

證據上的刑事訴訟（法官篇）

——法官依職權調查證據之界線

探討主題

檢察官舉證義務、法官職權調查義務、武器平等原則、有利不利一併注意之適用

壹、職權調查證據學理及實務說明

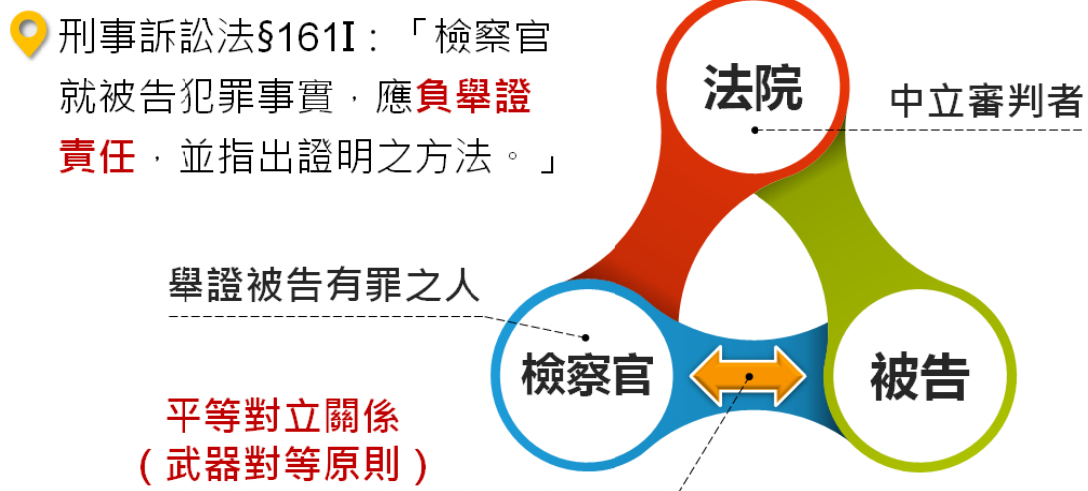
案例

檢察官起訴員警B洩漏國防以外秘密罪，案情是某掛羊頭賣狗肉的「夜夜香」餐館其實是從事性交易場所，平日白天不營業，只有深夜才開始賣宵夜，但其實該店暗藏春色，每有酒客與小姐在包廂內從事性交易情事，附近居民苦不堪言。某日深夜該餐館持續春色不絕，因酒歡過吵，居民A終於受不了而報警前來查緝。然而，原來轄區員警即綽號「排骨」的B與該店家過從甚密，本次雖非輪由B前來查緝，但B獲知訊息後，乃立即打電話通報店家，並向業者暗示是居民A舉發，因而本次員警前來查緝未果，無功而返。不過，居民A其實是該店隔壁鄰居，平日在自家牆壁裝有錄音設備，用以蒐集該店家夜夜噪音過大的事證，不料居然錄到店家接獲通報本次要被查緝的通話內容為：「喂～排骨，好，雞我隨時處理！」乃向檢察官檢舉B通風報信罪行。

檢察官偵查後，研究「排骨」乃B無疑，「雞」是應召女之意，也就是店家接獲B的電話後回稱：應召女（雞）我們會立即隱匿滅證之意。

法院審理後判決B無罪，主要理由在於：全案只有居民A的供述內容及錄音內容，但B否認電話中的聲音是他打的，且店家辯稱：是有人打電話來訂要「味味B排骨雞麵」，這通電話就是這個意思等語。

承辦案件的檢察官不服，跑到法院門口「靜坐」抗議，其他檢察官們則是以集體「路過」的方式同聲抗議：法官為什麼不主動對B做聲紋比對？為什麼不主動對B進行測謊？為什麼不主動調該電話的通聯紀錄？法官什麼都不查就判B無罪，實在有「應於審判期日調查證據而沒有調查」的判決違背法令！而這些訴求，檢察官從來沒有在法庭上要求過。請問檢察官們這些質疑，有沒有道理？



圖：訴訟三角關係

一、檢察官是控方，有舉證義務

這個案例，主要是講法官依職權調查證據的範圍是什麼？大家都知道，檢察官要起訴一個人犯罪，必須有足夠證據才可以，所以刑事訴訟法第251條第1項才會規定：檢察官依偵查所得之證據，「足認」被告有犯罪嫌疑者，應提起公訴。這裡的「足認」，必須是檢察官認為他所蒐集到的證據已經足夠認為被告的罪行成立了，所以在起訴時，一定要把證據提出於法院（刑事訴訟法第264條參照），並讓被告能夠充分的辯論。因此，刑事訴訟法第161條第1項明定：「檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法。」故檢察官除了應盡提出證據的舉證責任之外，更應該指出其證明之方法，用來說服法院，使法官「確信」被告真的犯了罪。如果檢察官所提出的證據，根本不足以說服法院以形成對被告有罪的心證，那麼因為刑事訴訟法有「無罪推定原則」、「罪疑唯輕原則」，法院就應該判決被告無罪。

其實，現代法治國家的法官，必須是一個中立裁判者的角色，就像球場上的裁判一樣，是不可以替任何一方打球的，否則會有偏頗不公的情形。也正因為如此，基於公平法院的原則，法官必須立於客觀、公正、超然的地位來審判，不必承擔推翻被告無罪推定的責任，也沒有必要接替檢察官未完成的蒐證工作而接續地依職權主動調查證據。換句話說，檢察官的舉證責任有點像球場上的發球、殺球的攻擊方，而被告就如同球場上的防守方。當攻擊方失誤、球打出界或掛網，都必須承擔失分的結果，訴訟法理叫做結果責任（敗訴責任）。

二、法官調查義務的界限

比較有疑問的是，刑事訴訟法第163條第2項不是規定：「法院為發現真

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。」這不是法官的調查證據義務嗎？

其實，這條所稱「法院得依職權調查證據」，最高法院在101年度第2次刑事庭會議已經做出重大決議，是指法院於檢察官或被告等當事人主導的證據調查完畢後，認為事實完沒有能完全清楚，仍有待澄清，尤其在被告還沒有獲得實質辯護時（如無辯護人或辯護人未盡職責），可以斟酌具體個案的情形，不必等待被告的請求，主動依職權來調查相關證據，說得詳細一點，上開但書所指「公平正義之維護」，就是專指對被告有利益而攸關公平正義者而言。這其實就是實質「武器對等原則」的踐行——被告沒有武器可以對抗擁有強大偵查能力的檢察官，只能被告防守，所以法官在此時有義務去澄清事實是不是對被告有利，而這都只是一個補充調查的原則而已。不過，這個補充調查，通常是函查、調閱相關資料、找證人來問個明白等，並不是像偵查中的蒐證那樣，也就是法官不應代替檢察官再去監聽、蒐搜或指揮警察偵辦等重啟偵查作為。

又應加釐清的是，刑事訴訟法第2條第1項對於被告有利及不利之情形，應一律注意的規定，僅是一種訓示規定，就證據層面來說，乃提示法院於證據取捨判斷時應注意之作用，對於本來就應該由檢察官負舉證責任的層面來說，不會受到影響。所以，檢察官如果沒有能在起訴時或審判中提出不利於被告的證據，以證明其起訴事實存在，或未指出調查的途徑，與待證事實之關聯及證據之證明力等事項，實在不能認為法院已經違背刑事訴訟法第163條第2項之規定，未依職權調查證據，而構成「應於審判期日調查之證據未予調查」的判決當然違背法令。

其實，最高法院所做的這個決議，並不是禁止法官去調查對被告可能不利的證據，而是說如果可能存在有對被告不利的證據，但檢察官或自訴人（稱控方）又不請求法官去調查，既然控方都不主張要調查了，自然是有控方的訴訟策略考量，法官是中立裁判者，當然不必主動跳下去依職權來調查。這時候，不能抱怨說法官為什麼不主動調查對被告不利的證據！也就是此時的「不調查」，不會構成「應於審判期日調查之證據未予調查」的判決當然違背法令。且有些證據於未經調查，並不知道是否對被告有或不利，所以法官為求發現真實，因而主動調查，縱結果對被告不利，也沒有違法。

法院職權調查義務	
依據	刑事訴訟法§163-2：「法院為發現真實，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。」
限縮	最高法院101年第2次刑事庭會議決議：但書公平正義之維護是專指「對被告有利益而攸關公平正義者」
效果	1. 限縮法官發動職權調查證據之情況 2. 法官發動職權調查原則上以待證事實不明，尤其以被告沒有獲得實質辯護的情形 3. 法官為求發現真實主動調查證據，其結果對被告不利亦無違法

圖：法院職權調查義務

本案解析

本件檢察官並沒有在審判中向法院請求對B做聲紋比對，也沒有請求對B進行測謊，更沒有在偵查時還留有通聯紀錄的時間點內，主動去調該電話的通聯紀錄，審判中更是逾越保留通聯期限而無從再調閱，這樣的攻擊失誤能怪誰呢？再套用球類競賽，當檢察官開球、殺球失誤、掛網或出界時，居然要求法官要替他打球，這有道理嗎？一味要求法官表接替其未完成的偵查工作，在審判中繼續蒐集對被告可能不利的證據，這是不符合現在法治國家訴訟法的理念的。也因此，本例中，既然檢察官在法庭都沒有請求法官調查那些靜坐或集體路過時的抗議訴求，法官當然不必補充調查那些事項，而法院判決B無罪，是因為無罪推定、罪疑唯輕等原則的落實罷了。

至於，B被判無罪，不等於法院已經積極認證B沒有通風報信，而是說檢察官的舉證不夠，所以才由檢察官來承擔敗訴的結果責任。