

從訴訟多樣性觀點再論法院於 刑事程序中之職權調查義務 ——以公害犯罪為例

劉芳伶*

要 目

壹、前 言	二、日本之學說狀況
貳、無罪推定與有利原則	肆、來自訴訟多樣性觀點之 再考
一、無罪推定原則之實質 論據	一、公害犯罪作為訴訟客體 之特徵
二、無罪推定原則與訴訟構 造論	二、公平法院原則與公平審 判原則
參、事實認定之適正性與職權 調查	三、浮動式職權調查義務論
一、日本之實務見解	伍、結論——立法論的建議

DOI: 10.6460/CPCP.202304_(34).03

本篇文章業經雙向匿名審查通過。

* 東海大學法律學院法律學系副教授，日本東京大學法學博士。本研究幸獲國科會專題研究計畫（MOST110-2410-H-029-007-MY2）經費補助，特此銘記以申謝忱。並感謝審查人之盡心審閱與具體建言。

摘 要

本文指出有關職權調查義務之有無與其範圍劃界問題之關鍵，係在於無罪推定原則與刑事訴訟構造論之間的關係，而我國最高法院101年度第2次刑事庭會議(一)決議卻混淆兩者之關係採取片面職權調查義務說之立場，實難謂為妥適。於此前提下，本文以日本法之相關議論作為比較法研究之素材，基於所謂「訴訟多樣性觀點」提出「浮動式職權調查義務論」，並以公害犯罪為具體例，析論了在以當事人主義為主並輔以職權主義之訴訟構造下，應如何調和兩主義之關係以定職權調查義務之有無與範圍；最後再以此為基礎對我國刑事訴訟法第163條提出立法修正建議案作結。

關鍵詞：無罪推定、罪證有疑利歸被告、舉證責任、職權調查、公害犯罪、當事人主義、職權主義、公平審判、公平法院

A Reconsideration of Inquisitorial Investigation of Criminal Court from the Viewpoint of Diversified Litigation Types – Taking Public Nuisance Crimes as an Example

Fang-Ling Liou*

Abstract

This paper points out that the key to the question of whether there is an obligation to inquisitorial investigate and how to demarcate its scope lies in the relationship between the principle of presumption of innocence and the theory of criminal procedure structure. The 2012 Second Criminal Divisions Conference of the Supreme Court of the R.O.C. took the position of the so-called one-sided obligation of inquisitorial investigate because of confusing the relationship. Therefore, this paper argues that this Divisions is not appropriate. Under this premise, this paper uses the relevant discussions of Japanese law as the material for comparative law research, and proposes the so-called “floating inquisitorial investigation obligation theory”

* Associate Professor, College of Law Tunghai University; Doctor of Laws, The University of Tokyo.

based on the “viewpoint of diversified litigation types”. Specifically, taking public nuisance crimes as an example, it reviews how to properly determine whether there is an obligation to investigate of court and determine its scope under the litigation structure of the current law with adversary system as the main and inquisitorial system as the supplement. Finally, as a conclusion, based on the previous analysis, it proposes legislative amendments to Article 163 of the Criminal Procedure Law of Taiwan.

Keywords: the Presumption of Innocence, in Dubio Pro Reo, Burden of Proof, Inquisitorial Investigation, Public Nuisance Crime, Adversary System, Inquisitorial System, Fair Trial, Fair Courts

壹、前言

我國最高法院101年度第2次刑事庭會議(一)決議(下稱「101年決議」)將刑事訴訟法(下稱「刑訴法」)第163條第2項但書進行目的性限縮解釋,認為但書所指「應」依職權調查之「公平正義之維護」事項,係「以利益被告之事項為限,否則即與檢察官應負實質舉證責任之規定及無罪推定原則相牴觸」。此決議引起國內肯否兩論之激烈交鋒,從憲法論之層次來看¹,肯定論者認為同決議落實了無罪推定(the presumption of innocence)保障人權之旨值得肯定²。相對於此,否定論則認為同決議根本誤解無罪推定之內涵,更背離了公平法院原則之要求³;申言之,此論認為無罪推定之內涵乃係罪證有疑利歸被告,而並未規範法官有無依職權調查證據之義務⁴;且進一步指摘

¹ 在法律解釋適用之層次而言,否定論者則多係批評本決議罔顧立法旨意,誤用目的性限縮之解釋方法,並有違證據預測禁止原則等。林輝煌,刑事法院職權調查證據之界限——評最高法院101年第2次刑事庭會議針對刑事訴訟法第163條第2項但書之決議,法令月刊,63卷11期,2012年11月,頁7。類似見解:蔡碧玉,職權調查義務vs.公平法院,檢察新論,12期,2012年7月,頁169-175;何賴傑,失衡的天平——有利於被告始符合公平正義?——評最高法院101年度第2次刑事庭決議,台灣法學雜誌,197期,2012年4月,頁84-88。

² 朱石炎,論證據調查——兼論最高法院刑庭101.1.17決議,司法周刊,1581期,2012年2月,版3稱本決議「足以光耀司法史」。並參見高法院值得喝采的一項重大決議,中國時報,2012年1月28日,社論(A17時論廣場)。

³ 林輝煌,同前註1,頁7;類似見解:蔡碧玉,同前註1,頁169-175。

⁴ 吳巡龍,舉證責任與法院依職權調查證據,檢察新論,12期,2012年

同決議將職權調查限縮於有利被告之事項，令「司法天平傾斜」而致法院淪為偏聽被告的「辯護人助理」，實有違法院應公平審判之法定職責與憲法所保障之公平法院原則⁵。由此可知，就憲法論而言，肯否兩派之對立點主要係聚焦於無罪推定原則之內涵應如何理解之上⁶。又罪證有疑利歸被告原則（下稱「有利原則」）之原文用語為「in dubio pro reo」⁷；不過，也有少數論者將此用語轉譯為「無罪的推定」⁸。亦即前者為直譯，後者為意譯。由此以觀也可充分反映出兩者間具有高度的密切相關性。為此，以下有必要進一步分析無罪推定原則與有利原則之關係，以為議論之開展。

7月，頁190；張升星，公平法院的中立假象——從最高法院101年度第2次刑事庭決議談起，檢察新論，13期，2013年1月，頁168-169；林輝煌，同前註1，頁8；許澤天，為調查原則再申冤，台灣法學雜誌，193期，2012年2月，頁3-5。

- ⁵ 張升星，同前註，頁172-173；林輝煌，同前註1，頁15；類似見解：蔡碧玉，同前註1，頁174-175；何賴傑，同前註1，頁88。
- ⁶ 肯定論者認為目的性限縮解釋方符合無罪推定原則之要求，而唯有符合無罪推定之法院方能該當公平法院。於此意義上，肯否兩論之爭議重點還是在於對無罪推定原則之理解。
- ⁷ 「in dubio pro reo」一詞日文翻譯為「疑わしきは被告人の利益に」（後藤昭，「疑わしきは被告人の利益に」ということ，一橋論叢117卷4号，1997年4月，頁577），即我國所稱「罪證有疑利歸被告」。
- ⁸ 吉村德重，無罪の推定と有罪の推定，法政研究，25卷2/4号，1959年3月，頁312。

貳、無罪推定與有利原則

有關無罪推定原則之內涵，素有廣狹兩義之爭⁹，若從狹義，與有利原則幾乎同義，係為一種有關舉證責任之法則¹⁰。相對於此，若從廣義，則認為同原則貫穿全刑事訴訟程序，非僅關乎於審判程序中證據法則之問題¹¹；而其之所由乃係出於對過去罪刑擅斷以及糾問式（以自白為中心之）審判之反省，現已成為近代法治社會所共遵之大原則，有利原則僅為其內涵之一¹²。若以國際趨勢而言，係從廣義¹³。對照前述可知101年決議乃至於其之肯定論者係採廣義；相對於此，前引同決議之否定論者則多採狹義，即認為有利原則與無罪推定係屬同義，而與法官有無

⁹ 林鈺雄，刑事訴訟法（上），11版，2022年9月，頁167-168。

¹⁰ 同前註，頁168；並參照渥美東洋，無罪推定，舉証責任の分配と推定，法学セミナー，384号，1986年12月，頁102。同解：後藤昭，同前註7，頁576。

¹¹ 林鈺雄，同前註9，頁168-169；並參照水野陽一，被疑者・被告人に認められる権利としての無罪推定：人權條約6條に関する議論を参考に，北九州市立大学法政論集，43卷，2015年10月，頁90-91；郭吉助，無罪推定原則於檢察官職權中之體現——以實施偵查、提起公訴及實行公訴為中心，檢察新論，4期，2008年7月，頁188；劉育偉、盧俊良，法治國無罪推定原則在公平法院理念下之落實，國會月刊，41卷3期，2013年3月，頁27-31。

¹² 戶波浩二[ほか]編，ヨーロッパ人權裁判所の判例，2008年9月，頁256；足立昌勝，無罪推定の危機——「犯罪収益等に係る保全手続に関する規則」制定を契機として，關東学院法学，10卷1号，2000年6月，頁46-47。

¹³ 例如法國人權宣言第9條、世界人權宣言第11條第1項、兩公約之公政公約第14條第2項等參照。

職權調查義務並無關係。按若從狹義，反對論者似屬有據。不過，我國實務、通說係採廣義；又事實上，在兩公約施行法制定後，採行廣義的無罪推定之理解的兩公約在臺灣已經具有內國法之地位，於此意義上，可以認為廣義說已經獲得我國之實定法上之根據¹⁴。基此，本文認為，無罪推定原則之理解應從廣義為妥。若此，其與有利原則自非同一概念，於此意義上，若對101年決議採否定論係僅以狹義之理解作為其依據，就未必具有說服力。惟話雖如此，問題是，即便係採廣義之理解，其實也無法導出同決議所謂目的性限縮解釋之結論¹⁵。要之，此處問題之關鍵首應釐清廣義的無罪推定原則其具體內涵究竟為何（以下所稱「無罪推定原則」係從廣義），故以下有必要進一步討論無罪推定原則之實質論據。

一、無罪推定原則之實質論據

首先，有論者指出無罪推定之內涵有三，其一，有利原則，其二，無罪推定含有即便是嫌疑人，在作出有罪判決前，不得將之作為犯罪人加以對待¹⁶，其三，證明被告有罪乃係檢察官之責務，而非法院之責務，亦即所謂當事

¹⁴ 劉芳伶，從「無罪推定原則之現代意義」析論刑事法庭公開播送之基本權衝突與調和，法官協會雜誌，19卷，2017年12月，頁176-179。

¹⁵ 此點我國論者亦有所指摘，例如林鈺雄，同前註9，頁169指摘本決議對無罪推定之理解係「鄧書燕說」。類似指摘，亦可參見許澤天，同前註4，頁5。

¹⁶ 後藤昭，同前註7，頁576。類似見解：水野陽一，同前註11，頁92，108；川出敏裕，無罪の推定，法学教室，268号，2003年1月，頁31。

人主義之意涵（即事實立證等程序之進行的主導權與責任應由當事人負擔，其內涵與職權主義相對）¹⁷。若從此論之第三內涵來看，101年決議所謂目的性限縮解釋，似乎可獲得其法理上之論據。申言之，我國採改良式當事人主義，係以當事人主義為主而保留一部分的職權主義之精神，若此，套用第三內涵，則在當事人主義之下，證明被告有罪（即對被告不利之事項）既係檢察官之責務，法院自無職權調查之義務。但問題是，有利原則乃至於無罪推定原則其實並非當事人主義所專屬，換言之，職權主義與各該原則並非對立，事實上此點也為同論者所不否認¹⁸；又如眾所周知，德國係採職權主義，但毫無疑問地其亦肯認有利原則乃至於無罪推定係為刑事程序之鐵則。要之，同論者所稱證明被告有罪乃係檢察官之責務而非法院之責務等語，乃係以日本刑訴法所採行之當事人主義構造為前提所為之論述，而並非認為可以從無罪推定原則導出法院對被告不利之事項並無職權調查義務之結論。再者，如德國法所示，本來即便在職權主義之下，檢方也必須負舉證責任，從而，以當事人主義構造來說明無罪推定之內涵，亦僅能觀其一隅而難窺全貌；換言之，「證明被告有罪乃係檢察官之責務」此一命題，其實不論係在當事人主義抑或職權主義之構造下皆同，從而自然也無法由同命題直接推演出「依據無罪推定原則故法院對被告不利之事項並無

¹⁷ 後藤昭，同前註7，頁576。

¹⁸ 後藤昭，同前註7，頁586。

職權調查義務」此一結論¹⁹。

另一方面，亦有論者指摘，一般認為，當事人主義下採行有利原則（狹義的無罪推定）之實質論據係為了達成被訴追者與訴追者之間的實質平等化²⁰；不過，此論據卻難以說明為何在職權主義下也採行有利原則。相對於此，本文認為，有利原則之實質論據應求諸於「避免冤案」²¹，此點不論係在職權主義或當事人主義皆同。亦即同原則之實質論據係來自於貫徹「寧可錯放一百也不可錯判一人」之價值觀。換言之，同原則認為「將無辜者誤判為有罪係遠比將有辜者誤判為無罪更為不正義」，而貫徹此一價值觀之終極目的即在於避免冤案²²。如前所述，有利原則與狹義的無罪推定原則係屬同義，於此意義上，所謂無罪推定原則自也服膺於同一價值觀。

不過，就無罪推定原則與有利原則之重疊性而論，其之基本價值觀雖屬相同，但兩原則的核心意義並不相同，要之，有利原則之核心意義，係在於舉證責任之分配（亦

¹⁹ 類似見解，川出敏裕，同前註16，頁32。

²⁰ 後藤昭，同前註7，頁586。

²¹ 若僅憑有利原則，並無法落實無罪推定防止冤案。因為孤立的個人要對抗龐大國家機器已經處於劣勢，又加上與檢察官在法律專業能力上與事實掌握能力上的武器不對等，所以必須有法律專家擔任辯護人，以調整劣勢並維持對等，方能落實無罪推定。後藤昭，弁護人の存在意義，收於：第一卷：弁護人の役割，第一法規，2013年9月，頁4-5。

²² 類似見解，後藤昭，同前註7，頁586-587；內田安夫，犯罪の証明と無罪推定の原則，法学セミナー，502号，1996年10月，頁71；水野陽一，同前註11，頁106。

即舉證之不利益應由檢察官負擔），而無罪推定原則之核心意義，則係在於「保障被告之人格權」以確保其作為「一般市民」之「法地位」能受到合理的保護。申言之，就其形式面（程序面）而言，即便身為被告，基於無罪推定原則，其亦應與「一般市民」同樣地享有²³受「基本權過度干涉禁止原則」（又稱為「最小限度基本權干涉原則」）之保障²⁴；不過，此一保障並非係指必須將「（廣義的）被告」²⁵完全等同與「一般市民」來加以對待²⁶，而是指即便身為「被告」，為了確保刑事程序的順利進行而

²³ 所謂「與『一般市民』同樣地享有……」，係指對基本權之干涉，本來並非僅針對被告，即便是第三人亦同，例如，對第三人所為之搜索、扣押，亦係為了確保刑事程序的順利進行而認為第三人此時具有受特別的權利限制之正當且合理的理由時，即可合理地（必要最小限度內）限制第三人之住居安寧以及財產權。並參照劉芳伶，同前註14，頁183-191。

²⁴ 無獨有偶，日本亦有論者指出，無罪推定原則之核心作用係在於，在有罪被證明、判定前，「必須盡可能地將之『當作無罪之人』來對待」。川出敏裕，同前註16，頁31-32、34。

²⁵ 不過，應注意者係，此處所謂「被告」係從廣義，亦即，不僅是對於審判前的犯罪嫌疑人，當然更及於審判中的被告，還包括對於審判後的被告即受判決人乃至於受執行人以及執行完畢之更生人；因為作為無罪推定原則之核心作用的「基本權過度干涉禁止原則」所擔保者，不僅僅是在「審判前」、「審判中」，更及於「審判後」，都要求國家負有「盡可能維持『被告』能與一般市民過上一樣的日子」之義務。並參照劉芳伶，同前註14，頁185-188。

²⁶ 要之，基於無罪推定原則，令被告得與一般市民（第三人）同樣地享有「基本權過度干涉禁止原則」之保障，但是在「基本權過度干涉禁止原則」之「具體適用上」之所謂「正當且合理的理由」以及「最小限度之合比例之干涉」的具體內涵，當然會因係屬「被告」抑或「第三人」之身分而有不同。並參照劉芳伶，同前註14，頁184-185。

得對其基本權進行限制，但其限制，也必須係在具有正當且合理之理由的前提下且為最小限度之合比例之干涉²⁷。

此外，就其之實體面（即事實認定）而言，即如「有關對於無罪推定之一定內涵與刑事程序中出庭的權利之權利強化的2016年3月9日之歐盟會議以及歐盟理事會2016年343號指令」（下稱「16年343號歐盟指令」）之前文，明定無罪推定與公平審判之權利乃係犯罪嫌疑人以及被告之權利保護之共通最基本的原則（common minimum rules）²⁸。一言以蔽之，無罪推定原則乃係為達成公平審判之最根本的基礎。事實上，也有論者指出，無罪推定原則之核心意義乃係在於「擔保事實認定之適正性」，而與有利原則並不相同，前者係貫穿整個刑事訴訟程序之原則，後者則僅係在審判者下最終判斷時（判斷舉證之不利益應由誰負擔時）發生作用²⁹。而所謂「適正性」係指事實認定之過程適當且結果正確。又有論者將「公平審判」之「公平」解為「公正且平等」，並指出此一概念不僅要求「審判結果

²⁷ 有關此點，可參見司法院釋字第654號解釋理由書與同院釋字第665號林子儀大法官部分協同、部分不同意見書；並參照劉芳伶，同前註14，頁184。

²⁸ Directive (EU) 2016/343 of the European Parliament and of the Council of 9 March 2016 on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at the trial in criminal proceedings. Directive 2016/343/EU, OJ 2016, L 65/1. (9), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0343,2022/9/19>.

²⁹ 公文孝佳，無罪推定法理の實質化と再審，法律時報，75卷11号，2003年10月，頁10-11。不過，事實上，有利原則是否僅適用在有罪無罪之結論上抑或也適用在個別的證據評價上，容有爭議。可參照後藤昭，同前註7，頁589。

在客觀上的正確性」還包括「獲得公眾的理解（信賴性）」以及「不偏不倚（不偏性）」³⁰。於此意義上，就「（結果）正確性」而言，「無罪推定原則」與「公平審判原則」兩者之所求自屬一致。惟話雖如此，要特別注意者係，無罪推定原則並非公平審判之子原則，而係與被告受公平審判的權利並列之憲法上重要的原則³¹。要之，無罪推定原則與公平審判原則雖皆為被告受憲法所保障之最基本的權利（*minimum rights*），但兩者係不同的概念，前者乃為實現後者所不可或缺的最基本要素³²。而上引論者所稱「擔保」二字，亦同樣可彰顯出無罪推定原則乃係確保公平審判之落實所必要不可欠缺之基盤。

基上所陳，本文認為無罪推定原則之實質論據之核心應求諸於「（廣義的被告作為）一般市民之法地位之確保」此點之上，在此前提下，可進一步分別其形式面與實體面來論其內涵。首先就形式面而言，在憲法層次上，係以基本權過度干涉禁止原則之保障為核心，而在刑訴法層次上，則係在於落實正當法律程序之保障，另就實體面而言，其憲法層次之核心係在於事實認定之適正性之保障，而就刑事法之層次而言，則係在於擔保事實認定之過程適當且

³⁰ 守屋克彦，公平な裁判について——鴨良弼教授の業績から考える，法律時報，69卷9号，1997年8月，頁19、22-23。

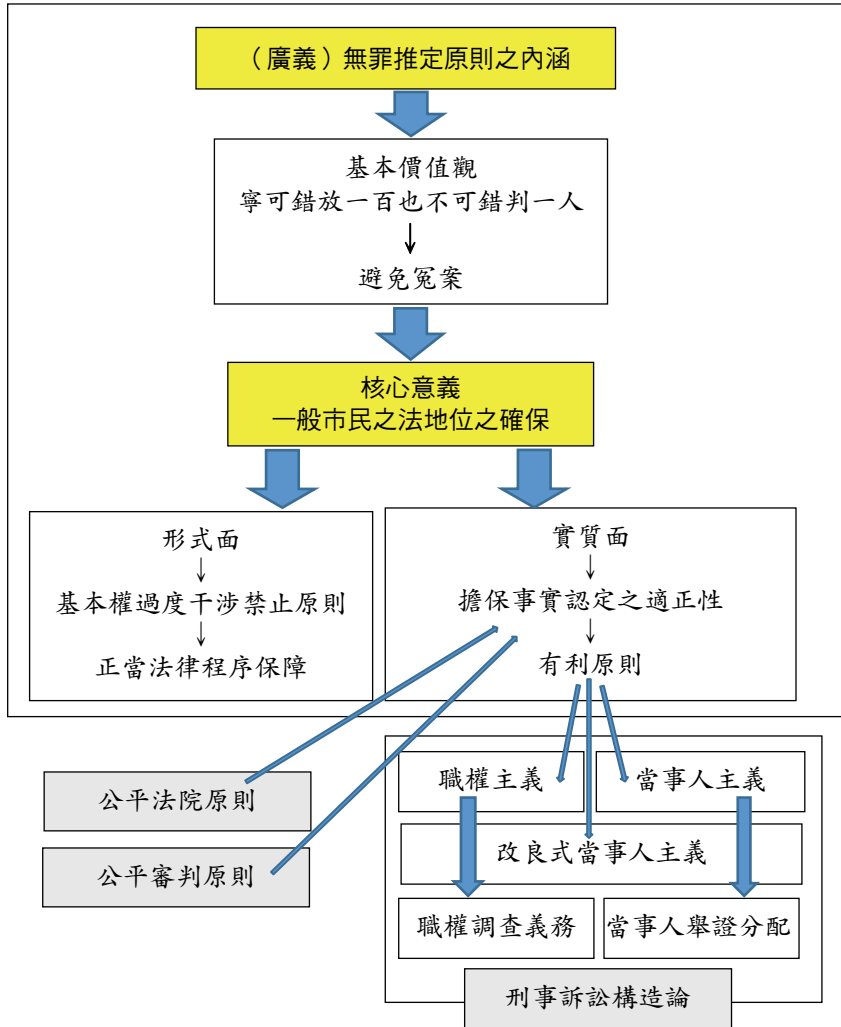
³¹ 公平審判乃係支配審判階段之原則，而無罪推定卻是貫穿整個刑事司法程序之原則，後者自不可能為前者的下位概念。並參照劉芳伶，同前註14，頁183。

³² 類似見解：水野陽一，同前註11，頁92、105。

結果正確，具體上，有利原則即係其重要的擔保機制之一。

二、無罪推定原則與訴訟構造論

承上所析，可將無罪推定原則、有利原則及其與訴訟構造之間的關係，圖示化如下：



由上圖可知，真正左右職權調查義務之有無乃至於其劃界問題之關鍵，其實並非是無罪推定原則之內涵本身，而係其與刑事訴訟構造論之關係。申言之，按上圖所示，無罪推定原則之實質面係在落實事實認定之適正性，其中首推有利原則之運用，而從有利原則出發並無法得出101年決議所謂法院僅就有利被告之事項方有職權調查義務之結論，實至為顯然。另一方面，從形式面而言，所謂正當法律程序保障係在落實憲法上所保障之基本權過度干涉禁止原則藉以確保被告作為一般市民之法地位，由此也同樣無法得出101年決議上述結論。據此，本文認為同決議所稱「……依目的性限縮之解釋，應以利益被告之事項為限，否則即與檢察官應負實質舉證責任之規定及無罪推定原則相牴觸，無異回復糾問制度……」云云，顯係出於誤解無罪推定原則與訴訟構造論之間的關係所致，與此同時也有混淆職權主義與糾問制度之誤謬。

而刑事訴訟構造論之核心，係在於事實立證等程序之進行應由誰主導、負責才具有適正性。以一般論而言，採當事人主義構造，係由當事人主導、負責；若採職權主義構造，則係由法院主導、負責³³。申言之，如前所述，廣義的無罪推定原則包含有利原則，而有利原則乃係定舉證責任效果歸屬之法則，亦即學理上所稱實質的舉證責任

³³ 不過要注意的是，事實上所謂「當事人主義」具有多義性。山室惠，當事者主義と訴訟指揮，收於：刑事訴訟法の争点，3版，2002年4月，頁147。

（或稱客觀的舉證責任）³⁴，然在不同的訴訟構造下，舉證責任之具體內涵仍有所不同，要之，在當事人主義之下，理論上，若檢察官未盡舉證之責，法院應直接以此為由判決被告無罪；反之，若係在職權主義下，雖亦採無罪推定而應適用有利原則，但由於法院乃程序之主導者故也同時負有職權調查義務（包括對被告之利與不利），從而若僅以檢察官未盡舉證為由便直接判決被告無罪，則有未盡審理義務之違法³⁵。

³⁴ 實質的舉證責任係指，與待證事實有關的所有證據皆已提出，法院經調查後以自由心證進行判斷卻仍無法（就被告是否有罪）達到無合理可疑之確信之時（即事實真偽不明），決定法院應如何下判斷之法則；於此意義上，其又被稱為最後的證據法；一言以蔽之，負擔真偽不明之不利利益之一造即負有實質的舉證責任之一方；而刑事訴訟程序受無罪推定支配，原則上，應由檢察官負實質的舉證責任。石井正一，刑事實務証據法，5版，2011年11月，頁532-535。

³⁵ 由此可知，雖說基於無罪推定所要求之有利原則，應由檢方負實質的舉證責任此點（並可參照同前註），不論係在當事人主義抑或職權主義之下皆無不同，然而，在不同訴訟構造下仍會異其舉證責任之具體內涵，亦即，在職權主義構造下法院僅以檢方未盡舉證責任而逕為無罪判決即有未盡審理義務之違法；相對於此，在當事人主義下則無此問題。後藤昭，同前註7，頁576。此外，在職權主義訴訟構造下，因為法院負有職權調查義務，故形式的舉證責任（又稱為主觀的舉證責任，或稱為立證之必要性，檢察官負有實質的舉證責任因此負有第一次的形式的舉證責任，即有提出本證進行立證之必要性，當檢察官確立本證之後，被告即有必要提出反證，此即第二次的形式的舉證責任）在此構造下並無實際的作用。同前註，頁533。另外要補充說明的是，有關無罪推定原則適用的時點，學說上容有爭議，雖我國刑訴法第154條第1項明定「被告未經審判證明有罪『確定』前」，但有認為無罪推定僅適用於第一審，在第一審之事實審判決被告有罪之後，無罪推定原則即無適用之餘地。蔡秋明，舉證責任——兼論刑事被告之地位及其舉證義務，台灣本土法學雜誌，55期，2004年2月，頁

不過，在臺灣，刑事程序係採行所謂改良式當事人主義構造，故而無法直接適用上述之一般論。要之，我國的問題核心係在於兩主義應如何調和。無獨有偶，日本亦有類似問題。按彼邦實務通說認為其刑訴法雖採當事人主義優先於職權主義，但仍保留職權主義，故而兩主義如何調和，在彼邦一直是極為重要之課題³⁶。而其之刑訴法第298條第2項規定應如何解釋適用，即為此一課題最具代表性之爭議問題；而此爭議最具代表性判決先例當首推日本最高法院1958年2月13日判決³⁷（下稱「1958年判決」）³⁸。於此意義上，彼邦相關議論對我國而言可為他山之石，故以下續行析論以為借鏡。

129。相對於此，也有論者認為，我國與英美採行陪審制之情形不同，不宜認為無罪推定原則僅適用於第一審，因為我國之第二審係採覆審制，第一審認定之事實非常有可能被第二審推翻，因此第二審也應有無罪推定原則之適用。黃朝義，無罪推定，2001年8月，頁5-6，32。不過，此兩說之立論前提，皆係採行狹義的無罪推定原則，亦即僅將之理解成一種舉證責任之法則（有利原則）。劉芳伶，同前註14，頁178。渠等之立論若自本文採行廣義的無罪推定原則來看，並非可採。按無罪推定原則若從廣義，同原則之適用時點自應貫穿全刑事訴訟程序，此點並不會因為訴訟構造不同而生異；要之，會因訴訟構造而有不同者，乃係（廣義的）無罪推定原則中有關舉證責任之部分（即有利原則）的具體內涵。

³⁶ 真野英一，職權審理義務の存否，收於：刑事訴訟法判例百選，4版，1981年10月，頁104-105。

³⁷ 最一小判昭和33年2月13日刑集12卷2号218頁。

³⁸ 真野英一，同前註36，頁105。並參照大谷剛彥，職權審理義務の存否，收於：刑事訴訟法判例百選，5版，1986年9月，頁116。

參、事實認定之適正性與職權調查

日本刑訴法第298條第2項規定法院在「認為必要之時」（必要と認めるときは）「得」（できる）依職權為調查。彼邦通說認為，本條立法之意旨係在於補充當事人立證之不備³⁹；但即便法條明定為「得」，此種職權發動是否具有義務性仍素有爭議⁴⁰。其代表性之實務見解與學說之議論狀況分述如下。

一、日本之實務見解

1958年判決指出：「按……刑事訴訟法……原則上，無法解為法院有義務必須依職權進行證據調查或促使檢察官立證。但……像本案（即系爭被告案件）這樣的情形，亦即，與本案有關之他案（即其乃為本案被告之共犯或必要共犯之關係的其他的共同被告之案件）屢屢由同一法院（與本案）合併抑或分離審理之情形，而有關之他案業已受有罪判決，系爭（成為有罪判決之證據的）數份供述筆錄，在該他案中，雖已作為證據予以提出，然而在本案

³⁹ 川出敏裕，職權審理義務の存否，收於：刑事訴訟法判例百選，8版，2005年3月，頁224。

⁴⁰ 同前註。就一般論而言，法條規定「得」，被認為係屬法院裁量權而無義務性。松生光正，職権による証拠調，收於：新判例コメント一刑事訴訟法（3卷），1995年8月，頁503。相對於此，肯定論者則認為，雖條文用語為「得」，但並非因此否定義務性，按只有在判決成熟時才能下判決乃係自明之理，此即為職權調查義務性之根據。團藤重光，職権主義と当事者主義，收於：刑事法講座(五)，1953年2月，頁949。

中，檢察官卻顯因疏於注意而漏未將之作為證據予以提出，於此情形，應解為法院至少有促使檢察官提出之義務為當。從而，本案之原審判決並未促使檢方進行立證就逕以證據不足而為無罪之宣告，此即有未盡審理義務而致理由不備或事實誤認，應認為其不備或誤認顯有影響於判決[。]」⁴¹。

在1958年判決之前，彼邦不少高等法院判決以其刑訴法第1條之實體的真實發現主義之規定為根據，廣泛地肯認法院係負有曉諭義務（即促使當事人進行立證之勸告義務）乃至於職權調查義務⁴²；相對於此，上揭1958年判決可謂係在實質上變更了歷來的高等法院之見解⁴³。

有趣的是，為何1958年判決一反過去高院所持之一貫立場，轉而在原則上明白地否定法院之職權調查乃至於促使立證之義務，不過，與此同時卻也肯認在檢察官顯然疏於注意而漏未提出證據之情形下應解為法院「至少」（少なくとも）有促使檢察官立證的義務。其在原則上有此轉變之所由，一般認為應係日本最高法院為呼應學說長年以來的批判而作出的反省與回應⁴⁴。申言之，若就當時的議

⁴¹ 本件有反對意見。

⁴² 代表性判決：東京高判昭和26年6月7日高刑集4卷6号641頁（曉諭義務）；東京高判昭和27年7月1日高刑集5卷7号1111頁（職權調查義務）。真野英一，同前註36，頁105。

⁴³ 大谷剛彥，同前註38，頁117。

⁴⁴ 日本學界素來批判彼邦實務所持廣泛的職權調查之立場根本係與當事人主義構造下的刑事程序應由檢察官負實質舉證責任之要求相齟齬。坂口裕英，職權証拠調義務の存否，收於：刑事訴訟法判例百選，新

論背景而言，日本司法實務家一貫地認為彼邦現行刑訴法與舊刑訴法相較而言，雖然係顯著地強化了當事人主義的色彩，但是與徹底貫徹當事人主義之民訴法相較，仍大有不同，亦即刑訴法為達成實體真實發現（日刑訴法第1條）之目的，職權主義之輔助仍係必要不可欠，換言之，在採行當事人主義之現行刑訴法之文脈下，職權主義作為一種補充性的必要存在依然潛藏於後⁴⁵。由此，也就不難理解，為何彼邦高院多數見解仍廣泛地肯認法院負有曉諭義務乃至於職權調查義務。對此，彼邦學說之主流，則係長年指摘日本高院歷來廣泛地肯認職權調查義務之立場，與其現行刑訴法之當事人主義訴訟構造之間互有鑿枘，顯屬不當⁴⁶。而1958年判決，就原則上來看，顯係轉向與學說主流同調。

惟應注意者係，1958年判決雖立基於當事人主義之現行法構造，而在「原則上」否定了法院負有曉諭義務與職權調查義務，此點確實迥異於素來的高院見解；但該判決同時也肯認在「例外」的情形下⁴⁷法院仍有促使立證的曉諭義務，且僅係「未提及」可否「例外地」肯認職權調查義務而已，但也並非完全否定之，此點由其所稱「至少」

版，1971年5月，頁130。

⁴⁵ 江崎太郎，檢察官の証拠調請求義務に関する刑事訴訟法第300条の運用，判夕，150号，臨時増刊，1963年11月，頁2360；並參照真野英一，同前註36，頁105。

⁴⁶ 同前註。

⁴⁷ 例如，檢察官顯然疏於注意而漏未提出證據之情形下。

二字（即如上所述，1958年判決指出，「至少」有促使檢察官立證的曉諭義務），即可知之⁴⁸。

接著，再就彼時之大時代背景而言，1950年代後半的日本，暴力集團操弄地下金融（サルベージ⁴⁹）案件（尤以1958年6月11日的「橫井襲擊事件⁵⁰」為代表）頻發，也因此在當時引發了所謂訴訟遲延之問題，為此，日本辯護士連合會（簡稱「日辯連」，相當於我國的全國律師公會），在1958年11月9日於金澤市召開第一次人權擁護大會上還公開發表了以「訴訟遲延避害除去由（訴訟遲延による弊害除去の件）」為題的決議案，其中，最值得玩味的是，決議案要旨中指出「訴訟遲延的原因，雖說其責任也並非全在法院，但法院仍應努力取得訴訟當事人及訴訟關係人之……協力……」（下線為筆者所加）⁵¹。復又加諸有文獻指摘職權調查會造成法院審理的負擔⁵²。由此似

⁴⁸ 而之所以1958年判決「未提及」可否「例外地」肯認職權調查義務，一般推測係因為同判決認為在本件檢察官顯然疏於注意而漏未提出證據之情形下，只要促使檢察官立證就為已足，根本毋需動用到職權調查之故。真野英一，同前註36，頁105。

⁴⁹ 所謂「サルベージ（salvage）」是日本黑道（暴力集團）慣用的行話，係指透過將票據交給地下金融業者（パクリ屋、沈め屋、シンカ一等）作為白手套進行流通的手法來洗錢，而此種手法通常也會伴隨著暴力脅迫等非法手段之併用。

⁵⁰ 日本企業家橫井英樹因地下金融等金錢糾紛而遭到暴力集團安藤組之組員千葉一弘槍擊的案件。

⁵¹ 日辯連，https://www.nichibenren.or.jp/document/civil_liberties/year/1958/1958_6.html（最後瀏覽日：2022年12月22日）。

⁵² 大谷剛彥，同前註38，頁117。

可推斷出，若按高院素來的立場（也就是廣泛地進行職權調查）雖然有助於促進訴訟，然而當時大量的暴力集團操弄地下金融案件，實在讓法院深感素來廣泛的職權介入之作法（即歷來高等法院之見解）已經造審理上的重荷而難以負擔，之後1958年判決的立場轉變（即不再廣泛的職權介入而實質上變更了歷來高等法院之見解）則顯然對此沉重負擔有相當的緩解作用，據此應可推認1958年判決之立場轉變可能與此一大時代背景有關⁵³。

據上統整以言，在一方面可能係為呼應日本學說長年的指摘，而另一方面也可能係為減緩職權調查之沉重負擔，於此等背景下，1958年判決確立了在刑訴法之當事人主義構造下，法院原則上並無職權調查義務的立場（亦即在實質上變更了歷來高等法院之見解）。但問題是，如此一來，雖減輕了法院審理的負擔，卻也因此造成了訴訟遲延。此點，從前述之同年11月9日所作成的日辯連決議案也可察知，亦即日辯連希望法院還是要「適時地」職權「介入」（好讓當事人及關係人配合）以促進訴訟避免遲延。不過要特別注意的是，基本上，日辯連還是認為在日本刑訴法之當事人主義構造下仍應以當事人為法院職權

⁵³ 基於本文所述當時的時代背景，似可推測出，1958年判決之所以有這樣的立場轉變，應該不是其有意推翻彼邦高院素來的作法故為獨斷專行，而是當時整個法界已經漸漸散發出「廣泛地職權介入」真的是「負擔太大（實在太累）」的氛圍，1958年判決便在此氛圍下順勢（順兩股勢，一是學界批判已久，二是法官同僚們大家都累了）而為，其結果就是在實質上變更了歷來高等法院之見解。

為輔，所以作為前提才強調「雖說其責任也並非全在法院」，而且其主張係「適時地」職權「介入」，按此處所謂「介入」仍應以「促使當事人配合（立證）」為主，換言之，「（職權）調查」乃係最後不得已的「例外」。總之，不管是1958年判決之立場抑或日辯連的立場，基本上，與下述學說主流之立論軌跡可謂係趨於一致。

二、日本之學說狀況

在日本學說上，就一般論而言，幾乎一致地認為，立基於當事人主義，原則上法院並不負有職權調查之義務，也無促使當事人進行立證之義務⁵⁴；惟話雖如此，基於發現實體真實之要求（日刑訴法第1條）職權主義係作為當事人主義之輔助，於此意義上，學說上多數論者也同時肯定，在一定例外之情況下，法院仍應行使釋明權而負有一定的曉諭義務（即令當事人釋明並促使其立證，參照日本刑訴規則第208條）乃至於職權調查義務⁵⁵，不過具體上在何種情況下方才該當於所謂之例外，則見解各異⁵⁶。整理彼邦諸說，可粗分為以下四種立場，（一）不論是對被告（即有利被告之方向）或檢察官（即不利被告之方向），

⁵⁴ 附錄（Appendix）A15，職權審理義務の存否，收於：刑事訴訟法判例百選，6版，1992年11月，頁235。

⁵⁵ 高橋醒吾，職權証拠調べ，收於：大コンメンタール刑事訴訟法，第6卷，2版，2011年4月，頁243；松尾浩也，刑事訴訟法（上），新版，1999年6月，頁305-306。

⁵⁶ 団藤重光，同前註40，頁935以下；真野英一，同前註36，頁105。

法院雖都有曉諭義務，但並無職權調查義務⁵⁷。(二)對被告，法院雖有曉諭義務，但只有在例外的情況下才有職權調查義務；對檢察官，法院沒有曉諭義務，也沒有職權調查義務⁵⁸。(三)對被告，法院雖有曉諭義務，但只有在例外的情況下才有職權調查義務；對檢察官，法院雖有曉諭義務，但沒有職權調查義務⁵⁹。(四)不論是對被告或檢察官，法院雖有曉諭義務，但只有在例外的情況下才有職權調查義務⁶⁰。其中，(三)之立場中有以公平法院有訴訟照顧義務⁶¹為據，而主張法院僅就對被告有利之方向才有職權調查義務（下稱「片面職權調查義務說」）⁶²。

據上所陳不難發現我國101年決議所採用的目的性限縮解釋，係與上揭日本學說(三)之立場的「片面職權調查義務說」若合符節。而此說所持訴訟照顧義務之論據，其實質的理由係認為被告與國家間之實力不對等，故有必要透過法院依職權在訴訟上予以特別照顧（僅就被告有利之方向為調查）方能有效衡平此種不對等關係，以達成實質

⁵⁷ 大谷剛彥，同前註38，頁117。

⁵⁸ 同前註。

⁵⁹ 松尾浩也，同前註55，頁306；團藤重光，新刑事訴訟法要綱，7版，1973年3月，頁216-217；坂口裕英，職權審理義務の存否，收於：刑事訴訟法判例百選，3版，1976年9月，頁133。

⁶⁰ 平野龍一，刑事訴訟法の基礎理論，1964年3月，頁144-148。

⁶¹ 日文原語為「後見的任務」（松尾浩也，同前註55，頁306），其義相當於我國所稱「訴訟照顧義務」。

⁶² 團藤重光，同前註40，頁949；團藤重光，同前註59，頁216-217；真野英一，同前註36，頁105。

性的公平。不過，對此，彼邦也有反對論者批判指出，僅因法院對被告有訴訟照顧義務，即認為應只就對被告有利之部分方存有職權調查之義務，而對其不利之部分則全然否定，實非妥適；按若考量到訴訟具有多樣性，則不論利或不利皆應肯認在極端例外的情況下法院皆具有職權調查義務，只不過基於對被告之訴訟照顧義務，因此就利與不利，其所得肯認之例外範圍，會有不同而已⁶³。此論指摘應考量到訴訟具有多樣性此點，本文亦深表贊同。不過，可惜的是，其並未進一步具體說明何謂訴訟多樣性，又所謂「極端例外的情況」具體上係何所指？故以下有必要進一步予以說明。

肆、來自訴訟多樣性觀點之再考

按本文所稱訴訟多樣性觀點，係指職權調查之範圍劃定並非固定不變，應依「訴訟客體」之「不同特徵」而異其調整之柔軟的觀點。若就強盜、殺人等傳統案件而論，身為個別的自然人之被告對於龐大的國家機器來說，係屬相對弱勢，此類之「訴訟客體」之「特徵」剛好符合前述片面職權調查義務說之前提假設（即「被告與國家之間處於實力不對等之關係」），於此意義上，與「片面職權調查義務說」同立場之101年決議之目的性限縮解釋，就實

⁶³ 因法院對被告有訴訟照顧義務，承認利於被告之例外的範圍自會大於不利的情形。大谷剛彥，同前註38，頁117。類似見解：坂口裕英，同前註44，頁132。

質上而言，確實具有衡平此種實力不對等之作用；若將之公式化，亦即，透過「片面職權調查義務說」可以將「國家實力>個人實力」之狀況予以衡平轉化為「國家實力=個人實力」，藉此促成實質上的公平。不過，所謂「訴訟客體」係由「特定的被告」與「特定之犯罪行為」所構成，「被告」可能為自然人亦可能為法人，而「犯罪行為」之「特徵」更係多種多樣，從而，並非所有的「訴訟客體」皆會符合「片面職權調查義務說」之前提假設，換言之，並非所有的案件都會符合「國家實力>個人實力」此一公式。故此，本文認為，如101年決議所示，即不論何種類型之「訴訟客體」皆一律採取片面職權調查義務說，並非妥適。以下擬以公害犯罪為例從訴訟多樣性觀點為進一步的說明。

一、公害犯罪作為訴訟客體之特徵

首先，就公害犯罪而言，其所涉及之被告可能係自然人，亦可能係法人，若為後者，則與片面職權調查義務說同立場的101年決議之不當至為顯然。其理無他，法人等企業組織體相對於個人消費者而言乃係社會強者，尤其若係屬跨國大型企業之情形，其實質上所持有的實力（政商關係、所持資本乃至於各種人脈與法律資源等）甚至可能等於抑或根本超越國家實力，若此時竟按101年決議採目的性限縮解釋，認為法院僅有義務就被告有利之方向進行片面的職權調查，顯然會讓已經不對等關係更加不對等，其違背法院應為公平審判之誠命至為顯然無待贅言。按如

前述，審判的公平性，其內涵有三，即「（審判結果之）正確性」⁶⁴、「（公眾對司法之）信賴性」⁶⁵與「（對雙方當事人之）不偏性」⁶⁶；若在被告係屬於擁有不遜於甚至超越國家實力之跨國大企業時，仍一律採行有利於被告之片面職權調查義務說之立場，如此一來，只會讓身為加害者之企業組織體享有強者越強之不當優勢，而身為被害人之廣大消費者則處於弱者越弱的劣勢，此時，毫無疑問地會嚴重戕害民眾對於司法之信賴性且會在實質上惡化不偏性，甚至可能會影響於裁判的正確性，屆時除了「恐龍法官」之污名外，恐怕還得背上「財團打手」的黑鍋。

另一方面，即便公害犯罪之被告係為個別的自然人，也同樣不宜一律套用片面職權調查義務說。按如論者所指摘，由於公害犯罪具有直接威脅不特定多數被害人之生存權，且隨著科技發展而產生新型態的被害或難以預測之被害，又可得為證據之相關事證幾乎皆隱蔽於企業組織體之內非外部人士所得窺知，而被害人乃至於檢察官都未必具有相關的知識背景，並加諸事實證明往往涉及高度科學專門技術等原因而致訴訟通常長期化等特徵⁶⁷；據此，公害

⁶⁴ 係指「審判之結果正確性」，亦即「判決之事實認定以及法律適用是否正確」。

⁶⁵ 係指「訴訟當事人、訴訟關係人乃至於社會大眾是否相信『司法審判之結果係屬正確以及進行審判之過程係屬公正』」。

⁶⁶ 係指「審判主體是否立場持平並未偏向當事人之任何一方，以及雙方當事人在地位上是否對等（武器是否對等）」。

⁶⁷ 丸尾寬道，企業犯罪についての一考察——公害犯罪と企業の刑事責任，中京大学大学院生法學研究論，13卷，1993年3月，頁41-42、

犯罪作為一種「訴訟客體」即具有(一)被害之不特定性、普遍性、難以預測性與新穎性，(二)高度專門技術性與科學性，(三)相關事證之隱蔽性與內部性，(四)有罪舉證之困難性（即控方難以舉證），(五)訴訟之長期化等五項特徵；若此，便顯然難以套用片面職權調查義務說之論據。按從特徵(二)至(四)可知此種類型之訴訟客體，就訴訟程序之主張、立證乃至於意見陳述之主導力而言，作為國家代表之檢方的實力，其實反而劣於辯方，因為相關的科學技術等知識乃至於文書資料等事證其實都在辯方（被告個人或其公司等組織體）的掌握中，又加諸此類案件具有隱蔽性與內部性之特徵，更使檢方取證不易（有時甚至連事證之存否也無法切確掌握），於此情形下，若還一律採取101年決議所支持的有利於被告之片面職權調查義務之立場，顯然同樣地只會讓審判在實質上更為不公平而已⁶⁸。

二、公平法院原則與公平審判原則

如上所述，101年決議之立場與日本之片面職權調查義務說具有論理上的一致性；不過，有趣的是，我國反對論者指摘，同決議將法院應依職權調查之事項，限縮於有利被告之事項為限，除了不符合法院應公平審判之法定職責，也有違刑訴法第2條第1項（正當程序與訴訟照顧）之

57-58。

⁶⁸ 亦即無法符合公平審判之「正確性」、「信賴性」、「不偏性」要求。

所定以及憲法所保障之公平法院原則⁶⁹。換言之，除違反公平審判原則外，也違反了公平法院原則。前者之違反，已如前析；接下來應進一步討論者係，有關公平法院原則之違反問題。有關此點，本於前所借鏡日本刑訴法第298條第2項相關議論之延長線上，故自應併同借鑑彼邦在憲法論上有關公平法院原則之相關檢討。按其實務之主流見解係將公平法院原則與公平審判原則予以區分，並認為日本國憲法（下稱「日憲法」）第37條第1項所定「公平法院的審判」⁷⁰，並非在於保障「裁判的內容」之「實質的公正妥當性」，而僅係在於保障「法院的體質」之「組織等形式構成面」應具有公平性且無偏頗之虞；換言之，同規定所稱「公平」係專指「法院」而言（公平法院原則），而非針對「審判」（公平審判原則）⁷¹。此一理解（下稱「區分論」），雖就一般論而言，素為彼邦通說所支持⁷²；而公平法院，作為落實公平審判之前提，其所謂「公平」自係著重於法院之組織與構成要能滿足「形式不

⁶⁹ 張升星，同前註4，頁172-173；林輝煌，同前註1，頁15；蔡碧玉，同前註1，頁174-175；何賴傑，同前註1，頁88。

⁷⁰ 按日憲法第37條第1項明定：「就所有的刑事事件，被告皆享有受公平法院所為之迅速的公開審判之權利。」

⁷¹ 最高裁昭和23年5月5日判決刑集2卷5号447頁。最高裁昭和23年5月26日判決刑集2卷5号511頁。岩田誠，公平な裁判所，收於：公判法大系Ⅱ，1975年1月，頁72-73。

⁷² 岩田誠，同前註，頁72-73；関口和徳，憲法37条1項の保障する「公平な裁判所の裁判」を受ける権利と区分審理制度，法律時報，88卷12号，2016年11月，頁157。

偏性」之要求⁷³。

惟話雖如此，彼邦學說上，亦不乏有論者批評上述區分論流於形式⁷⁴；事實上，亦有學者指摘同條項所保障者，並非僅限於「公平法院」，而係在於保障受「公平法院」所行「公平審判」之權利；按所謂「公平法院」保障係在確保法院的組織等構成面上之公平性，乃係實現「公平審判」之理念的當然前提；要之，為實現「公平審判」之理念，法院的組織、構成以及審判程序乃至於審判之判斷內容，都必須「公平」⁷⁵（相對於區分論，下稱「不區分論」⁷⁶）。不區分論認為，日憲法第37條第1項不僅在於規定「公平法院」也包括「公平審判」，因此不僅止於形式上要求法院之組織與構成必須符合「不偏性」（形式不偏性），還必須在實質上「不抱持預斷」（實質不偏性）⁷⁷，按唯有如此，才能據以落實公平審判所要求之正

⁷³ 惟要注意者係，「不抱持預斷的法院」僅係達成「正確性」、「信賴性」與「不偏性」之必要條件，而非充要條件。

⁷⁴ 金子章，刑事手續における除斥制度について(1)——「予断防止」としての位置付けの再検討，横浜国際経済法学，17卷2号，2008年12月，頁64。同解：関口和徳，同前註72，頁158。

⁷⁵ 守屋克彦，同前註30，頁19-20。並參照関口和徳，同前註72，頁158。

⁷⁶ 按彼邦之不區分論並非完全不區分公平法院原則與公平審判原則，而係在原則上與概念上雖作區分，不過在保障射程乃至於制度運用上則反對固守於原則與概念上的形式區分，換言之，不區分論認為在解釋公平法院原則之時也應該適度地導入公平審判之概念。

⁷⁷ 此說認為公平法院之實質係在於「在法院之構成此點上」防止「預斷」；而其所謂預斷防止，即採通說之白紙主義。鈴木茂嗣，刑事訴訟法の基本問題，1988年6月，頁161、168。

確性、信賴性與不偏性⁷⁸。

據上可知，區分論與不區分論之分歧點，可以歸結於「就公平法院之不偏性之理解是否應限於形式不偏性」，區分論認為應限於形式不偏性（即法院之組織等構成面符合中立、客觀之要求），不區分論則認為不應限於形式不偏性，還應導入實質不偏性（即除了形式上要求法院之組織等構成面應符合中立、客觀性，與此同時，在實質心證之形成上還必須不抱持預斷，而能依據公判庭之證據調查進行不偏不倚之實體判斷）的保障。若採區分論，則公平法院係指法院之組織等構成面符合中立、客觀之形式不偏性的要求；於此意義上，其與公平審判原則（實質不偏

⁷⁸ 要特別說明者係，本文所稱公平審判之「正確性」、「信賴性」與「不偏性」之具體內涵，並非就案件類型（犯罪類型）之特殊性觀點來進行「定義」。按如所述，所謂「正確性」之「定義」係指「審判之結果亦即判決之事實認定以及法律適用是否正確」，而「信賴性」之「定義」係指「訴訟當事人、訴訟關係人乃至於社會大眾是否相信『司法審判之結果係屬正確以及進行審判之過程係屬公正』」，最後「不偏性」之「定義」係指「審判主體是否立場持平並未偏向當事人之任何一方，以及雙方當事人在地位上是否對等（武器是否對等）」。按「正確性」、「信賴性」乃至於「不偏性」之「定義」之本身，並不會因會案件類型（犯罪類型）而有所變動〔換言之，「抽象」的「定義」本身與「具體」的「訴訟客體」之「案件類型（犯罪類型）之特殊性」無關〕，也不會因為係基於檢察官或被告、辯護人之立場而有不同。要之，會生變動或因此有所不同者係，要「判斷」是否具有「正確性」、「信賴性」或「不偏性」之「要素」。一言以蔽之，不論是「犯罪類型」或係「檢察官或被告、辯護人之立場」等都只是「判斷」是否該當於「定義」之「判斷要素」之一而已（也就是判斷是否具有「正確性」、「信賴性」或「不偏性」）；換言之，其為「判斷要素」而非「定義」，也不影響於「定義」。

性)係屬別物至為顯然,而與訴訟照顧義務也無直接關係⁷⁹。換言之,若按區分論所理解的公平法院原則,係僅單純指涉「法院的體質」之「組織等形式構成面」之問題,而不涉及「審判本身」,從而本文所提案之訴訟多樣性觀點也無從介入。按訴訟多樣性係以「訴訟客體」之「特徵」為核心,若僅涉及「法院的體質」而與「審判本身」無涉,自與「訴訟客體」無關。反之,若採不區分論,則所謂訴訟多樣性觀點之運用,自會與前述公平審判原則之情形全然重合,於此意義上也無重複檢討之必要。

而如前所述,不論101年決議乃至其之支持論者抑或係其之反對論者,在理解公平法院之意涵時,既皆將訴訟照顧、職權調查、舉證責任等「審判本身」相關事項納入討論,於此意義上,我國之議論顯然並未明確區分公平法院與公平審判兩者,就此意義而言自係與日本之不區分論較具親近性。基此,就我國之議論狀況來看,所謂從公平法院原則而論,其實與從公平審判原則而論並無實質差異。基此,本文認為,不論是101年決議與其肯定說乃至於同決議之反對說,其實皆不合於公平法院所為公平審判之要求。蓋如前所析,從訴訟多樣性觀點來看,要落實公平審判之正確性、信賴性與不偏性的要求,並無法不分案件類型地一律否定或肯定片面職權調查義務,而應先釐清「訴訟客體」之「特徵」,方能定職權調查義務之有無及

⁷⁹ 訴訟照顧義務顯然並非法院之組織等構成面之問題,而係涉及審判本身之證據調查等事項。

其範圍若何。

三、浮動式職權調查義務論

據上所述，本文主張，從訴訟多樣性觀點而言，訴訟客體因其特徵不同，因而作為國家代理人之訴追者與被訴追者之間的實力關係也不相同，與此同時，就公平審判原則所要求之正確性、信賴性與不偏性之具體內涵也會隨之有相應的調整，而職權調查之義務性與其界線之劃定也自當隨之為相應的調整。此一主張，本文將之稱為「浮動式職權調查義務論」，其具體內涵如下。

首先，就職權調查之義務性問題，依據我國刑訴法第163條第2項規定「法院為發見真實，得依職權調查證據。但於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查之。」前段使用「得」字，後段則使用「應」字，若依文義而言，「得」係指法院具有裁量權，而「應」則彰顯出法院負有調查義務。惟如前述，我國101年決議因混淆了無罪推定原則與訴訟構造論之分界，未正確意識到我國採行改良式當事人主義之訴訟構造下之職權活動的輔助性，而誤將後段進行目的性限縮，採取片面職權調查義務之立場，更大的問題是，如此限縮解釋，不問訴訟客體之特徵，便一律僅就被告有利之方向進行片面的職權調查，將嚴重戕害公平審判所要求之正確性，信賴性與不偏性，於此意義而言，同決議自非妥適。按就正確性之要求而言，係對應於同條項之前段所規定的「發現真實」，而信賴性與不偏性之要求，則係對應於後段所規

定「公平正義之維護或對被告之利益」之部分。顯而易見地，公平審判原則所要求的信賴性與不偏性並非專為被告之利益而設，尤其信賴性係指包括被告在內之社會大眾對司法之信賴而言，若後段所定「公平正義之維護」採目的性限縮解為僅限於有利被告之情形，其不符合公平審判原則之信賴性要求乃至為顯然之事，無待贅言。而至於「不偏性」之部分，僅有在「訴訟客體」之「特徵」該當「國家實力>個人實力」此一公式的情形方有適用，但並非所有的「訴訟客體」都會符合此一公式，例如前舉公害犯罪之情形，即屬適例⁸⁰。據此，浮動式職權調查義務論在「義務性」之立場是，就後段規定而言，並無採行目的性限縮解為「限於利於被告」之片面調查義務之正當性。要之，就公平正義之維護而言，在改良式當事人主義之訴訟構造下，不論利或不利被告，都應有例外肯認職權調查的義務性之餘地。

申言之，在我國採行改良式當事人主義之訴訟構造下，職權主義乃係立於輔助當事人主義之立場，故在原則上應否定法院職權調查之義務，僅於極端例外之情形方能肯定具有調查義務性。而本文所提出之浮動式職權調查義務論，其目的即在於解決何時方能該當此處所稱極端例外之問題，據此即可進而調和改良式當事人主義之特殊構造下之當事人主義與職權主義之關係⁸¹。具體以言，首先，

⁸⁰ 請參見後揭註82之說明。

⁸¹ 採行浮動式職權調查義務論，便可藉由同論之兩大原則，即職權調查

浮動式職權調查義務論之適用原則有二，第一，職權調查義務極端例外性原則：在我國所採改良式當事人主義之訴訟構造下，既係以當事人主義為主，自應解為職權調查係於極端例外之情形方有義務性，且就具體個案之適用而言，則應依據個別訴訟客體之「國家實力」與「個人實力」之對應性（大於、小於或等於）來決定職權調查義務性之強弱。申言之，從比較法之觀點而論，本文所採浮動式職權調查義務論係同意前述日本通說之見解，亦即，原則上程序之進行事證之調查應由當事人主導，法院只有在極端例外之情形，才負有職權調查義務。而第163條第2項後段所定「被告之利益」已限於「重大關係事項」之情形，即符合此處所稱極端例外之情形。同樣地，同條項後段所定「公平正義之維護」亦應解為僅有在「顯然」有維護公平正義之必要的情形者為限。換言之，只有在若不為職權調查將「顯然」違反公平正義之情形，方才該當所謂「極端例外」，例如，公害犯罪情形即為適例⁸²；按惟有

義務極端例外性原則以及曉諭先行原則，來合理地調和改良式當事人主義之特殊構造下之當事人主義與職權主義之關係。

⁸² 按我國採行改良式當事人主義，即係以當事人主義為主，而以職權主義為輔，就作為主軸之當事人主義之訴訟構造而言，原則上自應否定法院有職權調查義務，然我國並非純粹的當事人主義，而仍保留一部分的職權主義精神以為輔助。據此，本文主張只有在若不為職權調查係顯然違反公平正義之情形下，方得極端例外地肯認法院具有職權調查義務。又如後述，本文所稱「公平正義」係由「正確性」、「信賴性」、「不偏性」與「均衡性」此四要素所構成，故而職權調查之行使自應解為並不以對被告有利之情形者為限，而應包括對被告不利之證據調查在內。具體以言，如前所析，在以公害犯罪為訴訟客體之情

如此解，方無損於法院立於超然於雙方當事人之公平第三人地位，且也才不至於造成法院之負擔⁸³。

第二，曉諭先行原則（或稱「職權階段性介入原則」）：法院之曉諭義務與職權調查義務並不相同，前者只是行使闡明權並促使當事人進行立證，並未直接牴觸當事人主義，且對法院應超然於雙方當事人之第三人立場乃至於審理負擔之影響都遠低於後者。基於改良式當事人主義之構造，法院自應階段性地行使其職權，亦即應先行曉諭，只有在曉諭後，當事人卻仍不進行立證抑或因其在立證活動上有事實上的困難而無法進行立證，且若法院置之不理其結果將導致「顯然」違反公平正義之情形，才能例外地肯認法院有職權調查義務⁸⁴。事實上，101年決議因招致反對論者極大的非難，故而同年又做成了最高法院101年度第2次刑事庭會議(二)以為緩和，亦即肯認了法院在一定條件下有義務曉諭檢察官為證據調查之聲請⁸⁵。但可惜

形，因不符合「國家實力>個人實力」此一前提且又具有前舉(一)至(五)之訴訟客體特徵（參見肆、一、），故應解為法院不負片面的（對被告有利之特別）訴訟照顧義務，此時基於改良式當事人主義下所保留之職權主義精神（輔助性、補充性），法院自應極端例外地負有職權調查對被告不利證據的義務，換言之，此時即會該當於本文之立法提案即應於現行刑事訴訟法第163條增列第3項之第1款至第3款乃至於第5款之事由（參見伍、），而應依職權調查對被告不利之證據。

⁸³ 類似見解：大谷剛彥，同前註38，頁117。

⁸⁴ 日本實務也多半如此運用。大谷剛彥，同前註38，頁117。

⁸⁵ 一定之條件下，係指「至案內存在形式上不利於被告之證據，檢察官未聲請調查，然如不調查顯有影響判決結果之虞，且有調查之可能

的是同決議僅係在原先目的性限縮解釋之片面職權調查義務之立場的延長線上，肯認法院對檢方仍有一定的闡明義務罷了，而並非採取本文所主張的「曉諭先行原則」，於此意義上，自與101年決議有同樣的論理上之誤謬，仍非妥適。

而在肯認了即便對於被告不利之事項法院亦可能具有職權調查之「義務性」後，接著應討論職權調查義務之「界線」問題，換言之，第163條第2項後段所定之「公平正義」，具體上係何所指？按前所析可知，此處所謂之「公平正義」之「公平」自係指公平審判之公平性要求，亦即係指前所述之「正確性」、「信賴性」與「不偏性」之要求⁸⁶，而所謂「正義」當係指「應維持身為國家代理人之控方與辯方之間的『實力』能在『實質上』符合『均衡性』之要求」。抽象以言，「公平正義」應考量之要素有四，即「正確性」、「信賴性」、「不偏性」與「均衡性」。而此四要素，可以「訴訟多樣性觀點」予以進一步具體化。申言之，如前所析，以公害犯罪為例，其作為訴訟客體具有五項特徵，即(一)被害之不特定性、普遍性、難以預測性與新穎性，(二)高度專門技術性與科學性，(三)相關事證之隱蔽性與內部性，(四)有罪舉證之困難性，(五)訴訟之長期化，但有此五項特徵者，並非以公害

者，法院得依刑事訴訟法第273條第1項第5款之規定，曉諭檢察官為證據調查之聲請。」

⁸⁶ 並請參見同前註78之說明。

犯罪為限，其他像是公安犯罪、飛安犯罪、食安犯罪等，也同樣具有各該特徵。依前所論，具有此五項特徵之訴訟客體，由於所牽涉被害人眾多且被害態樣新穎，並涉及高度專門科學技術又具有隱蔽性與內部性，從而導致有罪舉證困難並招致訴訟長期化，故而有別於其他無此特徵之訴訟客體，特別彰顯出應以職權階段性介入之必要性與實益性，按若此時未依職權進行階段性介入，則將「顯然」戕害前述「正確性」、「信賴性」、「不偏性」與「均衡性」之要求，而造成「顯然」違反公平正義之情形。於此意義上，本文所提案之「浮動式職權調查義務論」的主張，係以「是否顯然違反公平正義」作為劃定職權調查義務界線之基準，而所謂「公平正義」則係由「正確性」、「信賴性」、「不偏性」與「均衡性」四要素所構成，至於「顯然」與否，則應以前舉(一)至(五)之訴訟客體特徵決之。

伍、結論——立法論的建議

以上，本文論證了101年決議採行有利於被告之片面職權調查義務之立場在解釋論上之誤謬，乃係肇因於同決議混淆了無罪推定原則與訴訟構造論之間的分界與關係。作為總結一言以蔽之，即理論上並無法從無罪推定原則推導出101年決議所謂法院僅就對被告有利之方向負有職權調查義務此一結論。真正問題的關鍵係在於改良式當事人主義之訴訟構造下應如何調和當事人主義與職權主義以決

定職權調查義務之有無與其範圍。於此前提下，本文以日本相關議論為比較法素材，並從「訴訟多樣性觀點」提出所謂「浮動式職權調查義務論」作為調和兩主義之理論基礎，而其適用原則有二，其一，職權調查義務極端例外性原則，其二，曉諭先行原則；並借公害犯罪為例予以進一步具體說明。據此，本文主張，我國刑訴法第163條第2項後段所定「公平正義之維護」，應包括有利或不利被告之情形，而法院之職權調查，只有在顯然違反公平正義之情形方可肯認其義務性，且其義務之履踐應採行階段性介入，即應先行曉諭以促使當事人進行立證，唯有在極端例外的情形方能進行職權調查。不過，浮動式職權調查義務論之提案，就司法實務之運作而言，恐難期待以解釋論之方式導入，故本文建議應以立法論之方式導入。具體上，按前所析，本文建議應將我國刑訴法第163條修正如下：

第一，同條第2項改為：「法院為發見真實，得依職權調查證據。但出於維護公平正義之高度必要性，不論利或不利被告，法院皆應依職權調查之。」

第二，同條增列第3項（原第3項改列第4項，原第4項改列第5項）：「有下列情形之一者，即該當前項所稱出於維護公平正義之高度必要性。一、案件涉及不特定之多數被害人者。二、因案件涉及高度專門科學技術抑或犯行具有隱蔽性等原因而致當事人舉證困難者。三、訴訟有長期化趨向者。四、對被告之防禦權保障有重大關係者。五、法院依據個案考量到對判決結果之正確性、司法之信

賴性，乃至於當事人間之不偏性暨其與國家權力間之均衡性，而認為顯應進行職權調查者。」⁸⁷。

最後，有關上述立法修正建議，應補充說明者有四，其一，有關被害之難以預測性與新穎性其實可以納入「案件涉及高度專門科學技術」之部分，故毋庸特別列出。其二，浮動式職權調查義務論乃係以改良式當事人主義為基盤，並著眼於訴訟多樣性觀點所為考察，因此自不應侷限於有罪舉證困難之側面，故文字修正為「當事人舉證困難者」。其三，第4款有關「對被告之防禦權保障有重大關係者」係以「國家實力>個人實力」此一公式該當性作為其前提，認為此時法院應對被告予以特別照顧，藉此在實質上均衡國家與被告之間的不對等的實力關係。其四，第5款作為概括性條款以資周延。

⁸⁷ 當然，或許有論者會認為，此五款亦可用現行法第163條第2項前段來加以處理，惟前段規定為「得」，即法院有裁量權，其在「義務性」之意義上不可與後段同視。按依前段，法院有裁量權，若無濫用裁量權情事，而未依職權調查者，並不構成刑訴法第379條第10款之當然違背法令；若依後段，因法院並無裁量權，如未依職權調查者，係構成同款之當然違背法令。

參考文獻

一、中文文獻

- 中國時報（2012年1月28日）。高法院值得喝采的一項重大決議，社論。（A17時論廣場）。
- 朱石炎（2012）。論證據調查——兼論最高法院刑庭101.1.17決議。《司法周刊》，1581，版2-3。
- 何賴傑（2012）。失衡的天平——有利於被告始符合公平正義？——評最高法院101年度第2次刑事庭決議。《台灣法學雜誌》，197，83-88。
- 吳巡龍（2012）。舉證責任與法院依職權調查證據。《檢察新論》，12，177-191。
- 林鈺雄（2022）。《刑事訴訟法（上）》（十一版）。新學林。
- 林輝煌（2012）。刑事法院職權調查證據之界限——評最高法院101年第2次刑事庭會議針對刑事訴訟法第163條第2項但書之決議。《法令月刊》，63（11），1-22。
- 張升星（2013）。公平法院的中立假象——從最高法院101年度第2次刑事庭決議談起。《檢察新論》，13，166-182。
- 許澤天（2012）。為調查原則再申冤。《台灣法學雜誌》，193，1-5。
- 郭吉助（2008）。無罪推定原則於檢察官職權中之體現——以實施偵查、提起公訴及實行公訴為中心。《檢察新論》，4，183-197。
- 黃朝義（2001）。《無罪推定》。五南。
- 劉育偉、盧俊良（2013）。法治國無罪推定原則在公平法院理念下之落實。《國會月刊》，41（3），19-40。
- 劉芳伶（2017）。從「無罪推定原則之現代意義」析論刑事法庭公開播送之基本權衝突與調和。《法官協會雜誌》，19，172-201。

- ▶蔡秋明（2004）。舉證責任——兼論刑事被告之地位及其舉證義務。《台灣本土法學雜誌》，55，106-136。
- ▶蔡碧玉（2012）。職權調查義務vs.公平法院。《檢察新論》，12，164-176。

二、日文文獻

- ▶大谷剛彦（1986）。職權審理義務の存否。載於平野龍一ほか編，《刑事訴訟法判例百選（五版）》（頁116-117）。有斐閣。
- ▶丸尾寛道（1993）。企業犯罪についての一考察——公害犯罪と企業の刑事責任。《中京大学大学院生法學研究論》，13，38-62。
- ▶川出敏裕（2003）。無罪の推定。《法學教室》，268，31-36。
- ▶川出敏裕（2005）。職權審理義務の存否。載於井上正仁編，《刑事訴訟法判例百選（八版）》（頁224-224）。有斐閣。
- ▶山室恵（2002）。当事者主義と訴訟指揮。載於松尾浩也、井上正仁編，《刑事訴訟法の争点（三版）》（頁146-147）。有斐閣。
- ▶日辯連。 https://www.nichibenren.or.jp/document/civil_liberties/year/1958/1958_6.html
- ▶内田安夫（1996）。犯罪の証明と無罪推定の原則。《法學セミナー》，502，70-72。
- ▶戸波浩二[ほか]編（2008）。《ヨーロッパ人權裁判所の判例》。信山社。
- ▶公文孝佳（2003）。無罪推定法理の実質化と再審。《法律時報》，75（11），10-16。
- ▶水野陽一（2015）。被疑者・被告人に認められる権利としての無罪推定：人權条約6条に関する議論を参考に。《北九州市立大学法政論集》，43，83-110。
- ▶石井正一（2011）。《刑事実務証拠法（五版）》。判例タイムズ社。

- ▶平野龍一（1964）。*刑事訴訟法の基礎理論*。日本評論社。
- ▶吉村徳重（1959）。無罪の推定と有罪の推定。*法政研究*，25（2/4），309-328。<http://doi.org/10.15017/1354>
- ▶団藤重光（1953）。職権主義と当事者主義。載於日本刑法学会編，*刑事法講座(五)*，（頁935-951）。有斐閣。
- ▶団藤重光（1973）。*新刑事訴訟法要綱*（七版）。創文社。
- ▶江崎太郎（1963）。検察官の証拠調請求義務に関する刑事訴訟法第300条の運用。*判夕*，150，臨時増刊，2359-2364。
- ▶守屋克彦（1997）。公平な裁判について——鴨良弼教授の業績から考える。*法律時報*，69（9），18-23。
- ▶坂口裕英（1971）。職権証拠調義務の存否。載於我妻栄編，*刑事訴訟法判例百選*（新版）（頁130-131）。有斐閣。
- ▶坂口裕英（1976）。職権審理義務の存否。載於平野龍一ほか編，*刑事訴訟法判例百選*（三版）（頁132-133）。有斐閣。
- ▶足立昌勝（2000）。無罪推定の危機——「犯罪収益等に係る保全手続に関する規則」制定を契機として。*関東学院法学*，10（1），45-63。
- ▶岩田誠（1975）。公平な裁判所。載於熊谷弘ほか編，*公判法大系II*（頁72-85）。日本評論社。
- ▶附録（Appendix）A15（1992）。職権審理義務の存否。載於松尾浩也、井上正仁編，*刑事訴訟法判例百選*（六版）（頁235-235）。有斐閣。
- ▶金子章（2008）。刑事手続における除斥制度について(1)——「予断防止」としての位置付けの再検討。*横浜国際経済法学*，17（2），59-84。
- ▶松生光正（1995）。職権による証拠調べ。載於高田卓爾，鈴木茂嗣編，*新判例コンメンター刑事訴訟法*（3巻）（頁503-504）。三省堂。

- ▶松尾浩也（1999）。*刑事訴訟法（上）*（新版）。弘文堂。
- ▶後藤昭（1997）。「疑わしきは被告人の利益に」ということ。
一橋論叢，117（4），573-591。<http://doi.org/10.15057/10767>
- ▶後藤昭（2013）。弁護人の存在意義。載於後藤昭ほか編著，*第一巻：弁護人の役割*（頁3-12）。第一法規。
- ▶真野英一（1981）。職権審理義務の存否。載於平野龍一ほか編，*刑事訴訟法判例百選*（四版）（頁104-105）。有斐閣。
- ▶高橋醒吾（2011）。職権証拠調べ。載於河上和雄ほか編，*大コンメンタール刑事訴訟法（第6巻）*（二版）（頁204-248）。青林書院。
- ▶渥美東洋（1986）。無罪推定，挙証責任の分配と推定。*法学セミナー*，384，102-107。
- ▶鈴木茂嗣（1988）。*刑事訴訟法の基本問題*。成文堂。
- ▶関口和徳（2016）。憲法37条1項の保障する「公平な裁判所の裁判」を受ける権利と区分審理制度。*法律時報*，88（12），155-158。