

# 刑事法院的職權調查

## ——最高法院的三種觀點



蘇凱平

臺灣大學法律學院副教授

### 摘要

對於「案內存在形式上不利於被告之證據，且檢察官未聲請調查」的情況，法院是否有調查義務？此涉及刑事訴訟法第163條第2項與第273條第1項第5款規定如何適用，但最高法院對此議題存在（至少）三種不同的觀點。本文就這三種觀點，分別舉出歷來最高法院判決與刑事庭決議之觀點加以說明，並從改良式當事人進行主義、發現真實與舉證責任的關係切入，指出我國法院在此情況下應採取的觀點。

### 目次

壹、案例

貳、爭點

參、解析

肆、結論

## 壹、案 例

甲於2017年（以下同）8月2日向當舖借款，被當舖業務員乙要求留下國民身分證作為擔保。孰料，甲的身分證後來被丙取得，丙於9月10日自稱為甲，持甲之身分證去租賃一間套房作為性交易場所。後來性交易場所被警方破獲，因為房屋租賃契約上的承租人是甲，警方遂將甲移送地檢署偵辦。甲稱自己為清白，疑為當舖業務員乙將其身分證流出。甲因此對乙提起告訴。乙則稱在甲借款後隔天，即8月3日，就已經以「平信」方式將身分證寄回給甲，但不知道甲為何沒有收到身分證，也不知道為什麼丙會取得甲的身分證並冒用。甲則說是在12月24日才收到以「掛號」方式寄回的身分證；在此之前，身分證都不在自己身邊。

檢察官不相信乙之說詞，偵查後以幫助犯圖利容留性交罪（刑法第30條第1項前段、第231條第1項前段）和幫助行使偽造私文書罪（刑法第30條第1項前段、第216條、第210條）起訴乙。第一審判決乙成立幫助犯圖利容留性交罪（幫助行使偽造私文書之行爲，則為幫助容留之高度行爲所吸收，不另論罪）。第二審法院撤銷原判決，判決被告無罪。檢察官因而上訴第三審。

第二審法院判決被告無罪的理由之一，是「關於被告究於何時、何地以何方式將告訴人之身分證等投遞寄回予告訴人，依前開證據資料以觀，各該證人等人證述之內容顯難以吻合。證人A、B前開證述雖與卷證資料有所不符，然認定犯罪事實是否存在，仍應有積極之證據予以證明，尚難以證人等人所述有所矛盾或不符，而在積極證據不足之情況下，遽對被告為不利之認定。」

檢察官上訴第三審時，對此主張：第二審法院既然認為關於被告何時、何地以何種方式寄回身分證之事實不明，卻未函詢郵務機關查明該段期間有無以平信或掛號方式寄件予告訴人之紀錄，有審判期日應調查之證據而未予調查之違法。

就此一上訴理由，最高法院判決的回應大致為：

法官基於公平法院原則，僅立於客觀、公正、超然之地位而為審判，不負擔推翻被告無罪推定之責任，也無接續依職權調查證據之義務。刑事訴訟法第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」。所稱「法院得依職權調查證據」，係指法院於當事人主導之證據調

查完畢後，認事實未臻明白，而有釐清之必要，且有調查之可能時，得斟酌具體個案情形，依職權為補充性之證據調查而言，非謂法院因此即負有主動調查之義務，亦即證據之提出及說服之責任，仍應始終由檢察官負擔。檢察官如未盡實質之舉證責任，不得以法院未依第163條第2項前段規定未主動調查某項證據，而指摘判決違法。

至於但書所指「公平正義之維護」，專指利益被告而攸關公平正義者而言「法院應依職權調查」，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。

本案中，被告辯稱於8月3日以平信寄回告訴人之國民身分證，告訴人則稱其係遲至12月24日始收受被告以掛號信件寄回其國民身分證，雙方說法迥異，則函詢郵務機關查明被告有無、於何時、以何方式交寄信件之紀錄，確能迅速釐清事實，客觀上亦有調查之可能。惟本案自偵查初始，迄第一、二審言詞辯論終結，檢察官均未就此事實為調查，或於審判中聲請法院調查。而第二審法院於準備程序中，受命法官雖未曉諭檢察官為前項證據調查聲請，惟於審判期日，審判長於調查證據後，詢以「尚有何證據請求調查？」檢察官、被告及其辯護人均答「沒有」。第二審法院因認檢察官所舉卷內證據尚不足證明被告犯罪，因而未依職權就前揭得依職權調查之證據為調查，於法並無不合。檢察官上訴意旨指摘原審有調查證據職責未盡之違法，並非合法之第三審上訴理由<sup>1</sup>。

## 貳、爭 點

本案被告與告訴人對於寄回身分證之時間與方式陳述不一，確有可能以函詢郵務機關的方式，查明實情的可能性與必要性。惟檢察官於偵查中並未函詢郵務機關調查，於審判中也未曾聲請調查此項證據；第二審法院也未曾主動函詢調查或曉諭檢察官為此項證據調查聲請。則第二審法院是否有於審判期日應調查證據而未予調查之違法？

<sup>1</sup> 本案例改編自最高法院111年度台上字第5640號刑事判決的案件基礎事實與歷審程序。

## 參、解 析

### 一、最高法院判決的三種觀點

關於本案情況，最高法院111年度台上字第5640號刑事判決認為，法院並不負擔推翻被告無罪推定之責任，也無接續依職權調查證據之義務。依據刑事訴訟法第163條第2項所採取的改良式當事人進行主義規定，法院僅在「於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項」，始有「應依職權調查」的義務。此外的情況，法院只是「得依職權調查」證據，即令法院未曾調查或未曾曉諭檢察官聲請調查，亦無應調查之證據未予調查之違法可言。最高法院並在本案判決理由指出：「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……惟檢察官如未盡實質之舉證責任，不得以法院未依同法第163條第2項前段規定未主動調查某項證據，而指摘有上開條款（作者按：指刑事訴訟法第379條第10款規定）規定之違法。」（下稱「第一種觀點」）。

然而，約略為同一時期的其他最高法院判決，卻有與本案截然不同的見解。例如最高法院110年度台上字第3796號刑事判決即指出：「刑事訴訟法第163條第2項但書規定『公平正義之維護』，法院應依職權調查證據者，專指利益於被告之事項而言，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。倘法院已盡曉諭聲請調查證據之義務，檢察官仍不為聲請，或陳述不予調查之意見，法院未為調查，即無違刑事訴訟法第379條第10款之規定。反之，若法院未曉諭檢察官為證據調查之聲請，致事實未明仍待釐清者，逕以證據不足諭知無罪，即非適法。」上述判決要旨並經最高法院選為「具有參考價值之裁判要旨」（下稱「第二種觀點」）<sup>2</sup>。

另有一種判決，與上述的「具有參考價值之裁判要旨」結論相同，但論理有別。例如最高法院111年度台上字第5593號刑事判決認為：「刑事訴訟法由職權進行主義改為改良式當事人進行主義，有關證據調查之主

<sup>2</sup> 最高法院處務規程第66條：「民、刑事庭襄閱庭長精選具有參考價值之裁判，摘其要旨，交民事第一庭及刑事第一庭科長彙整，經院長核定後，由資料科定期公告於本院網站，並送民、刑事庭庭長、法官參閱。」

導，依刑事訴訟法第163條規定，係以當事人聲請調查為主，法院職權調查為輔之模式。而同條第2項但書『公平正義之維護』，專指利益被告之事項，法院始應依職權調查證據，此為本院統一之見解。惟鑑於發現實體真實為刑事訴訟法主要目的之一，且法院就被告有利及不利之情形有一律注意之客觀性義務，是於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，且有調查之可能者，法院有促使檢察官立證之義務，亦即應曉諭檢察官為調查證據之聲請（刑事訴訟法第273條第1項第5款參照）。倘法院已盡曉諭聲請調查證據之義務，檢察官仍不為聲請或陳述不為調查之意見，法院未為調查，即無違反刑事訴訟法第379條第10款之規定；如未盡曉諭之義務，致事實未臻明白仍待澄清，即逕以證據不足諭知無罪，其訴訟程序之進行自非適法，且影響於判決本旨之判斷。」（下稱「第三種觀點」）

簡言之，對於「案內存在形式上不利於被告之證據，且檢察官未聲請調查」的情況，法院有無調查義務？刑事訴訟法第163條第2項與第273條第1項第5款規定如何適用？最高法院至少存在三種不同的觀點：

第一種觀點認為，從第163條第2項規定出發，凡屬不利於被告的證據，即為檢察官的舉證責任。法院於審判中「得」曉諭檢察官聲請調查該項證據，但即使法院未曾如此曉諭，也不違法。因為聲請調查不利於被告的證據，本來就是檢察官的責任。

第二種觀點同樣從第163條第2項規定出發，但認為法院必須要曉諭檢察官聲請調查形式上不利於被告之證據，否則若導致事實未能釐清，法院逕以證據不足諭知無罪，即屬違法。

第三種觀點除了考量第163條第2項規定之外，又加入了法院的「客觀性義務」，亦即第2條第1項「實施刑事訴訟程序之公務員，就該管案件，應於被告有利及不利之情形，一律注意。」之規定。綜合了改良式當事人進行主義與客觀性義務的結果，此種觀點認為「法院有促使檢察官立證之義務，亦即應曉諭檢察官為調查證據之聲請」。

## 二、本文觀點

針對完全相同的前提：「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，且有調查之可能者」，最高法院近期有上述三種不同的觀點。本文認為這三種觀點呈現出的是

「保護被告利益」與「發現真實」之間的掙扎與拉鋸關係。究竟哪一種觀點更可採取呢？本文從兩個方向來分析，包括上述的相同前提出處，以及改良式當事人進行主義、發現真實與舉證責任的關係。

首先，上述的相同前提，首次出現在最高法院的統一見解中，是101年度第2次刑事庭會議（二）決議的內容：「本法第163條第2項前段所稱『法院得依職權調查證據』，係指法院於當事人主導之證據調查完畢後，認為事實未臻明白仍有待澄清，尤其在被告未獲實質辯護時（如無辯護人或辯護人未盡職責），得斟酌具體個案之情形，無待聲請，主動依職權調查之謂。但書所指『公平正義之維護』，專指利益被告而攸關公平正義者而言。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，並藉由告訴人、被害人等之委任律師閱卷權、在場權、陳述意見權等各保障規定，強化檢察官之控訴功能，法院並須確實依據卷內查得之各項直接、間接證據資料，本於經驗法則、論理法則而為正確判斷。因此，非但未減損被害人權益，亦顧及被告利益，於訴訟照料及澄清義務，兼容並具。」也正是在本次決議中，最高法院首次闡明了刑事訴訟法第163條第2項但書所稱之「公平正義之維護」，乃「專指利益被告而攸關公平正義者」而言。

根據本次決議內容，在具備「至案內存在形式上不利於被告之證據」等前提時，法律效果是「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」。換言之，法院是否曉諭檢察官為調查證據之聲請，乃屬法院有裁量權之事項。既然認為法院有裁量權、是『得』曉諭，那麼法院若未為曉諭，當亦無違法可言。

再者，從改良式當事人進行主義、發現真實與舉證責任的關係而論。根據上述最高法院判決的第三種觀點，刑事訴訟法第163條第2項採取的改良式當事人進行主義，似乎和「發現真實」是有所抵觸、或至少是方向不同的價值追求。此節從判決內容稱：「刑事訴訟法由職權進行主義改為改良式當事人進行主義，有關證據調查之主導，依刑事訴訟法第163條規定，係以當事人聲請調查為主，法院職權調查為輔之模式。……惟鑑於發現實體真實為刑事訴訟法主要目的之一，且法院就被告有利及不利之情形有一律注意之客觀性義務……」可以看出。

然而，採取改良式當事人進行主義、除了與被告利益維護有關之事項

外，均由檢察官負舉證之義務、法院不負職權調查之義務的作法，是否代表忽略或減損了發現真實的價值呢？本文認為答案是否定的。因為改良式當事人進行主義的目的，在於促使檢察官負起實質舉證責任，包括提出證據與說服的責任<sup>3</sup>。直言之，此種審判制度並不是以犧牲「發現真實」為代價，來達到保護被告利益的效果。而是將「發現真實」的方式，從法院的主動依職權調查，大幅轉移到了由檢察官聲請調查證據，亦即由檢察官負擔起舉證責任的方式。白話的說，在改良式當事人進行主義下，發現真實的要求沒有改變，但是達成此一目的的方式和責任人改變了。

我們也可以從國民法官法的觀點，來觀察這種舉證責任的分配轉變。因為國民法官法採取的已經不是改良式當事人進行主義，而是全盤的「當事人進行主義」<sup>4</sup>。在此制度下，法院的職權調查會更加限縮。例如有豐富審判經驗的法官、前最高法院院長吳燦即主張：「行國民參與審判之案件，既係採卷證不併送之當事人進行主義……法院職權調查證據更應減縮至零，除不得依刑訴法第163條第2項但書職權調查被告不利之證據外，即使認有依同條項前段裁量為補充性調查之必要，亦應以曉諭當事人聲請之方式為之。」<sup>5</sup>顯然不會有人認為，採取了當事人進行主義、法院應不進行職權調查的國民法官法，就是完全放棄了發現真實的追求。既然如此，介於職權主義和當事人主義之間的改良式當事人進行主義，當然也不會是「部分放棄」了發現真實價值的產物。

## 肆、結 論

綜上所述，本文認為最高法院判決的三種歧異觀點中，以第一種觀點最為可採。因為此種觀點是從檢察官的「實質舉證責任」切入，對於改良式當事人進行主義的意旨和目的，有準確的詮釋。因此，在本文前舉案例中，如果確實如法院判決書所記載：檢察官始終未曾調查或聲請調查系爭身分證的郵寄情況，而此一調查結果之有無，並不是屬於刑事訴訟法第163條第2項但書所稱「於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事

<sup>3</sup> 2002年2月8日刑事訴訟法第161條修正理由參照。並請參見：王兆鵬、張明偉、李榮耕，刑事訴訟法（下），六版，2023年，180-190頁。

<sup>4</sup> 國民法官法第47條立法理由（摘要）：「又本法採當事人進行主義，關於是否就某項人證、書證或物證進行調查，原則上均委由當事人、辯護人主導決定，並由法院依本條於準備程序確認其調查之範圍、次序及方法，並作成審理計畫後，由聲請人於審判期日自主進行調查。」

<sup>5</sup> 吳燦，被告被訴事實之訊問與準備程序處理之事項——從國民法官法省視刑事訴訟法的實踐（中），司法周刊，2041期，2021年2月，2-3頁。

項，法院應依職權調查之」的情況，此時法院僅是「得依職權調查證據」。此種情況下，無論法院是否依職權調查證據，都不改變、也不取代檢察官應盡之舉證責任。也因此，即使法院未依職權調查該項證據（包括主動開啓調查程序，或曉諭檢察官聲請調查），其無罪判決也不會成立第379條第10款的「依本法應於審判期日調查之證據而未予調查者」之當然違背法令。♣

🌀 相關文獻 🌙 月旦知識庫 [www.lawdata.com.tw](http://www.lawdata.com.tw)，更多裁判分析 🌙 月旦法律分析庫 [lawwise.com.tw](http://lawwise.com.tw)