懲戒之風險

→ 好可怕！！！！還是不要訪談比較安全





除了毛骨悚然以外，還是可以提出幾個法律上的疑義：

- 法院在審前閱覽訪談證人的書面要旨，難道不會有審判前提前接觸證據之疑慮？
- 書面要旨之法律性質為何？能與偵訊筆錄相提並論嗎？能在交互詰問時拿來喚醒證人記憶甚或彈劾證人嗎？
- 辯護人沒有公權力，證人要是不簽名，辯護人可奈何？
- 本法第55條第1項第2款並未要求辯護人訪談證人時必須全程錄音並製作書面紀錄，甚至要求證人簽名，但施行細則卻課予辯護人此項義務，是否有子法逾越母法，違反法律保留原則之疑義？

- 最重要的問題在於：

在必須全程錄音之前提下，第149條要求辯護人必須將依檢察官之請求，將訪談之影音紀錄交付檢察官

→ 若證人在訪談時說了不利被告的資訊，勢必隨影音記錄交付檢察官

→ 形同辯護人幫檢察官偵訊證人

→ 但證人在訪談時所述不利被告之資訊，未必屬實；  
就算屬實，被告也無提交給檢方以自證其罪之義務

→ 這樣還有那個謹慎的辯護人會想庭外訪談證人，讓自己的當事人冒這種風險？

Q3：

本法第55條第1項第2款所稱「證人、鑑定人或通譯於審判期日前陳述之紀錄」，應如何紀錄？

本條立法理由第2點僅舉「錄音、錄影光碟等記錄影像、聲音之紀錄媒體所記錄之陳述」為例

→ 尚難斷言在影音記錄以外，是否尚及於書面紀錄，但是模擬審判時，地院採肯定見解，因此衍生以下疑義：

- ① 是否須照筆錄形式，以問答方式製作？
- ② 是否須有利不利一併記載？
- ③ 是否須於訪談時，一併錄音、錄影？

→ 管見：

- 辯護人不是刑訴法上之公務員，應不須按筆錄形式製作訪談記錄，也無同時錄音、錄影之義務（其實最好不要）
- 被告無自證己罪之義務，辯護人則有對當事人之忠實義務，辯護人沒有義務記載不利被告之內容

以比較法帶動思考：

美國聯邦刑事訴訟規則第 16 條 Discovery and Inspection  
(b) DEFENDANT'S DISCLOSURE.

(2) Information Not Subject to Disclosure. 規定，除了科學、醫療報告外，**以下資料不在辯方開示範圍內**：

- 被告、辯護人或其助手在案件調查、辯護過程中（during the case's investigation or defense）製作之報告（reports）、備忘（memoranda）或其他文件（other documents）
- 被告、**已明確的或預期的（prospective）的控方或辯方證人（government or defense witness）**，製作予被告、辯護人或其助手之陳述（**statement**）

美國聯邦證據規則第16條並未要求辯方須經由開示讓檢方知悉證人於審判外透露予辯方的所有資訊

→ 本法第55條第1項第2款：「聲請傳喚之證人、鑑定人或通譯於審判期日前陳述之紀錄，無該紀錄者，記載預料其等於審判期日陳述要旨之書面。」在文義上可能被解為要求辯方：

- 或者不做訪談記錄，而僅開示記載預料證人於作證時陳述要旨之書面；
- 若要做訪談記錄，就必須經由訪談記錄將證人透露給辯方之資訊完全提供給檢方

→ 相較於美國聯邦證據規則，本法寬很多，實際運作時若有不慎，會有弱化辯護之虞

Q4：

若一審法院因辯護人未履行裁定開示之命令，而依本法第58條之規定，裁定駁回其調查證據之聲請，經上訴二審後，二審法院認為一審之裁定有誤，不應裁定命檢方開示，則應予如何之救濟？

■依本法第90條第1項第1款：「當事人、辯護人於第二審法院，不得聲請調查新證據。但有下列情形之一，而有調查之必要者，不在此限：一、有第六十四條第一項第一款、第四款或第六款之情形。」及第64條第1項第6款：「當事人、辯護人於準備程序終結後不得聲請調查新證據。但有下列情形之一者，不在此限：、、六、如不許其提出顯失公平者。」之規定，**在二審調查**？

■依本法第92條第2項第5款：「第二審法院撤銷原審判決者，應就該案件自為判決。但因原審判決有下列情形之一而撤銷者，應以判決將該案件發回原審法院：、、五、法院審酌國民參與審判制度之宗旨及被告防禦權之保障，認為適當時。」之規定，**撤銷發回一審法院**，依國民參與審判程序重為審理（本條立法理由第2點參照）？





報告完畢，敬請指教

