

論日本法上卷證不併送制度之配套措施^{*}

黃 翰 義^{**}

目 次

一、前言	五、證據開示程序
二、訴因制度	(一)證據開示之意義及其內涵
(一)公訴事實與訴因	(二)證據開示義務之確立及其理論根據
(二)訴因之變更、追加及撤回	(三)、證據開示之流程
(三)訴因之補正與更正	六、卷證不併送制度之例外
(四)預備訴因與擇一訴因	(一)令狀搜索及羈押等強制處分
三、審判前整理程序	(二)略式程序
(一)程序開始	(三)交通案件即決裁判程序
(二)程序參與者	(四)審判程序之更新
(三)程序之內容	(五)撤銷發回、移送後之更審程序
(四)確認整理之結果	(六)上訴審程序
四、廢棄公訴程序	(七)再審程序
(一)判決廢棄公訴	七、結論
(二)裁定廢棄公訴	

關鍵字：訴因制度、事前開示、審判程序、審判前整理程序、卷證不併送。

Keywords：count system, pre-trial disclosure, judiciary proceedings, preparatory procedure, the Principle of Unitary Information.

^{*} 本文之完成感謝二位匿名審查人提供寶貴意見。

^{**} 黃翰義，國立中正大學法學博士，臺灣臺南地方法院法官。

摘 要

日本卷證不併送制度之配套措施，而訴因制度為卷證不併送之一環，訴因所要處理之範圍，包括訴因變更、追加、撤回及其他訴因之理論、違反之法律效果等規定，故卷證不併送本身，顯然不單僅止於「卷證不併送」之意義。其次，日本法制雖以採卷證不併送為原則，然例外亦有不適用卷證不併送之特殊程序，可見在採取卷證不併送之制度下，仍有其他配套措施存在。因此，在作比較法研究時，即有必要以概觀之方式進行研究，以避免發生法律制定後，欠缺配套措施而造成體系之內在矛盾或衝突。

A complete set of preventive measures of The Principle of Unitary Information in Japan

Huang, Han-Yi

Abstract

The Principle of Unitary Information forms a complete set of preventive measures in Japan. However, as a part of unitary information, count system covers a broad range of law proceedings, such as the count changes, additional supplements, withdrawal, law theories based on count system as well as any effects on law violation. Therefore, the Principle of Unitary Information itself obviously has more than the meaning of unitary information. In addition, although Japan's law system adopts the principle, the exceptional cases also triggered special procedures unavailable to fit unitary information. Under the circumstances, other measures need to exist to deal with particular conditions so that when doing research, especially on comparison laws, the researchers require broader views to carry out law studies. As a result, lack of necessary measures may cause contradiction or even irreconcilable conflicts within a legal system.

一、前言

按起訴狀內不得記載使法官足生有罪預斷之虞的文字或附加書類及其他證據之原則，稱為「起訴狀一本主義」或「卷證不併送原則」。卷證不併送制度係以防止預斷為主要之目的¹，因此，就卷證不併送之意義以觀，其重心在於起訴時，不得將足以證明被告有罪之證據一併送交法院，應僅就起訴之事實加以說明，此種不附加證據資料之起訴機制，稱為卷證不併送制度。由於法官在收案後、開庭前，無從先行閱覽證據、得知證人之證述或證物彰顯之意義，使法官之心證於公開審判庭形成，適足以呈現刑事審判之基本原則—公平法院—之具體內容²。本文爰自日本法上卷證不併送制度之配套措施切入，以探討其理論及實務上如何藉由相關之配套措施運作卷證不併送制度。

二、訴因制度

(一)公訴事實與訴因

依日本刑事訴訟法第 256 條第 2 項第 2 款規定：「起訴書應記載公訴事實」³，同條第 3 項則規定：「公訴事實應明確記載訴因。明示訴因，應儘可能特定犯罪事實之日期、時間、場所及方法」。訴因制度重要之機能在於限定審判之對象，自被告方面觀之，訴因具有劃分其應防禦範圍之功能⁴，亦即，係用以嚴格限定「審判範圍」之制度，其用意在於避免使被告受到不可預知之審判，而得充分防禦之準備⁵。至於法條所指「公訴事實」之範圍究竟為何？應如何界定「公訴事實」之內涵？在學理上有「公訴事實對象說」及「訴因對象說」⁶。

「公訴事實對象說」認為審判之對象為公訴事實，而公訴事實以起訴書所記載之犯罪事實為限，所謂公訴事實係指得在相同程序中處理之同一範圍之事實（廣義之公訴事實）。此一理論有下列特徵：1. 起訴效力及於起訴事實同一性之範圍。2. 由於訴因制度係為被告防禦之便利而導入之程序，因此變更訴因有無必要，其基準應考量訴訟之具體

¹ 此為日本刑事訴訟法第 256 條第 6 項所明文。要言之，事實審之法官，在第一次公開庭期前，關於案件之事實僅得記載於起訴書內，並應以完全空白之心證審理案件，為刑事審判基本原則之一，即公平法院之具體展現，石丸俊彥，《刑事訴訟法》，成文堂，平成 11 年 3 月 10 日，初版第 3 刷，第 170 頁。

² 石丸俊彥，前揭書，第 170 頁。

³ 由於日本訴因制度並非完全依照英美法系之形態而導入日本，現行法仍留有舊法時代「公訴事實」之概念。亦即，一方面要求公訴事實應明示記載而使二者具有不可分性，他方面在審理中，因檢察官之請求或本於法院之命令認為應變更訴因，而預定其範圍與公訴事實具有同一性。因此，訴訟之對象應考量訴因或導入訴因變更之制度，亦或應考慮如同舊法以公訴事實同一作為其範圍，而在現行刑事訴訟法上成為問題之一，田宮裕，《刑事訴訟法》，有斐閣，2003 年 6 月 30 日，新版第 14 刷，第 186 頁。

⁴ 寺崎嘉博，《刑事訴訟法》，成文堂，2006 年 10 月 1 日，初版第 2 刷，第 258 頁。

⁵ 柯慶賢，〈訴與訴因制度〉，載於最高法院學術研究會編，《刑事訴訟可否採行訴因制度研究討論會》，民國 83 年 9 月初版，第 257 頁。

⁶ 訴因究為事實或法律評價，學理上有四種分類：其一，審判之對象為起訴事實，訴因為法律上評價；其二，審判之對象為起訴事實，訴因為事實；其三，審判之對象為訴因，而訴因為事實；其四，審判之對象為訴因，而訴因為法律上評價，第一種類型屬於職權主義，以下依次而增強當事人主義之色彩，第四種類型則為最徹底之當事人主義，黃東熊，《刑事訴訟法研究（第二冊）》，三民書局，民國 88 年 4 月第 1 版，第 185 頁。

狀況及是否有害於被告實質上之防禦利益加以判斷。3. 公訴事實係本於訴因而成立，程序上明示訴因之權限及義務，本即屬於法院，雖然在現行法上賦予檢察官擁有此一權限及義務，惟僅係便宜之舉，故在審判過程中產生公訴事實與訴因之歧異時，修正此種情況之訴因變更，本來亦屬法院之權限及義務。4. 法院對於訴因變更之命令有形成效力。5. 由於公訴事實對象說以公訴事實為審判對象，當事實認定超出訴因時，在屬於公訴事實同一性之範圍內為限，仍不得認為屬於未受請求之事項而為之判決，僅是程序上應變更訴因而未變更之訴訟程序違背法令。6. 訴訟條件是否存在，由法院本於心證之基準加以判斷⁷。

「訴因對象說」則認為，訴因本身始為審判之對象，訴因係檢察官所主張符合構成要件該當性之具體事實。訴因對象說有下列特徵：1. 訴訟繫屬僅及於訴因，起訴效力不得超過訴因之範圍。2. 訴因為法院審判之對象，從而，訴因變更之必要性，不論該訴訟之具體狀況為何，訴因乃審判對象本身，應就訴因是否同一加以判斷。細節部分並無必要一致，惟仍以重要之事實是否同一為其基準。3. 由於訴因為審判之對象，其認定及變更，本即屬於當事人一方之檢察官的權限。法院所為變更訴因之命令則為例外情形，變更訴因原則上並非法院之義務（超越訴因之範圍而認定事實為嚴格禁止事項）。4. 法院對於訴因變更之命令並無形成效力。5. 超出訴因範圍所為之事實認定則屬於未受請求之

事項予以判決之違法。6. 訴訟條件是否存在，完全依訴因之基準加以判斷⁸。

就上開二說簡略言之，「公訴事實對象說」認為，訴因係指符合特定犯罪構成要件之法律構成事實之記載，並非法律構成要件本身，而是強調對於構成法律要件「事實」之觀點。至於「訴因對象說」則主張「本於社會事實之犯罪而嚴格符合各罰則構成要件形態之法律構成」，訴因之重要意義並非在於事實面，而是「事實之法律構成及其評價」⁹，因此，採取「公訴事實說」或「訴因對象說」，在運作之特徵上，前者著重在「事實」；後者則側重於「事實之法律評價」。

自日本法之歷史觀之，由於現存訴因之概念顯然與大正時期之舊刑事訴訟法時代所指之「公訴事實」完全不同，故在文義解釋上，實無必要因條文內有「公訴事實」之記載，即因循舊刑事訴訟法時期對於公訴事實內涵之解釋。質言之，「公訴事實對象說」實際上並未精準說明「公訴事實」與「訴因」究有何不同？其不同之標準何在？而參酌其所提出之前開各項特徵，就「公訴事實」與「訴因」之相異處而言，充其量僅是「抽象地描述」，實難有更堅強之理由明確區分「公訴事實」與「訴因」之不同。與其在文字上作抽象式之思考，不若認為「公訴事實」等於「訴因」，反而更易於理解其內涵。訴因之機能，在於使被告不受突襲而得以預見起訴書所記載特定、明確之事實，法院亦得以知悉具體審理之範圍。故日本刑事訴訟法第

⁷ 福井厚，《刑事訴訟法講義》，法律文化社，2004年3月10日，第2版第2刷，第196頁。

⁸ 福井厚，前揭（註7）書，第196至197頁。

⁹ 土本武司，《刑事訴訟法要義》，有斐閣，平成10年5月30日，初版第2刷，第199頁。另外，亦有學者認為，「公訴事實對象說」認為法官審理之對象雖為公訴事實，但由訴因拘束判決；而「訴因對象說」則認為訴因本身均為審理及判決之對象，寺崎嘉博，前揭（註4）書，第259頁。

256 條第 3 項所指：「公訴事實應明確記載訴因」，該公訴事實之意涵究應如何解釋？學者認為公訴事實等同於訴因事實，訴因甚至稱為「檢察官請求法院認定犯罪事實（之主張）」，亦無不可，日本最高裁判所則採取「訴因對象說」之立場¹⁰，此一見解亦為本文所採。故就訴因運作之方式而言，本文贊同採取「訴因對象說」，因此，就字面上之意義而言，公訴事實即為訴因。

至於訴因之內容為何？訴因應如何記載？其究係單純事實之構成或法律上之評價？依日本刑事訴訟法第 256 條第 3 項規定：「公訴事實應明確記載訴因。明示訴因，應儘可能特定犯罪事實之日期、時間、場所及方法」，如同本文前開所述，公訴事實與訴因在概念上乃一體二面，起訴書所載之訴因不能僅指「單純之事實」而無任何可資特定其範圍之記載，因此，依刑事訴訟法第 256 條第 3 項之規定，自然應就該事實發生之日期、時間、場所及方法加以描述，惟檢察官所起訴者乃「足以構成犯罪之事實」，既然係足以構成犯罪之事實，該事實之描述亦應有法律上評價之概念在內；惟其性質當非法律構成要件「本身」或「法律之解釋」，而是「構成要件事實」，自然應同時著重其事實描述面及法律評價面之特徵。

日本實務上對於「日期、時間、場所及

方法」是否應予記載之問題，認為：除為該犯罪之不法構成要件要素外，所謂「日期、時間、場所及方法」，本來即非成罪事實之部分，惟僅屬於特定訴因的手段之一，亦應加以記載¹¹。至於刑事訴訟法第 256 條第 4 項規定：「起訴書不得附有使法官產生預斷之書類或其他物品，或引用該內容之記載」，依實務上之見解，除犯罪構成要件事實之記載外，尚可記載被告犯罪之動機、被告之經歷、品行及被告之前科、履歷¹²。惟應予說明者，當前科並非屬於犯罪事實之構成要件要素時，仍不得在起訴書內記載被告之前科，以避免因該前科使法官產生預斷。惟如為特定訴因之手段，例如：在起訴書內將恐嚇手段之文書內容全文照錄，以敘述被告使用恐嚇之具體方式¹³，或起訴書內引用毀損名譽文書內容的三分之一¹⁴，各該記載均不違法。

故在卷證不併送主義下關於起訴書應記載之事項，乃指特定被告之事項、公訴事實及罪名，除被告之經歷、性格、前科與犯罪構成要件有密不可分之關係而應予記載外¹⁵，其中「公訴事實之記載」，自然應就犯罪發生之日期、時間、場所及方法等相關事實加以記載，為「特定訴因」之方法，而此一記載之事實，係屬「構成要件事實」，亦具有一定程度之法律評價¹⁶，應無疑義。

綜上說明，本文認為訴因係「檢察官起

¹⁰ 寺崎嘉博，前揭（註 4）書，第 259 至 261 頁。

¹¹ 同註 11。關於此一判決涉及犯罪之時間、場所及方法之說明，可參閱：松宮孝明，〈訴因の明示一覺醒劑の自己使用〉，載於：《刑事訴訟法判例百選》，ジュリスト，1998 年 8 月，第 148 期，第 99 頁。

¹² 土本武司，前揭（註 9）書，第 204 頁。

¹³ 最高裁判所，昭和 33 年 5 月 20 日判決，《刑集》，第 12 卷第 7 號，第 1398 頁。

¹⁴ 最高裁判所，昭和 44 年 10 月 2 日裁定，《刑集》，第 23 卷第 10 號，第 1199 頁。

¹⁵ 例如：利用被害人之經歷、性格而乘機恐嚇，或常業犯、累犯而竊盜之場合，前科有時係構成要件要素等（如日本法上之習慣性之累犯竊盜行為，即以累犯為其構成要件要素），及為明確化被告之犯意而記載其動機、目的，仍可記載之，三井誠、酒卷匡，《入門刑事手続法》，有斐閣，2002 年 10 月 30 日，第 3 版第 2 刷，第 103 至 104 頁。

訴書中所具體記載之犯罪時間、地點、方法及手段等與犯罪構成要件有密不可分之事項，而足以該當特定犯罪構成要件之事實」。

(二) 訴因之變更、追加及撤回

日本刑事訴訟法第 312 條第 1 項規定：「法院在無害於公訴事實同一性之限度內，經檢察官之聲請，應准許其追加、撤回或變更起訴書所載之訴因或法條」，乃追加、撤回或變更訴因之法律上依據¹⁷。按審理進行中，對於犯罪事實之認定與訴因有異時，應確認其範圍是否具有訴因之同一性，解決之關鍵在於訴因本質上之特徵一係審理「訴因」或「公訴事實」之審判對象而論¹⁸。

1. 訴因之變更

按訴因變更之標準涉及可否變更起訴書所載之訴因，其範圍之廣狹，涉及認定事實是否有「未受請求事項予以判決之違法」的問題。由於訴因具有拘束力，當法院認定之事實係訴因以外之事實而仍在同一性之範圍內時，即有變更訴因之必要。變更訴因乃是否應維持原訴因或在如何程度上認定不同之內容較為妥當之問題¹⁹。茲就「不得變更訴

因之界限」、「得變更訴因之標準」及「變更訴因之程序及其時期」等先後順序加以說明：

(1) 不得變更訴因之界限

得否變更訴因，應視訴因之範圍與審判者認定之範圍是否具有同一性，亦稱為「變更訴因之客觀界限」。申言之，得否變更訴因，在概念上涉及應以如何之標準認定起訴事實之範圍，如於起訴書所記載之訴因與法院認定之訴因在範圍上完全不同時，即不得變更訴因，而應就原訴因為無罪判決；如在事實同一性之範圍內者，則視其係屬於「變更」或「更正」之問題，決定「變更訴因」或僅作「更正」即可。因此，在論及變更訴因前，應先行確認「得變更訴因」與「不得變更訴因」之標準：

① 學理上對於得否變更訴因之標準

A、構成要件共通說²⁰

本說認為基本事實同一，當然應比較事實是否該當於同一構成要件，當被比較之事實未該當於構成要件時，即使前階段之法律生活事實經認定為一個事實，亦難認有事實之同一性。例如：在訴訟前階段經表示之 X

¹⁶ 同見解，土本武司，前揭（註 9）書，第 199 至 200 頁。

¹⁷ 日本現行訴因制度原則上與英美法之訴因制度有異，亦與不採取訴因制度之大陸法系不同，日本法制在採用訴因制度之同時，亦殘存公訴事實之概念而承認訴因可變更之獨特制度，或可稱為介於英美法之訴因制度與大陸法之公訴事實之中間形態。然英美法之訴因亦非絕對不可變更，如非增加他罪或將所訴追之本罪變更成他罪，且對於被告實質上之權利無害之情形下，得修正其記載，例如：第一級謀殺可認定為第二級謀殺，而縮小認定為被包含之犯罪，田口守一，《刑事訴訟法》，弘文堂，平成 18 年 9 月 30 日，第 4 版補正版第 3 刷，第 309 頁。

¹⁸ 庭山英雄、森井暉合編，《法學基本講座刑事訴訟法第一百講》，學陽書局，1992 年 6 月 1 日第 3 版，第 103 頁。

¹⁹ 三井誠，前揭（註 10）書，第 197 至 198 頁。

²⁰ 以下關於「構成要件共通說」、「法益侵害同一說及公訴犯罪事實單一性說」、「訴因共通說」、「綜合評價說」、「刑罰關心同一說」、「訴訟主題同一說」、「防禦同一說」及「訴因機能同一說」之各說見解，參閱：安富潔，《演習講義刑事訴訟法》，法學書院，2004 年 1 月 15 日，第 2 版第 2 刷，第 155 至 156 頁。

事實該當於甲構成要件，其後認定之Y事實該當於乙構成要件，當Y事實在相當程度內亦該當於甲構成要件時，應認為X、Y二事實為同一事實。

B、法益侵害同一說及公訴犯罪事實單一性說

為解決此一訴訟問題，以法益有無侵害之同一性定之，或公訴犯罪事實如具有單一性者，即認為具有同一性。從而，本說係以「結果同一」、「犯罪單一」及「行為之共通性」為其具體之基準。

C、訴因共通說

此說認為得否變更訴因，應就二訴因加以比較，其重要部分—行為或結果—有重合時，即認為有公訴事實之同一性，依此說可知，施暴行罪與毀損罪，就其「行為」之觀點而言具有同一性，而竊盜罪及詐欺罪就「結果」之觀點而言，具有同一性，均可變更訴因。

D、綜合評價說

本說認為是否為同一事實，應特定犯罪及其事實要素定之—如：犯罪主體之被告、犯罪時間、場所、方法及行為態樣、被害法益、被害人、共犯關係等情形，綜合評價，並比較檢察官與被告間對立之利益加以決定。

E、刑罰關心同一說

此說乃是就犯罪之時間、場所、手段、方法、被害客體等構成事實是否相互重覆、接近或類似等情事，施加各別之刑罰是否不適當，自刑罰關心之擇一對象—「如一方成立，他方即不成立」者，即應認為具有公訴事實同一。亦即，公訴事實是否同一，在於除具有一次解決之相當性外，並應就國家對於刑罰關心之特性，比較二訴因是否有「二立關係」—即「擇一關係」—存在，為其基準。

F、訴訟主題同一說

本說係以原訴因及新訴因加以比較，就二者事實之共通性，判斷有無特定規範之共通性，依二者各別適用之規定內容，認定是否不得變更訴因，故公訴事同一性者，應就訴訟主題之同一性定之，為判斷此同一性，應就「事實」有無共通性及「法律上之判斷」有無共通性加以檢驗。

G、防禦同一說

本說認為考量訴因與訴因之比較，透過一次訴訟解決之範圍加以判斷，此際應考量之要素，主要應置於是否有害於原訴因之告知機能或對於被告之防禦範圍有無實質上差異之重點上。

H、訴因機能同一說

此說認為在起訴書上以訴因形式所記載之公訴事實，在無害於告知、防禦之保障機能下，允許變更訴因，其判斷標準，應就「基本事實之同一」、「二訴因有無密接關係或擇一關係」作為基準。

②實務上對於得否變更訴因之標準

按當檢察官與起訴事實之舉證結果有不一致時，可分為下列處理方式：其一，就本案為無罪判決，對於該舉證結果所產生相對應之行為另行起訴，嚴守訴因固定之立場；其二，對於未具體記載之公訴事實以抽象、簡略方式記載，例如：殺人之情形，儘可能減少因人為之方式，產生公訴事實與舉證結果不一致之情形；其三，即訴因變更制度，在一定之範圍內允許變更起訴，儘可能在避免重新起訴、禁止二重起訴危險之範圍內，認定為社會上之行為。第一種方式違反訴訟經濟，對於被告之地位不安定，其細分並切割訴追方式之看法並不妥當。第二種方式，對於起訴狀內公訴事實本於訴因形式具體表示，以充實被告防禦權，對於當事人對抗主義之基本目的有所妨礙。因此，仍以第三種

方式變更訴因之方式較妥²¹，從而，在無害於公訴事實同一性之限度內，經審理之結果認為適當時，得變更訴因。惟何謂「無害於公訴事實之同一性」？此涉及應否就原訴因為無罪判決而另行由檢察官就本欲變更之訴因另行起訴之問題，換言之，就起訴事實認定有無重覆起訴或案件同一性之概念。因此，實有必要就日本實務上就如何認定「不得變更訴因」之標準加以說明。

日本實務上認為原訴因與變更後之訴因在舉證結果上具有密切關係之情形，各該訴因間具有基本事實關係之同一性者，得變更訴因²²，而原訴因及其舉證之結果約略係本於同一證據之擇一關係而認定時，亦得變更訴因，所謂擇一關係者，係指認定此犯罪事實存在時，即無法認定彼犯罪事實存在之論理上關係，即實務上所指具有「此犯罪事實經認定後，彼犯罪事實即無法成立」之關係²³，簡言之，擇一關係係指基於同一證據之證明，此犯罪事實與彼犯罪事實間具有相互排斥之關係，此犯罪事實成立，將使彼犯罪事實不成立，反之亦然。因此，凡各該訴因具有基本事實關係同一，其具體判斷基準係以各該訴因間具有密切關係或擇一關係時，得變更訴因²⁴，例如：起訴書主要記載之訴因係「被告教唆甲在平成四年八月一日竊取停放在乙處之腳踏車一臺」之事實，與「被告於同日

竊取停放在乙處之腳踏車一臺」之事實無法同時成立，因此具有同一性²⁵。故當原訴因與變更訴因間具有「基本事實關係同一（密切關係）」或「擇一關係」時，即得變更訴因；惟如欠缺「基本事實關係同一」或「擇一關係」時，即不得變更訴因，而應就原訴因為無罪判決，本欲請求變更之他訴因，則應由檢察官另行提起公訴，以此資為「不得變更訴因而應重新起訴」之判斷標準。

③本文之立場

如何定位「同一事實」，涉及到是否有一事不再理及禁止重覆起訴之原則適用問題，如對於同一事實之概念認定過於嚴苛，將造成所起訴之案件，動輒應由法官為無罪判決而另行由檢察官重新起訴，此舉不僅浪費訴訟資源，亦極易造成當事人時間上之勞費；反面言之，苟對於同一事實之概念認定過於寬鬆，甚至對於完全不相關之事實相互間亦得變更訴因，將極易造成原訴因與新訴因之流動性過大，不僅折損訴因之「特定性」²⁶，進而失去起訴書應特定構成要件事實之功能，甚至對於被告、檢察官在程序上攻擊防禦權之行使，亦極有可能造成妨礙，造成延滯訴訟之虞。因此，如何在特定訴因及變更訴因間劃出一道界線，以平衡特定訴因及變更訴因之要求，不致造成過猶不及之結果，應是在建構訴因制度時，特別應加以重視之問題。

²¹ 渥美東洋，《刑事訴訟法》，有斐閣，2004年3月30日，新版補訂第2刷，第310頁。

²² 最高裁判所，昭和24年1月25日判決，《刑集》，第3卷第1號，第58頁；同裁判所，昭和27年10月30日判決，刑集第6卷第9號，第1122頁。

²³ 最高裁判所，昭和29年5月14日判決，《刑集》，第8卷第2號，第676頁。

²⁴ 渥美東洋，前揭（註23）書，第311頁。

²⁵ 坂本武志，《刑事訴訟法》，酒井書店，1999年3月25日，初版第2刷，第76頁。

²⁶ 訴因制度之意義在於：一、用以區別訴因及訴因外事實，限定審判之對象為訴因；二、被告之防禦活動得限定於訴因上（即訴因之防禦功能），被告並無必要就訴因所未記載之事實為防禦；三、由於訴因業經特定，其訴訟條件是否存在，以訴因為判斷之基準，例如：有無事物管轄權、是否業經提出告訴，均以該訴因本身加以認定，田口守一，前揭（註19）書，第205頁。

按新訴因如「擴大」構成要件事實或「增加」構成要件事實已「超越」原訴因對於被告通知之範圍時，原則上即應認為對於被告是一種程序及實體上突襲，故應予變更訴因。惟當新訴因與原訴因已屬於完全不同之「社會基本事實」者，此時不僅不得變更訴因，反而應對原訴因為無罪之判決，以避免造成訴因無法特定之結果。然而，問題在於，應如何判斷是否為「同一社會基本事實」？本文認為，首先應判斷原訴因與新訴因間是否屬於：「犯罪之時間、場所、犯罪行為之態樣或被害之內容等變化等，對於犯罪成立與否或被告之防禦無直接相關之情形」或「大範圍之事實包括小範圍之事實關係」（即縮小理論）之類型，如屬於前開類型，自然無須變更訴因，得進入審理程序審理之²⁷；惟如不符合上揭情形，則應就原訴因與新訴因間是否具有「同一社會基本事實」之標準而定²⁸，苟二者屬於「同一社會基本事實」，即可變更訴因，並踐行後述變更訴因之程序；如非屬於「同一社會基本事實」，法官即應就原訴因為無罪判決，至於新訴因之部分，應由檢察官另行偵查起訴，此種情形，頗類似我國目前就得否變更起訴法條之傳統實務見解，亦即，除「犯罪之時間、場所、犯罪行為之態樣或被害之內容等變化等，對於犯罪成立與否或被告之防禦無直接相關之情形」或「大範圍之事實包括小範圍之事實關係」

之類型應先行評價以認定有無上開情形外，其餘涉及得否變更者，則依得否變更起訴法條之方式作為判斷之標準，本文認為，此一作法，不僅可避免日本學理上多數不同意見造成歧異結果之問題，亦可直接套用實務上向來對於是否變更法條之主張，至於日後對於訴因變更之制度發展成熟後，經由學理上就「訴因變更之標準」辯證後，再決定究應採取如何之標準加以定位。

(2)得變更訴因之標準

在事實同一性經過確認後，即應論及如何情形得變更訴因、如何情形無需變更訴因亦可進行審判，其變更訴因標準何在之問題。就變更訴因之標準，學理上之判斷上可分為：「法律構成說」及「事實記載說」二說：

④法律構成說

本說認為，訴因之重要意義應求諸於法律構成要件及法律評價，如對此（法律構成要件及法律評價）有所變更，即有變更訴因之必要。本說以構成要件、法條是否相異為判斷之基準，例如：作為犯或不作為犯等之法律適用，或未遂、既遂、共犯之形式等，對於構成要件有修正之形式或有變更之情形，即有必要變更訴因²⁹。質言之，訴因並非事實之問題，而是關於事實之法律評價問題，如訴因之法律要件有所變化時，即有必要變更訴因³⁰。因此，本說可謂係以法律構成要件有無修正或變更作為判斷訴因是否變更之

²⁷ 雖然無需變更訴因，惟如涉及法條變更之情形，仍應對於被告諭知新變更之法條，使其對於訴因之法律適用受到程序告知之保障。

²⁸ 誠然，是否為「同一社會基本事實」，歷來於我國審判實務之運作上眾說紛云，然而，在制度之變革上，仍有蛛絲馬跡可供遵循而非毫無章法，容有參考之餘地，關於我國實務上對於同一社會基本事實間得變更起訴法條之歸納整理，可參閱：林俊益，《刑事訴訟法概論（下冊）》，新學林出版社，2006年2月，第5版第1刷，第306至308頁。

²⁹ 三井誠，前揭（註10）書，第198頁。

³⁰ 田口守一，前揭（註19）書，第313頁。

標準。

⑤事實記載說

此說則認為，訴因係以檢察官主張之具體犯罪事實為要，「事實」本身是否有所不同，即成為是否變更訴因之標準³¹。如經判斷事實之記載在重要之點上有所變化，即使構成要件同一，亦難認為訴因同一，而有必要變更訴因，此一見解為通說及實務判例所採。例如：同為殺人案件，但其實行犯行之方法係以槍枝射殺被害人或徒手毆打被害人使其死亡等，對應於事實記載之面向，得在程序上反應二者不同之防禦方法。學理上亦認為由於訴因之重要機能在於明示防禦之對象，而認為事實記載說較為妥當³²。

其次，在論及是否變更訴因時，「事實記載說」主要係以被告之防禦權是否受到實質上之不利益作為判斷之基準，以界定是否會導致被告因不同之事實受到程序上之突襲。因此，在「事實記載說」即以被告之防禦權是否受到不利益加以認定，其判斷之方式有「具體防禦說」、「抽象防禦說」及「二階段防禦說」三種不同之立場。「具體防禦說」著重在具體個案中對被告之防禦活動，是否會產生具體之不利益為其問題重心。而「抽象防禦說」則以抽象地、一般地標準判斷對於被告是否有防禦上之不利益為其問題重心。通說採取「抽象防禦說」之見解，而實務上則有採取「具體防禦說」及「抽象防禦說」

之分歧看法存在³³。

至於「二階段防禦說」之看法，則認為首先應就一般的、抽象的角度判斷是否對於被告之防禦有所妨礙，如依一般的、抽象的角度判斷並不會產生對於被告防禦權之妨礙時，應以現實上之案件、訴訟為前提，就具體防禦之觀點認定有無必要變更訴因，從而，第二階段應在個別案件上判斷有無具體對於被告之防禦有不利益定之³⁴。因此，「二階段防禦說」主要係綜合「抽象防禦說」及「具體防禦說」之判斷標準，以「抽象防禦說」作為先位判斷之基準，再以「具體防禦說」為次位判斷之標準，依一般性之觀點判斷被告所處之地位，若不變更訴因時，其抽象防禦權有所妨礙者，即應變更訴因；如對於被告之抽象防禦權並無妨礙，但在個案中對於被告之具體防禦權有所妨礙時，仍應由檢察官變更訴因³⁵，又變更訴因之主體既為檢察官，法院於審判過程中認為適當時，亦得命檢察官變更訴因（日本刑事訴訟法第 312 條第 2 項），然而，倘不變更訴因將顯然產生違反正義之情形，通說認為法院即有變更訴因之義務，苟怠於變更訴因者，即應認為有未盡審理能事之虞³⁶。

⑥實務上對於應否變更訴因之見解

就日本學理上所指之「法律構成說」與「事實記載說」二者所要處理之問題，在於決定「應否變更訴因」之標準，亦即，其立

³¹ 同註五九。

³² 白取祐司，《刑事訴訟法》，日本評論社，2004 年 10 月 30 日，第 3 版第 1 刷，第 249 頁。

³³ 日本最高裁判所昭和 58 年 2 月 24 日判決及同裁判所昭和 58 年 9 月 6 日判決參照。

³⁴ 同前註 31。

³⁵ 由於訴因係檢察官之主張，故其變更主體為檢察官，法律上固然預定變更由法院許可，如檢察官係適法之請求者，法院即應許可為之，甚且，法院鑑於審理之過程，亦應命檢察官變更訴因，此種程序稱為變更訴因之命令，鈴木茂嗣，《刑事訴訟法》，青林書院，1999 年 3 月 10 日，改訂版第 8 刷，第 121 頁。

³⁶ 鈴木茂嗣，前揭（註 37）書，第 122 頁。

足點在於「無須變更訴因」及「應變更訴因」之判斷上，而日本實務上認為應變更訴因之程序者，茲先例示如下：A、犯罪行為態樣變化之情形，例如：強制猥褻變更為公然猥褻³⁷；B、過失態樣變化，例如：誤踩油門之過失變更為遲延踩剎車之過失³⁸；C、被害程度擴大之情形，例如：法人逃漏稅之逃漏所得內容³⁹；D、在法律評價上有所變更時，亦有變更訴因之必要，例如：收賄之共同正犯變更為行賄之共同正犯⁴⁰、幫助犯變更為共同正犯⁴¹、殺人變更為過失致死之情形⁴²。至於無須變更訴因之程序者，例示如下：A、犯罪之時間、場所、犯罪行為之態樣或被害之內容等變化等，對於犯罪成立與否或被告之防禦無直接相關之情形，例如：實行詐術之時間或取得金額之變更⁴³；B、大範圍之事實包括小範圍之事實關係，例如：強盜訴因認定為恐嚇取財之訴因⁴⁴、殺人訴因認定為得被害人承諾而殺人之訴因⁴⁵、強盜致死訴因認定為傷害致死之訴因⁴⁶、傷害

訴因認定為施加暴行之訴因⁴⁷、酒醉駕車之訴因認定為帶有酒氣駕車之訴因⁴⁸，均屬之。

⑦本文就變更訴因所採取之立場

就本文前揭所舉日本實務上無須變更訴因之各例而言，可歸納其類型為：「犯罪之時間、場所、犯罪行為之態樣或被害之內容等變化等，對於犯罪成立與否或被告之防禦無直接相關之情形」及「大範圍之事實包括小範圍之事實關係」之情形，此種情形無論在抽象或具體上均不致於對被告在程序或實體上產生突襲，依「二階段防禦說」之見解，屬於同一性事實之範圍內，無須變更訴因，此部分之見解應可採取。

惟日本實務上就應變更訴因之例過於繁雜，導致何種情形對於被告產生抽象或具體上之不利益更難判斷。本文認為，關於訴因是否變更，日本學界區分為「法律構成說」與「事實記載說」，僅在形式上以「有無變更法律構成要件」或「事實是否不同」作為判斷標準，但卻未具體指明變更訴因之目的

37 最高裁判所，昭和 29 年 8 月 20 日判決，《刑集》，第 8 卷第 8 號，第 1249 頁。

38 最高裁判所，昭和 46 年 6 月 22 日判決，《刑集》，第 25 卷第 4 號，第 588 頁。

39 最高裁判所，昭和 40 年 12 月 24 日裁定，《刑集》，第 90 卷第 9 號，第 827 頁。

40 最高裁判所，昭和 36 年 6 月 12 日判決，《刑集》，第 15 卷第 6 號，第 961 頁。

41 最高裁判所，昭和 40 年 4 月 28 日判決，《刑集》，第 19 卷第 3 號，第 270 頁。

42 最高裁判所，昭和 43 年 11 月 26 日裁定，《刑集》，第 22 卷第 12 號，第 1352 頁。

43 最高裁判所，昭和 28 年 3 月 5 日判決，《刑集》，第 7 卷第 3 號，第 443 頁。

44 最高裁判所，昭和 26 年 6 月 15 日判決，《刑集》，第 5 卷第 7 號，第 1277 頁。

45 最高裁判所，昭和 28 年 11 月 20 日判決，《刑集》，第 7 卷第 11 號，第 2275 頁。

46 最高裁判所，昭和 29 年 12 月 17 日判決，《刑集》，第 8 卷第 13 號，第 2147 頁。

47 最高裁判所，昭和 30 年 10 月 19 日判決，《刑集》，第 9 卷第 11 號，第 2268 頁。原訴因中如包括經認定為縮小事實之訴因者，得不變更訴因，此種原則稱為縮小認定訴因之法理（縮小理論），福井厚，前揭（註 7）書，第 206 頁。

48 最高裁判所，昭和 55 年 3 月 4 日，《刑集》，第 34 卷第 3 號，第 89 頁。日本法上之酒醉駕車形態與我國不同，其類型分為二種，其一係「酒醉駕車」，凡因酒精所致有不能正常駕車之虞的狀態，依日本道路交通法第 117 條之 2 第 1 款之規定，其法定刑為五年以下之懲役或一百萬元以下之罰金；其二係「帶有酒氣駕車」，須依行為人血液中之酒精濃度決定是否不能安全駕駛（類似我國酒醉駕車之規定），依同法第 117 條之 2 之 2 第 1 款之規定，其法定刑為三年以下懲役或五十萬元以下之罰金。

何在。換言之，與其將「抽象防禦說」、「具體防禦說」及「二階段防禦說」置於事實記載說之內涵中，毋寧，「抽象防禦說」、「具體防禦說」及「二階段防禦說」反而是直接作為判斷應否變更訴因之標準。亦即，「變更訴因前被告之攻擊防禦狀態」與「變更訴因後被告之攻擊防禦狀態」相較，如未變更訴因將造成被告在程序上或實體上受到突襲或無法周延地保障訴訟權之情形，即應變更訴因；反之，如未變更訴因並不致造成被告在程序上或實體上受到突襲或無法周延地保障程序權之情形，即無庸變更訴因⁴⁹。

其次，判斷應否變更訴因之標準，「二階段防禦說」以二種層次保障被告之程序權，可兼顧抽象與具體程序上有無不利益於被告之情形，應較值得採取。再者，參酌起訴書最重要之目的，在於使被告知悉被訴罪名及事實以提出充分之防禦，要求審判中之證據即應與起訴書之事實呼應契合，用以貫徹「使被告提出適當防禦」之目的⁵⁰，而訴因既係「檢察官起訴書中所具體記載之犯罪時間、

地點、方法及手段等與犯罪構成要件有密不可分之事項，而足以該當特定犯罪構成要件之事實」，從而，如「擴大」構成要件事實或「增加」構成要件事實已「超越」原訴因對於被告通知之範圍時，原則上即應認為對於被告是一種程序及實體上突襲，換言之，當被告收到起訴書後，本來其所準備防禦之對象原是針對該起訴書所載之訴因，然而，經法院審理後，該訴因產生擴大或增加構成要件事實，而該擴大或增加之構成要件事實對於原通知被告之訴因內容而言，已有不同，因此，有必要透過變更訴因之程序，使被告之防禦權受到程序上之保障⁵¹。

(3)變更訴因之程序及其時期

由於變更訴因實質上與提起公訴同具重要性，在程序上亦力求慎重，變更訴因原則上應提出書面、附加正本、對被告送達，並應在公開法庭以書面朗讀為必要⁵²。實務上於變更訴因時，應賦予被告及其辯護人有陳述意見之機會⁵³，如訴因之變更對於被告之防禦有實質上不利益之虞⁵⁴，經被告或辯護

49 簡言之，變更訴因有助於保障被告在實體上及程序上之利益時，即應變更訴因；如變更訴因有害於被告在實體上及程序上之利益時，即不得變更訴因。

50 王兆鵬，〈起訴書與基本人權〉，《檢察新論》，2008年1月第3期，第48頁。

51 學者王兆鵬認為，擴大或增加之訴因應移由檢察官另行起訴，不得變更訴因，同前註，第49頁。此種見解固然可避免再陷入我國實務上所採「同一社會基本事實」漫無標準之泥淖，然而，卻會造成檢察官一再起訴、法院一再為無罪判決、浪費被告時間及勞力之問題，例如：檢察官就普通竊盜未遂之訴因提起公訴，經查為普通竊盜既遂之訴因後，為無罪判決，檢察官再就普通竊盜既遂之訴因提起公訴；又查乃加重竊盜既遂之訴因，再為無罪判決；檢察官再就加重竊盜既遂之訴因起訴，再發現係準強盜之訴因，則在訴訟經濟上不僅重覆起訴而拖延時日，如案件繁雜而涉及數個不同構成要件者，構成要件如有些許變更（或擴張）均要再重新起訴而不得變更訴因，不僅對案件須有數次起訴及數次判決之送達問題而造成審判程序之浪費，對被告而言，亦徒增訴訟上時間及往來法院、檢察署之勞費，故此一見解恐值商榷。

52 如被告在庭時，亦得在法庭上以口頭加以變更，惟此係例外。關於上開程序之依據，分別規定在日本刑事訴訟規則第209條第1至5項。

53 最高裁判所，昭和29年7月14日判決，《刑集》，第8卷第7號，第1074頁。

54 又所謂「實質上不利益之虞」之有無，並非僅指訴因變更後之內容，其作如何之主張、舉證等審理進行之狀況，亦為判斷之基準，三井誠，前揭（註10）書，第195頁。

人聲請時，法院即應裁定停止審判程序，此為日本刑事訴訟法第312條第4項所明文⁵⁵。由此可知，變更訴因並非與「變更起訴法條」相同，其程序上除必須對被告加以通知外，必要時，甚至應以裁定停止審判程序。

至於訴因變更之時期，早期實務上認為在經過審理後仍得變更訴因⁵⁶，惟近來則認為如經過審理後即不得變更訴因⁵⁷、遲誤時期之訴因變更亦屬非法⁵⁸，因此，變更訴因有時間上之界限，已屬實務上之通例⁵⁹，應無疑義。就實務上判斷訴因變更之界限上，可分為下列情形：①時間及時期之要素；②被告先前之防禦行為；③檢察官對於訴因事實所抱持之態度；④案件之重大性等因素加以考量，但就上開情形加以綜合判斷而導入之基準而言，關於被告方面之防禦及保障其受迅速裁判之觀點二者較為重要。學理上之多數說亦依循判決之開展而肯定訴因變更有其時間上之限制，但其判斷標準則有不同，除亦有重視時間之要素外，尚包括：在無罪心證形成之階段變更訴因者並非適法、檢察官對於新訴因之訴追已為處分者，不得變更，違反誠信原則及權利濫用下所為之訴因變更，亦非適法，甚至應重視被告在防禦上之負擔等見解，尚非一致。亦有學者認為訴因變更之時期、訴因變更之內容、程度及訴訟經過等情形應加以考慮，檢察官請求變更訴因之

訴追時，已無法停止審判程序而強制被告應訴之情形、對於被告之不利益已超越合理之界限而請求不適法之變更訴因，均不應允許⁶⁰。

就前開學理上對於訴因變更之界限可知，變更訴因之時期不外乎被告之防禦、檢察官之態度、案件之重大與否、是否已形成無罪心證、新訴因是否業經處分、有無權利濫用、是否業已超越合理之界限等情形加以判斷。本文認為，前揭例示情形固然可作為衡量之參考依據，然而，得否變更訴因仍應明確界定其期限，並非凡有變更訴因之情形即不論訴訟程序進行至何種程度均可為之。經由審判程序進行之流程始發生有訴因變更之情事，應參酌本文前開歸納訴因變更之各種原因綜合判斷，如變更訴因對於被告有顯著之不利益，且該不利益已超越合理之限制時，應認為已超出得變更訴因之期限，應就原判決諭知無罪，由檢察官另行對新訴因提起公訴；如變更訴因不致於造成被告顯著之不利益，亦未超越合理之限制時，則應視其程序進行之程度，決定另開準備程序（日本法上稱為「期日間整理程序」）重新通知被告新訴因，或當庭對被告為訴因變更之通知，如其不利益之程度較深時，亦可透過停止審判程序之規定，讓被告對於新訴因能有充分準備之時間，使被告不致於因訴因變更之結果受到不

⁵⁵ 日本刑事訴訟法第312條第四項規定：「法院對訴因及法條之追加或變更，認為對被告之防禦產生實質上不利益之虞時，依被告或辯護人之請求，為使被告有充分防禦準備之必要期間，應以裁定停止審判程序」。

⁵⁶ 橫濱地方裁判所小田原分院昭和43年10月10日判決、東京高等裁判所昭和45年4月20日判決參照。

⁵⁷ 東京高等裁判所昭和56年9月16日判決、大阪高等裁判所昭和61年1月31日判決及東京高等裁判所昭和63年5月11日判決參照。

⁵⁸ 福岡高等裁判所那霸分院昭和51年4月5日判決、浦和地方裁判所昭和63年9月28日判決及神戶地方裁判所昭和56年3月27日判決參照。

⁵⁹ 白取祐司，前揭（註32）書，第251頁。

⁶⁰ 福井厚，前揭（註7）書，第214至215頁。

當之衝擊。

2. 訴因之追加

訴因之追加係指原訴因存在之情形下附加新訴因，亦即，就原已存在之訴因外，另追加其他訴因，其追加後之訴因，可能為擇一訴因或預備訴因，亦有可能藉由追加訴因並撤回原訴因，而屬於廣義訴因變更之範圍，惟其前提均必須限於同一事實之情形下始可⁶¹。然而，訴因之追加有無時間上之限制？是否在一定期間經過後，即不得再追加之？依日本實際運作之情形可知，實務上曾在「違反詐欺及募集捐獻條例案件」（小松市募集捐獻案件）中，於起訴後9年2月後，於第一審第54次審判期日時，首度追加違反該條例案件之預備訴因，並在第55次審判期日為有罪認定，此一案例在該次判決中顯然屬於遲延追加訴因及變更訴因之情形⁶²。因此，本文認為，追加訴因之期間並非漫無限制，至遲應在第一次審判期日前即應確認是否追加訴因，除該追加訴因之原因係發生於審判期日時，應另由受命法官踐行審判前整理程序外，

原則上進入第一前審判期日後之案件，即不得追加訴因，以避免造成訴訟之延滯及在程序上造成對被告與法官之突襲⁶³。

3. 訴因之撤回

訴因之撤回，係相反於訴因之追加，乃就原已存在之複數訴因，撤回其中一個或數個訴因，此一概念亦限於在基本事實同一性之範圍內，始有撤回訴因之餘地。在預備訴因、擇一訴因之複數訴因存在之場合，撤回其中一個或複數之訴因，而仍屬於同一犯罪事實之情形，為撤回訴因，苟檢察官已撤回全部之起訴，或對於起訴書中所載相異基礎事實之數個訴因分別撤回，則應將之歸類於撤回起訴之範疇。例如：檢察官就被告甲為竊取乙之財物而侵入乙住宅竊盜之案件提起公訴，由於日本法上有牽連犯之規定，二者屬於裁判上一罪之同一犯罪事實⁶⁴，經檢察官撤回侵入住宅之訴因，此部分為訴因之撤回；然而，如被告甲犯意個別，行為互殊，其侵入住宅並非為竊盜乙之財物，而為數罪併罰之情形，乃不同之二個犯罪事實，則檢

61 廣義之訴因變更包括狹義之訴因變更及訴因之追加、撤回。狹義之訴因變更係對於無法同時成立之訴因間主張變更；而對於得同時成立之訴因附加新訴因或除去其一部者，分別為訴因之追加及撤回，此為犯罪單一性範圍之問題。至於無犯罪單一性之情形所為之訴因追加，稱追加起訴，如就單一犯罪之全部撤回訴因，則為撤回起訴之範圍，鈴木茂嗣，前揭（註37）書，第117頁。

62 最高裁判所，昭和47年7月25日裁定，《刑集》，第26卷第6期，第366頁。此一案例之全貌，可參閱：三井誠、井上正仁編，《判例教材 刑事訴訟法》，東京大學出版會，2004年5月18日第2版第8刷，第260至263頁。此一案例之爭點，在於詐欺取財與募集捐獻之罪名、罪質不僅完全相異，亦欠缺構成要件事實之共通性或類似性，惟該次審判之多數意見採取得變更訴因之看法，然而，田中二郎法官係在該案中唯一採取否定說之見解者（關於田中法官之見解，同前揭書，第261頁）。此外，該案例主要之疑義在於，追加訴因及變更訴因應否受到期間之限制？本文認為，追加訴因仍有其期間之限制，日本實務之原審程序在經過上開漫長之時期後，竟仍允許檢察官追加並變更訴因而毫無規制及限制，顯然有重大之疑義存在。

63 依日本刑事訴訟法第316條之32第1項規定，原則上審判前整理程序或期日間整理程序結束後，即不得再聲請調查證據，以此資為聲請調查證據之界限，因此，本文認為，訴因之追加亦應受此限制，而使審判前整理程序或期日間整理程序發揮實質上之功能。

64 日本通說認為單純一罪及裁判上一罪之公訴事實均為單一，學者並認為，在想像競合犯及牽連犯之情形，公訴事實為單一，惟卻有複數之訴因，鈴木茂嗣，前揭（註37）書，第118頁。

察官撤回侵入住宅之部分或全部撤回者，則屬於撤回起訴之範圍⁶⁵。

(三) 訴因之補正與更正

起訴書如有重大瑕疵時，得以判決廢棄此種起訴書無效之公訴⁶⁶，若起訴書雖有瑕疵，但非屬於重大瑕疵者，仍得因事後補正而有效，稱為起訴書之補正⁶⁷。若起訴書中之內容係誤寫或漏字之情形，仍為有效之起訴書，檢察官得修正此一瑕疵，稱為起訴書之更正。因此，當訴因不特定時，即有可能使起訴書無效，惟並非絕對無效，如法院要求檢察官釋明而結果經補正者，仍為有效；如尚未達到無效程度之不特定情形，僅未達到完全明確、特定之情形，檢察官得以更正之方式為之⁶⁸。

就補正之情形，例如：在業務侵占案件中，業務侵占之整體行為固然特定，但其數個各別行為並不特定之情形，得補正之⁶⁹；在違反公職人員選舉法案件中，拜票戶中有數人，惟僅記載其中一人之時間、地點，關

於其他人之姓名、時間及地點亦得允許補正⁷⁰。至於更正之情形，例如：起訴書中記載使被害人心生畏懼而使其交付財物之事實中，罪名亦為恐嚇罪，但卻記載為「施行詐術」時，得更正之，無須變更訴因⁷¹；或被告之姓名、年齡有變更，亦得更正之⁷²；至於實行竊盜之時間誤記為昭和33年，亦得更正為昭和34年⁷³。

就上開說明可知，起訴書之補正，其範圍限於非屬於重大瑕疵之事項時，始得為之⁷⁴；至於起訴書之更正，主要係針對起訴書之錯字、脫漏等明顯記載有誤之情形所使用之方法，亦即，更正係就起訴書所載內容，在未達於變更訴因之程度上，就其非本質性之部分記載加以變更之際所為之手段⁷⁵。

另外，如法條之記載有誤，如不致對被告之防禦有實質上之不利益時，仍為有效之起訴書，蓋以法律之適用係法院專屬之權利，法條之記載係為使訴因明確化之故，如訴因業已明確，僅其法條之記載有誤，仍不得為起訴書無效之理由，惟此時有無必要變更法

⁶⁵ 日本刑事訴訟法第257條規定：「公訴於第一審判決前得撤回之」，依實務上之見解，在上級審撤銷原審判決發回更審後，仍認為得撤回公訴，千葉地方裁判所佐倉分所，昭和60年3月29日裁定參照。

⁶⁶ 廢棄公訴之性質，類似我國法制上之「不受理判決」，然其可分為「判決廢棄公訴」及「裁定廢棄公訴」，並非如我國必須以「判決」為之，尚有類型上之不同，關於廢棄公訴之部分，詳後述。

⁶⁷ 實務及學理上對於檢察官得否將不特定之訴因經由補正之方式，使無效之起訴書成為有效之起訴書，進而治癒其原本不特定之瑕疵，尚有不同意見，參閱：土本武司，前揭（註9）書，第202頁。

⁶⁸ 寺崎嘉博，前揭（註4）書，第264頁。

⁶⁹ 高松高等裁判所，昭和27年10月9日判決，《高刑集》，第5卷第10號，第2105頁。

⁷⁰ 高松高等裁判所，昭和29年2月12日判決，《高刑集》，第7卷第4號，第517頁。

⁷¹ 最高裁判所，昭和33年4月30日判決，《裁判集》，第124號，第677頁。

⁷² 札幌高等裁判所，昭和25年6月8日判決，《判決特報》，第10號，第149頁。

⁷³ 東京高等裁判所，昭和35年2月6日判決，《下刑集》，第2卷第2號，第109頁。

⁷⁴ 由於訴因不特定而無效之情形，應中止程序，學說上固然有認為如以訴因不特定等理由而認定不合法之情形，得以補正之方式為之，然而，其瑕疵頗為輕微者，固無論矣，惟由於法律上並無明文可將無效之訴因藉由補正而轉變為合法之訴因，因此，學說之上開見解恐有未當，白取祐司，前揭（註34）書，第252頁。

⁷⁵ 田宮裕，前揭（註3）書，第192至193頁。

條？通說及實務上均認為，由於法條記載之意義乃次要之問題，對於被告之防禦如未生實質上之不利益時，無需進行法條變更之程序，法官得逕適用與起訴書記載相異之法條⁷⁶；至於有力說則認為，法條記載之意義乃在於賦予被告對於適用法條有檢驗之機會，故所適用之法條與起訴書不同時，應踐行法條變更之程序，此乃涉及被告訴訟權利之法律問題⁷⁷。

就此一爭論，本文認為，起訴書法條記載有誤，其形式上仍然屬於「誤記」之情形，與法條變更係在起訴書記載並無錯誤之前提下所適用之觀念並不相同，因此，原則上仍以「更正」之方式為之，如檢察官對於法條之適用主張並無誤記或適用錯誤之情形，仍堅持適用原起訴之法條時，由於判決之法律適用乃法官之權限，此時應由法官變更起訴法條。

(四)預備訴因與擇一訴因

預備訴因可分為本位訴因及備位訴因，在審判之過程中，如認為本位訴因不成立之情形時，請求對於備位訴因加以審判，依此類推。至於擇一訴因乃指各訴因之順位相同，請求對於其中之一為有罪判決，而並列記載複數訴因之情形⁷⁸，亦即，審判者僅須對於其中一個訴因為有罪判決，即可達到檢察官請求為有罪判決之目的，其餘訴因即因而消

滅。關於擇一訴因之記載，可避免檢察官重覆起訴之弊病⁷⁹，亦且，其他訴因係以其中一訴因經判決有罪為其停止條件，換言之，檢察官請求法院判決者，乃僅就其中一個訴因加以裁判，當其中一個訴因經法院判決有罪後，檢察官請求判決之目的已達到，即應排除其他訴因，對於其他訴因，法院自然無需再就其餘訴因加以審判，惟實務上之通例在認定預備訴因時，通常會在判決中明示排斥本位訴因之理由⁸⁰。

預備訴因或擇一訴因必須在犯罪評價上具有無法同時成立之關係始可，因此，具有裁判上一罪關係之數個犯罪事實間，即不得以預備訴因或擇一訴因之形式記載於起訴書內，關於擇一訴因之記載，應限於犯罪認識上無法同時成立之事實，例如：竊盜罪及侵占罪無法同時成立，即屬於擇一訴因；而預備之記載則以具有法條競合關係間之犯罪事實為前提，例如：業務侵占罪及普通侵占罪屬之。惟附條件之起訴除此二種情形外，並不承認其餘附條件形態之起訴，惟通說並不以此為限，主張檢察官認為適當時即可為之⁸¹。

日本實務上對於「預備訴因」或「擇一訴因」之記載情形並不多，大致上均以追加訴因之方式為之⁸²。一般而言，以追加之方式為之者，其類型如下：1. 原訴因存在時，追加具有預備或擇一關係之訴因，例如：原

⁷⁶ 最高裁判所，昭和 53 年 2 月 16 日判決，《刑集》，第 32 卷第 1 號，第 47 頁。

⁷⁷ 田口守一，前揭（註 19）書，第 318 頁。

⁷⁸ 寺崎嘉博，前揭（註 4）書，第 265 頁。

⁷⁹ 預備訴因之實務見解，參閱：最高裁判所，昭和 29 年 3 月 23 日裁定，《刑集》，第 8 卷第 3 號，第 305 頁；擇一訴因之實務見解，參閱：最高裁判所，昭和 25 年 10 月 3 日判決，《刑集》，第 3 卷第 10 號，第 1861 頁。

⁸⁰ 池田修、前田雅英，《刑事訴訟法講義》，東京大學出版會，2006 年 6 月 20 日，第 2 版第 1 刷，第 192 頁。

⁸¹ 鈴木茂嗣，前揭（註 37）書，第 109 頁。

訴因係詐欺，在本位訴因存在之情形，追加恐嚇之預備訴因；2.在具有科刑上一罪關係之A、B事實⁸³，僅就A部分起訴，審理中追加B部分之訴因，例如：在侵入住宅竊盜之案件中，原訴因為竊盜，另追加侵入住宅之訴因⁸⁴。惟無論係預備訴因或擇一訴因，如法院認為均不構成犯罪時，應就全部之訴因敘明不構成犯罪之理由，否則即屬已受請求審判之案件有所脫漏之情形⁸⁵。

三、審判前整理程序

「審判前整理程序」係指為整理爭點及證據所踐行之準備程序。日本在平成16年修法時所明文制定，並於平成17年11月開始實施，主要係在第一次審判期日前，為整理案件之爭點及證據所為之開庭準備，而規定審判前整理之程序，法院為充實公開法庭之繼續審理及進行快速之計畫而認為有必要時，得聽取檢察官或辯護人之意見，將案件進行審判前之整理程序⁸⁶，簡言之，審判前整理程序係在第一次審判程序朗讀起訴書前，由法官就爭點及證據加以整理，而使雙方知悉有如何證據存在之程序⁸⁷，該程序主要在法院內為之，由於不得違反禁止預斷原則，故

在該程序中並不進行案件之實體事項，而僅以程序事項為限⁸⁸。

(一)程序開始

法院為進行迅速地、有計畫、繼續性之審判程序，認為必要時，應聽取當事人之意見並將案件付審判前整理程序，如屬於裁判員制度實施之案件，不問對於公訴事實有無爭執，均以進行審判前整理程序為必要；至於非裁判員制度下之案件，如爭點較多證據關係較為複雜之案件，有長時間審判之案件者，亦應行審判前整理程序⁸⁹。

(二)程序參與者

審判前整理程序應由辯護人參與，在該程序期日應由檢察官及辯護人蒞庭為必要，被告固然無需蒞庭，其是否到庭為被告之權利，惟法院仍得要求被告到庭，至於訴訟關係人對於達成程序目的則有協力之義務。

(三)程序之內容

審判前整理程序之內容主要係進行下列事項：1.爭點整理：爭點整理乃對於訴因、法條明確化、追加、撤回或變更訴因、法條

⁸² 田口守一，前揭（註19）書，第312頁。

⁸³ 所謂「科刑上一罪」，係指實質上數罪而在科刑上以一罪之方式加以處理，等同於我國裁判上一罪之概念，如日本刑法第54條第1項規定：「一行為觸犯二個以上罪名，或犯罪之手段、結果行為觸犯他罪名者，均依最重之刑處斷」，故此部分關於竊盜罪與侵入住宅罪之說明應係指本條後段之牽連犯，惟由於我國已廢除牽連犯之規定，就此種情形應論以數罪併罰，附此敘明。

⁸⁴ 三井誠，前揭（註10）書，第189頁。

⁸⁵ 坂本武志，前揭（註27）書，第58至59頁。

⁸⁶ 寺崎嘉博，前揭（註4）書，第212頁。

⁸⁷ 審判前整理程序係兩造當事人出席所踐行之程序，並非使法院僅見聞單方面之主張或證據，依學者之見解，此種程序仍然不違法憲法第三十七條第一項所定公平法院之規定，白取祐司，前揭（註34）書，第225頁。

⁸⁸ 庭山英雄、岡部泰昌編，《刑事訴訟法》，青林書院，2006年7月10日，第3版第1刷，第160頁。

⁸⁹ 池田修、前田雅英，前揭（註82）書，第214頁。

之許可，明示預定之主張而為爭點整理；2. 證據整理：主要係聲請調查證據、舉證之意旨、詰問事項之明確化，確認對於證據之意見、採納與否之裁定、確定調查證據之順序、方法、對於聲明異議所為之裁定；3. 證據開示：關於證據開示所為之裁定；4. 制定審理計畫：審判期日之指定或變更。

(四) 確認整理之結果

法院於審判前整理程序結束後，應向檢察官、被告及其辯護人確認案件爭點及整理證據之結果。進入審判前整理程序之案件，除不得請求之事由外，審判前整理程序終結後，不得聲請調查證據。另外，經過此一程序後，對於聲請調查新證據如無限制地予以許可，固然損及爭點整理之實效性，但此一限制並不妨礙法院依職權調查證據之行為⁹⁰。換言之，聲請調查證據必須在審判前整理程序終結前，否則，即發生失權效，不得再聲請調查證據。

四、廢棄公訴程序

起訴之案件中另外記載之事項，雖不足以使法官產生預斷之虞，仍屬違法提起公訴之情事，此種額外記載之事項，稱為「贅載事項」（或稱為「餘事記載」）⁹¹。對於明示訴因外不必要之記載應加以避免，因「贅載

事項」會使爭點整理益形混亂及逸脫攻擊防禦之著力點，如有記載時應予刪除。惟如已到達足以使法官產生預斷之程度，縱使將之刪除亦無法治癒此一起訴之瑕疵，或起訴書所記載者並非「構成要件事實」之訴因，即涉及廢棄公訴之問題⁹²，日本法上之廢棄公訴程序，類似我國法上之「不受理判決」，然而，其廢棄公訴之類型並非僅止於判決廢棄公訴之樣貌，尚有裁定廢棄公訴之形態，茲分述如下：

(一) 判決廢棄公訴

依日本刑事訴訟法第 256 條第 6 項規定：「起訴書內，不得附加足使法官對該案件產生預斷之虞之證據書類、證物或其他書面及其內容」。此種限制，事實上係對於提起公訴程序上之要求。換言之，如違反此一規定，其起訴程式即有欠缺，而此種欠缺並無法經由補正或撤回之方式治癒，亦即，該情事已使法官對於所起訴案件產生預斷之虞，即使撤回亦無法抹去法官已見聞或接觸該卷證資料或足以產生預斷之虞的心證，應認為屬於無效之起訴。而無效之起訴依同法第 338 條第 4 款之規定，應以判決廢棄公訴⁹³。從而，當於起訴書上記載足以使法官產生預斷之公訴犯罪事實等事項，即屬違法，經釋明後，性質上已無法治癒此一瑕疵⁹⁴，此種使法官

⁹⁰ 池田修、前田雅英，前揭（註 82）書，第 214 至 217 頁。

⁹¹ 「贅載事項」（餘事記載）原則上應予禁止，至於「贅載事項」外，其附加、引用足以產生預斷之虞的書類，亦會使起訴無效，土本武司，前揭（註 9）書，第 203 頁。

⁹² 按日本刑事訴訟法第 256 條第 4 項並非訓示規定，違反之而記載有產生預斷之虞的情形，將使公訴之提起無效，而應為廢棄公訴之判決。違法之程度重大，乃指：縱使將之刪除亦無法治癒該瑕疵者；苟尚未到達此一程度，仍屬有效之起訴，可藉由刪除、更正之方式為之，池田修、前田雅英，前揭（註 82）書，第 180 至 181 頁。

⁹³ 又廢棄公訴之裁判為形式裁判，其確定後原則上並無礙於再行起訴之程序，參閱：大阪地方裁判所，昭和 49 年 5 月 2 日判決，此一判決，引自：青山善充、菅野和夫編，《判例六法》，有斐閣，平成 18 年 10 月 28 日出版，第 1852 頁。

產生預斷之起訴程序顯然違反卷證不併送制度，該公訴之提起即屬無效⁹⁵，因此，該公訴之內容既無從補正，法院即應依刑事訴訟法第338條第4款為廢棄公訴之判決。另外，在起訴書內記載之事實或基於犯罪告發之事實（即所謂成立犯罪構成要件之事實），如有欠缺者，依刑事訴訟法第338條第4款之規定，亦應廢棄公訴⁹⁶。

（二）裁定廢棄公訴

如起訴書內記載之事實縱屬真實，惟無法構成任何犯罪之情形，亦認為欠缺公訴事實之記載，而應以裁定廢棄公訴，此亦為同法第339條第1項第2款所明定⁹⁷，因此，未於起訴書內記載犯罪成立要件之事實時，顯然未告知被告其所防禦之對象為何，由於該起訴書有嚴重之瑕疵存在，故不得補正而應廢棄公訴⁹⁸。

綜上可知，就與卷證不併送相關之廢棄公訴程序中，可分為二種形式，其一係「判

決廢棄公訴」，另一為「裁定廢棄公訴」，如屬於違背起訴程序之規定者（於起訴書內記載、附加或引用足以使法官產生預斷之虞的內容），應以「判決」廢棄公訴；如事實之記載縱屬真實，卻無法該當任何犯罪構成要件者，此一記載既然無法使被告知悉其防禦對象之內容（未明確記載構成要件事實之訴因），此時應以「裁定」廢棄公訴，上開二種形式，均可謂違反卷證不併送制度之法律效果。

五、證據開示程序

（一）證據開示之意義及其內涵

採取卷證不併送制度，其中重要之一環，乃證據開示程序之引進⁹⁹。就歷史而言，日本最高裁判所原先採取否定證據開示之見解¹⁰⁰，惟自昭和44年4月25日之判決起，實務上變更見解認為證據開示係合目的性之訴訟程序¹⁰¹，民間之司法改革審議會所主張之草案

⁹⁴ 最高裁判所，昭和27年3月5日刑事判決，《刑集》，第6卷第3號，第351頁。

⁹⁵ 伊藤榮樹，《刑事訴訟法》，立花書房，平成5年10月20日，新訂版第9刷，第162頁。

⁹⁶ 日本刑事訴訟法第338條規定：「下列情形，應以判決廢棄公訴：一、對被告無審判權時。二、違反第340條之規定提起公訴。三、對於已提起公訴之案件，於同一法院再行提起公訴。四、提起公訴之程序因違反其規定而無效時」。日本法制上之廢棄公訴程序頗類似我國「不受理判決」之方式，業如前述，惟由於其尚有「裁定」廢棄公訴之類型，本文為忠於文字原義，仍將之翻譯為「廢棄公訴」，而不以「不受理判決」取代，附此敘明。

⁹⁷ 日本刑事訴訟法第339條第1項規定：「下列情形，應以裁定廢棄公訴：一、依第二百七十一條第二項之規定提起公訴而失其效力時。二、起訴書所記載之事實縱屬真實，亦無法構成犯罪時。三、撤銷公訴時。四、被告死亡或法人為被告而不存在時。五、依第十條及第十一條之規定不得審判時」。

⁹⁸ 渥美東洋，前揭（註23）書，第257頁。

⁹⁹ 採行卷證不併送制度，始會產生與「證據開示」制度相關連之問題，三井誠、酒卷匡，前揭（註17）書，第103頁。因此，採行卷證不併送制度應結合證據開示程序，卷證不併送制度始有其實質上之意義。

¹⁰⁰ 三井誠，《判例教材 刑事訴訟法》，東京大學出版社，2000年1月14日，第2版第3刷，第331頁以下。參閱：日本最高裁判所，昭和34年12月26日判決，《刑集》，第13卷第13號，第3372頁。

¹⁰¹ 坂本武志，前揭（註27）書，第161頁。參閱：最高裁判所，昭和44年4月25日判決，《刑集》，第23卷第4號，第248頁。另關於最高裁判所見解變更之詳細說明，參閱：高田卓爾、田宮裕編，《演習刑事訴訟法》，青林書院，昭和59年5月10日，初版第1刷，第255至259頁。

及律師聯合會所要求之全面開示證據理論，亦為當時倡論之議題¹⁰²。

所謂證據開示，係檢察官、被告或辯護人，關於請求詰問之證人、鑑定人、通譯或翻譯，應賦予其預先知悉其姓名、住居所之機會；關於所請求調查之證據書類或證據物，應預先使其有閱覽之機會¹⁰³。簡言之，證據開示係指訴訟當事人就其所持有之證據或資料，向他方當事人明白公開其內容之謂¹⁰⁴。由於卷證不併送制度在檢察官起訴後，無法使相對人知悉檢察官起訴時究竟握有如何之證據？各該證據之內容為何？因此，勢必讓被告請求檢察官開示其證據、使被告瞭解檢察官所提出之人證、物證究竟為何，以利其就後續之攻擊、防禦提出較為有效之訴訟方針，此即證據開示程序之意義所在。

(二)證據開示義務之確立及其理論根據

擁有強大偵查權限之檢察官得以蒐集幾近全部之證據的現實角度以觀，為了達到當事人進行主義之目的，應嚴格遵守證據開示制度，苟欠缺實質的平等而淪為形式的當事人進行主義，此一程序即成為無意義之訴訟制度¹⁰⁵。在採行徹底當事人進行主義之美國，

開示證據係為防止舉證之突襲而來；對於具有無罪推定地位之被告，應擔保其有充足之防禦機會，換言之，開示證據係為了保障被告之正當法律程序，貫徹實質當事人進行主義之理念。由此可知，證據開示制度之最終目的，係為保障憲法上之訴訟權，使雙方當事人在訴訟程序上之攻防能儘可能達到相等地位之程度。對於證據開示之流程，大部分均側重於對於檢察官所握有之證據，應要求其開示使被告知悉、瞭解，由被告就其所知悉、瞭解之證據，提出其反證或其他防禦之手段¹⁰⁶。

(三)證據開示之流程

證據開示應在審判前整理程序時為之，雙方當事人經請求證據開示後，在訴訟程序上即得以就認定犯罪事實相關之人證、物證在審理程序進行前使當事人知悉，俾於審理程序進行時，就各該證據之攻擊、防禦上有所交集，可避免浪費訴訟程序。故檢察官預定於法庭提出之證據，應由被告或辯護人知悉，自「證據」之角度，使被告或辯護人對於檢察官用以舉證之證據有提出反證或辯證之機會；相反地，如被告或辯護人亦有證據

¹⁰² 日本律師聯合會，「證據開示についての立法措置に關する答申書」，《自由と正義》，第 39 卷第 8 號，1988 年，第 76 頁；日本律師聯合會，《刑事裁判の現狀と問題點（第三十二回人權擁護大會シンポジウム基調報告書）》，1989 年，第 115 頁以下；日本律師聯合會センター「刑事司法改革の實現に向けてのアクション・プログラム」，《自由と正義》，第 44 卷第 12 號，1993 年，第 154 頁以下。

¹⁰³ 日本刑事訴訟法第 299 條第 1 項本文參照。

¹⁰⁴ 安富潔，同註 22 書，第 165 頁。

¹⁰⁵ 高窪貞人，《演習ノート刑事訴訟法》，法學書院，1997 年 8 月 20 日，全訂版第 4 刷，第 178 至 179 頁。

¹⁰⁶ 理論上而言，僅要求檢察官開示證據，而忽略被告就其所掌握之有利證據不予開示（個別開證據），似仍有不足，證據開示所要求之重心除應積極足進當事人之實質平等外，其亦有訴訟經濟之考量，換言之，如僅要求檢察官開示而被告不開示，亦極有可能造成對於檢察官之突襲，甚至可能延滯訴訟。因此，本文之立場傾向於朝向「全面性開示證據」之見解，參閱：黃翰義，〈簡析證據開示制度〉，《全國律師雜誌》，2006 年 8 月號，第 110 頁。

足以推翻檢察官舉證之事實時，亦應使檢察官有閱覽及理解之機會，以便將來在公開審判庭時，得作有效率之攻擊或防禦。為了確保在審理程序中，兩造當事人之攻擊防禦得以聚焦，避免無交集之攻擊防禦致浪費訴訟程序，雙方當事人之證據開示義務，均有確立之必要¹⁰⁷。茲將日本實務上所踐行之證據開示流程分述如下：

1. 證據開示之第一階段

第一階段之證據開示範圍，係賦予被告有閱覽及抄錄文書或證據之機會，使其就關於證人、鑑定人之姓名、住居所有知悉之機會，同時就預定證人、鑑定人在審判期日欲供述之明確內容，有得閱覽及抄錄之機會。檢察官依最初證人證述而欲證明之事項，在該人之供述筆錄上記載預定其供述內容要旨之書面，亦應開示，自此一觀點言之，係擴張向來證據開示之內容，以資為辯護方面防禦之準備¹⁰⁸。因此，證據開示透過對訴訟當事人，特別是檢察官，就其所蒐集，預定嗣後於法庭提出之證據書類、證物，預先使相對人有閱覽之機會，確立其是否同意（作為證據），對於舉證方針之確立及充實審判庭應有助益¹⁰⁹。

2. 證據開示之第二階段

在第二階段乃在第一階段檢察官被請求開示之特定證據中，為判斷其證據之證明力，經認定為特定類型之重要證據，由辯方請求

開示。受有請求開示之檢察官，為給予被告防禦之準備，就該證據所具備重要性及必要性之程度，審酌本於該開示後產生之弊害及程度，認為相當時，應予開示。辯方得向檢察官請求開示證據，並就證據之證明力為適切之判斷。開示之方法固然係賦予其得以閱覽或抄錄之機會，但檢察官為防止弊害發生而認為有必要時，得指定開示之時期、方法及條件。是否開示、開示之方法如有爭議，被告或辯護人得聲請法院裁定¹¹⁰。

3. 證據開示之第三階段

於第三階段中，辯方在審判前整理程序中得明白要求檢察官開示其所握有關於辯方所主張具有關連性之證據，檢察官考量開示之必要性及其弊害而認為相當時，應予開示。關於檢察官衡量是否開示證據及應開示證據至如何程度之基準，例如：(1)依案件之性質：被告方面蒐集證據之難易、開示必要性之程度、弊害之迫切性；(2)請求閱覽之證據種類、內容：書證、作成之人、物證及重要性之程度；(3)閱覽之時期、程度、方法：在對證人之偵查階段制作筆錄之情形、在決定為證人之前、決定後主詰問前、主詰問結束後反詰問前、反詰問結束後等、調查筆錄全部或一部等、閱覽場所、是否可抄錄、攝影等；(4)考量其他情事：該閱覽是否對於被告之防禦時特別重要、或有無招致湮滅證據、脅迫證人之弊害之虞，而認為相當¹¹¹。就第三階段

¹⁰⁷ 此即美國法上所稱「由被告所作之證據開示」(Disclosure of Evidence by the Defendant)及「由檢察官所作之證據開示」(Disclosure of Evidence by the Government)，關於由被告所作之證據提示及由檢察官所作之證據提示，參照：蔡清遊，〈美、日刑事訴訟之證據開示〉，載於《刑事法學之理想與探索（第3卷 刑事程序論）》，學林出版社，2002年3月初版，第128頁。

¹⁰⁸ 池田修、前田雅英，同註82書，第244頁。

¹⁰⁹ 土本武司，前揭（註九）書，第239頁。

¹¹⁰ 池田修、前田雅英，前揭（註八）二書，第244至245頁。

¹¹¹ 三井誠，前揭（註10）書，第277頁。

開示之方法、依檢察官所開示之時期、指定之方法、是否開示等發生爭議時之程序，亦與開示特定類型之重要證據相同¹¹²，爰不另贅述。

六、卷證不併送制度之例外

在日本法制之程序，原則上係以卷證不併送制度作為其運作之中心。然而，並非所有之案件均有卷證不併送制度之適用¹¹³，在例外採取卷併送制度之類型中，主要係因各該程序屬於強制處分案件，不應由審理該案件之法官為之，或屬於科處罰金或料金之輕微案件¹¹⁴，甚且，在起訴前，業經向被告確認其已知悉略式程序或即決裁判程序之內容，在當事人無異議之前提下，始進行該簡易程序；或者，各該例外之程序係因其本質上之特徵使然，如上訴審及再審制度屬之，因此，乃成為卷證併送制度之例外。茲將之分述如下：

(一)令狀搜索及羈押等強制處分

依日本刑事訴訟規則第 256 條第 1 項規定：「依前條第一項之請求時¹¹⁵，應提供犯罪嫌疑人或被告被認定犯罪之資料」，同條第 3 項規定：「對於犯罪嫌疑人或被告以外之人之身體、物品或住居所、其他場所搜索而聲請令狀時，應提供足以認定應扣押之物存在狀況之資料」。由此可知，就搜索、扣押或檢查身體之處分，必須提供足以認定符合發動各該強制處分之證據供法院審酌，因此，於提出聲請時，應提出相關之證據資料為之。又同規則第 184 條第 1 項第 3 款亦規定：聲請羈押犯罪嫌疑人時，應將認定法定理由存在之資料提供法院審查，亦可見聲請羈押時，應將相關資料一併送交法院認定有無符合羈押之要件。由於預斷排除原則係以在審理開始前不接觸證據為必要，依日本刑事訴訟法第 280 條及刑事訴訟規則第 187 條第 1 項但書之規定，在第一次審判期日前關於

¹¹² 池田修、前田雅英，前揭（註 8）二書，第 245 頁。

¹¹³ 至於日本法上亦有與我國「簡式審判程序」類似之制度，稱為「簡易審判程序」，然依日本刑事訴訟法第 291 條之 2，適用「簡易審判程序」之前提必須限於「死刑、無期徒刑或短期一年以上懲役或禁錮以外之案件」始可，與此相較，我國適用簡式審判程序範圍較大，惟日本之「簡易審判程序」仍有卷證不併送制度之適用，應無疑義。至於再開辯論程序，日本刑事訴訟法第 313 條第 1 項規定：「法院認為適當時，得依檢察官、被告或辯護人之請求或依職權，以裁定分離或合併辯論，或再開已終結之辯論」。審判終結而僅餘裁判之訴訟，回復其終結前之狀態者，稱為再開辯論，再開辯論係於審判終結後發現與事實或相關情狀之證人或證物，而有調查必要時，得再進行證據調查而辯論終結，土本武司，前揭（註 9）書，第 281 頁。既然再開辯論僅係回復辯論終結前之狀態，故並不牴觸卷證不併送制度。

¹¹⁴ 日本法上處罰金之種類可分為二種，其一係處一萬元以上之金額，稱為「罰金」；另一則係處一千元以上未逾一萬元之金額，稱為「料金」，分別規定在刑法第 15 條及第 17 條。

¹¹⁵ 日本刑事訴訟規則第 155 條第 1 項係關於聲請搜索、扣押及勘驗應記載事項之規定，至於同條第 2 項則係關於身體檢查處分應記載事項之規定。

¹¹⁶ 日本刑事訴訟規則第 187 條第 1 項規定：「提起公訴後至第一次審判期日前關於羈押之處分，應由受起訴法院之法官為之。但參與該案件審判之法官不得為此一處分」。同條第 4 項規定：「法官就第一項之處分得命檢察官、被告或辯護人出席而聽取其意見，必要時，得命其提出書類或其他證物。但參與該案件審判之法官，不得命其提出足生預斷之虞的文書或其他證物」。

羈押處分應由擔任該案件審判者以外之法官為之¹¹⁶，關於押票及與羈押相關之證據資料另行管理，並不交由參與審判之法官閱覽¹¹⁷。

(二)略式程序

略式程序應依檢察官聲請為之，檢察官在對簡易裁判所提起公訴時，應提出書面，並應先對被告確認其對於適用略式程序並無異議，被告無異議時，除應以書面陳明其要旨，附於聲請書內外，並應將書類及證物一併向法院提出¹¹⁸，因此，在日本審判程序上，並非所有之案件均有卷證不併送制度之適用，前開所指簡易判決程序中之略式程序，原則上僅由簡易裁判所對於檢察官所提出之資料，不進行公開審判之程序¹¹⁹，依略式命令科處罰金或料金之程序，依日本刑事訴訟規則第289條之規定，略式程序並不適用起訴狀一本主義¹²⁰，略式命令中亦標示證據之種類，之所以允許此種程序，乃在於此種案件一般

而言較為輕微，被告無蒞庭之必要，以維護被告受迅速審判之利益，並使簡易程序達到訴訟經濟之效果¹²¹。

(三)交通案件即決裁判程序

簡易裁判所對於其所管轄之道路交通法第八章之案件得以即決裁判科處五十萬元以下之罰金或料金，並為附帶之處分¹²²，檢察官對於被告應先使其理解即決裁判程序並向其說明必要之事項，經確認其對於適用即決裁判程序無異議者，應應以書面陳明之，在提起公訴時，並應同時以書面聲請，並向法院提出裁判所必要之證據資料。即決裁判應當日於公開法庭審判，並以被告到庭為必要，在該期日應聽取被告之陳述進行簡易程序外，並應立即裁判。宣判時應告以所犯之罪及事實、適用之法令、科處之刑罰及附隨之處分，並應告以得於14日內聲請正式之裁判。至於附隨處分則得命被告應先行支付相當於罰金

¹¹⁷ 惟嚴格言之，強制處分之卷證併送情形，並未與卷證不併送制度相佐，蓋以卷證不併送係限定案件於起訴後進行第一次審判期日前，禁止法官接觸卷證資料而產生對被告之偏見，而前揭強制處分係以證據保全為中心，審查強制處分與否之法官與審理案件之法官並非同一人，此與實際收案後應避免卷證併送使法官預斷之情形有異，準此，審查強制處分時之卷證併送，係由法官認定有無符合發動強制處分之要件，而卷證不併送則在於排除法官於審判前產生預斷之制度，二者之目的並不相同。

¹¹⁸ 土本武司，前揭（註9）書，第292頁。

¹¹⁹ 因此，日本法上略式程序與我國聲請簡易判決處刑之制度頗為類似，依日本刑事訴訟法第461條規定：「簡易裁判所依檢察官之聲請，對於其管轄所屬之案件，於審理前，得以略式命令科處一百萬元以下之罰金或料金。其情形並得為緩刑、沒收或其他附帶處分」。

¹²⁰ 日本刑事訴訟規則第289條規定：「檢察官聲請略式命令時，應將略式命令所必要之書類或證物，提出於法院」。

¹²¹ 田口守一，前揭（註19）書，第213頁。

¹²² 另外，日本於平成18年11月27日另制定新形態之即決裁判程序，檢察官對於刑事訴訟法第350條之2第1項但書所定之審判對象，不受傳聞法則之限制，亦得進行簡略之證據調查程序，其與簡易審判程序（類似我國簡式審判程序）不同之處，在於以辯護人參與審判為必要，亦有上訴之限制。如被告無辯護人者，審判長應為其指定辯護，檢察官亦應儘速開示證據，並應經過辯護人同意後，儘早開審判程序，庭山英雄、岡部泰昌，前揭（註90）書，第332頁。由於此種即決裁判程序仍有證據開示及開庭之程序，可將之歸類於適用卷證不併送制度之範疇。

¹²³ 坂本武志，前揭（註27）書，第239頁。

或料金之金額¹²³。

(四) 審判程序之更新

按日本法上更新審判程序有下列事由：

1. 開庭後法官有更易（刑事訴訟法第 315 條）。2. 撤銷簡式審判程序之審判意旨的裁定（同法第 315 條之 2）。3. 開庭後，被告因心神喪失而停止審判程序，其後撤銷該停止之裁定（刑事訴訟規則第 213 條第 1 項）。4. 開庭後，因長時期未開庭而認為必要時（同規則第 213 條第 2 項）。就法官更易之部分而言，法官於進行審理程序後有更易時，應更新審判程序，該法官為檢驗有無排除證據而閱覽先前之訴訟紀錄亦為必要（刑事訴訟規則第 213 條之 2 第 3 款但書）¹²⁴，故由更易後之法官閱覽先前審判程序之訴訟紀錄，嚴格言之，係因更新審判後，由法官知悉先前審判程序運作之內容，為更新審判程序本質上之應然¹²⁵。

(五) 撤銷發回、移送後之更審程序

上級審在撤銷原審判決後，發回或移送於第一審程序，是否不適用卷證不併送制度？

按在上級審撤銷原審判決而發回或移送之情形，上級審所為之判斷如對於受發回或移送之下級審無拘束力者，即有可能再次違反上級審之判斷而為裁判，以致於案件在上級審及原審間徒勞往返。故日本裁判所法第 4 條規定：「上級審法院所為對於裁判之判斷，就該案件有拘束下級審之效力」。但不僅受發回或移送之下級審受其拘束，該撤銷原審判決之上級審本身亦應受其判斷之拘束。依前揭說明可知，由於被發回或移送之第一審法院受上訴審法院撤銷原判決見解之拘束¹²⁶，自然必須依照上級審法院針對撤銷原判決之意見所認定被撤銷發回或移送之案件（包括證據）加以審查，以避免判決上訴後再發生相同之撤銷原因，故受發回或移送之法院當然須預先參照訴訟紀錄，無從貫徹卷證不併送制度之建制¹²⁷，從而，撤銷發回更審後之第一審審判程序，並不適用卷證不併送制度¹²⁸。

(六) 上訴審程序

日本法「上訴制度」之範圍，較我國「上訴制度」為廣泛，包含控訴、上告及抗告程序。所謂「控訴」，係指對於第一審判決不

¹²⁴ 三井誠，前揭（註 10）書，第 394 頁。由於審判期日進行後之訴訟程序係記載公開審理下當事人及法院之訴訟活動，與卷證不併送制度所欲禁止「審判期日進行前由檢察官提出對被告不利之證據」之情形並非相同，自仍符合卷證不併送制度之要求。

¹²⁵ 嚴格言之，審判程序之更新並非由檢察官將卷證資料交由更新後之法官審閱，並無預斷之虞，亦不牴觸卷證不併送制度之基本精神。

¹²⁶ 至於原審再次判決後再上訴，其後之上訴審是否仍受原上訴審之拘束？實務上採取否定之看法，但學說上則有贊否之不同意見，鈴木茂嗣，前揭（註 37）書，第 257 頁。

¹²⁷ 鈴木茂嗣，前揭（註 37）書，第 289 頁。惟本文認為，原審誤認為有管轄權而判決，經移送於有管轄權之法院，或誤認為無管轄權而為管轄錯誤之判決，經發回原審法院，上級審基於前開原因所為之廢棄判決，其見解對於下級審法院有拘束力，因此，案件經發回或移送於管轄法院時，自然不致於另外產生爭執有無管轄權之問題，制度之設計上，似仍可依循卷證不併送制度之原則進行審判。

¹²⁸ 福井厚，前揭（註 7）書，第 189 頁。

¹²⁹ 第一審係判斷案件係有罪或無罪之審級，在於「判斷犯罪事實」，惟上訴審所審查者，並非關於該案

服而向第二審法院提起之上訴¹²⁹，「上告」則指對於判決向最高法院提起之上訴，日本最高法院有違憲審查權、違反判例審查權及法令統一解釋權，類似我國大法官會議（解釋憲法）及最高法院（非常上訴）相結合之制度，至於「抗告」則與我國之抗告程序大致相同¹³⁰。日本刑事上訴制度之特色，在於以採取事後審制度為原則。日本舊法下之控訴係對同一事實再次審理之覆審制，審判之對象係事件本身¹³¹，然而現行法係以審查原判決是否不當為目的，依日本現行刑事訴訟法之規定，所謂絕對之控訴理由大部分為程序事項（日本刑事訴訟法第 377 條、第 378 條參照），至於相對之控訴理由亦包括誤用訴訟程序、法令適用錯誤及量刑不當在內（同法第 379 條至第 381 條參照），不包括犯罪事實本身認定有誤之事項，此亦為日本刑事訴訟制度較為特殊之處¹³²。

日本上訴審法院審判之對象，並非犯罪事實本身，而係原審判決當否之問題¹³³，依日本刑事訴訟規則第 235 條規定：「聲請上訴除顯然係上訴權消滅之情形外，第一審法院於審判筆錄記載正確性之異議期間經過後，應儘速將訴訟記錄及證物送上訴審法院」，由上級審法院就卷證資料判斷有無違法判決

之情形，上訴審之性質乃屬於事後審而非覆審制之性質¹³⁴。其次，除原審誤認為無管轄權或認定廢棄公訴而由上級審撤銷時，應將案件發回原審法院（日本刑事訴訟法第 398 條）。如原審誤認為有管轄權而由上訴審本於此理由撤銷時，應將案件移送於有管轄權之第一審法院。但上級審對於該案件有第一審之管轄權時，即應為第一審之裁判（同法第 399 條）。除以前揭理由撤銷判決時，應將案件發回或移送於原審或同等級之其他法院外，如認為依訴訟記錄及原審、上訴審所調查之證據已可直接為判決時，亦得就該案件自為判決（同法第 400 條）¹³⁵。因此，上訴審法院為認定原審判決是否有違法或不當之瑕疵，自然應對於原審之卷證資料加檢視，以作為是否撤銷發回或自為判決之依據，故就上訴審之本質而言，其顯有先行接觸原審卷證資料之必要，應無疑義。從而，依日本刑事訴訟法之前揭規定相互審酌，上訴審於判斷是否撤銷發回、移送或自為判決時，亦無卷證不併送制度之適用，應可認定。

(七)再審程序

日本刑事訴訟規則第 283 條規定，再審之請求，應提出附加原判決之謄本、證據文

件之直接問題，而是客觀審查第一審判決本身是否違誤，可稱之為「判斷原審判決」，田宮裕，前揭（註 3）書，第 473 頁。

¹³⁰ 關於日本上訴制度之分類，參閱：渥美東洋，前揭（註 23）書，第 415 頁、第 453 頁。準此以觀，「日本控訴≡我國上訴」，「日本上告≡我國聲請釋憲、法令統一解釋」，「日本抗告≡我國抗告」之模式，合先敘明。

¹³¹ 控訴係對第一審判決不服而向第二審所提起之上訴，渥美東洋，前揭（註 23）書，第 453 頁。

¹³² 渥美東洋，前揭（註 23）書，第 418 頁。

¹³³ 高窪貞人，《演習ノ一ト刑事訴訟法》，法學書院，2002 年 12 月 15 日，第 2 版第 1 刷，第 206 頁。

¹³⁴ 日本法制及美國法制中關於上訴審之性質及其介紹，參閱：黃翰義，〈從比較法之觀點論我國第二審刑事訴訟程序採取事後審上訴制度之方向〉，《全國律師雜誌》，民國 97 年 1 月號，第 94 頁至第 106 頁。

¹³⁵ 池田修、前田雅英，前揭（註 82）書，第 450 頁。

書及證物之聲請書，向管轄法院提起。因此，就再審程序而言，係對於有罪之確定判決，因有事實上誤認而賦予被告得救濟之程序，因此，必須由特定主體提出新證據為之¹³⁶。故再審程序必須依新證據提出，乃再審制度本質上之需求，易言之，受理再審之法院必須依再審理由審查原確定判決有無事實誤認之情形，必須參酌原審判決所依據之證據認定之，此為再審程序之特徵，故再審程序亦不適用卷證不併送制度。

七、結 論

按日本卷證不併送制度之配套措施，尚有「訴因制度」、「審判前整理程序」、「廢棄公訴程序」、「證據開示程序」及其他「卷證不併送之例外」，並非所有之程序均適用卷證不併送制度。其次，日本法上尚有審判前整理程序，類似我國現行之準備程序，審判前整理程序之功能，不外乎整理爭點及證據，故在審判前整理程序中，檢察官及被告雙方在準備期日應向對方提示其依證據所得證明之事實，並依其聲請調查欲使用之證據，以整理案件之爭點，在審判前整理程序中，亦得使訴訟關係人出庭陳述意見，或使訴訟關係人提出書面之方式為之¹³⁷。訴訟關係人對審判前整理程序有協力之義務¹³⁸，在此程

序中並應有必要之辯護¹³⁹，如在審判前整理程序中被告無辯護人者，法院並應依職權指定辯護人。被告在審判前整理程序中有出席之權利，即使被告不願出席，如法院認為有必要時，亦得要求被告到庭，被告到庭時，應告知其有緘默權¹⁴⁰，該日檢察官或辯護人如未蒞庭時，不得進行整理程序¹⁴¹，被告辯護人如在審判前整理程序中閱覽、抄錄所得之證物作目的以外之使用者，並有處罰之規定¹⁴²。

另外，日本法制上亦有不適用卷證不併送之特殊程序，各該程序係本於符合訴訟經濟及人權保障之要求所產生之制度，可見在採取卷證不併送原則下，仍有其他配套措施存在。

德國學者亞圖·考夫曼曾云：「法律概念的演繹是一個公開的圓圈中移動的：它將繞道於法律價值以發現法律—法律價值對此要求發生效力—，但又只能再次考量到社會，以定義社會價值，法律是社會的結構成分，即使無法獲得一個不受法律影響的共同生活的概念，我們的演繹也不會因為此種循環推論而無價值：它將可以證明，法律現實性被劃分成兩個成分，先天的及後天的一每個這種成分只能經由考慮另一個成分才能加以定義」¹⁴³。本文嘗試以如此之角度，闡述卷證不併送制度之內涵，並自比較法之角度切入

¹³⁶ 再審請求之主體，依日本刑事訴訟法第 439 條第 1 項之規定，限於：檢察官、受有罪判決之被告、受有罪判決被告之法定代理人及輔佐人、受有罪判決被告死亡或有心神喪失之狀時，其配偶、直系血親及兄弟姊妹。

¹³⁷ 日本刑事訴訟法第 316 條之 2 第 2 項參照。

¹³⁸ 日本刑事訴訟法第 316 條之 3 第 2 項參照。

¹³⁹ 日本刑事訴訟法第 316 條之 4 參照。

¹⁴⁰ 日本刑事訴訟法第 316 條之 9 參照。

¹⁴¹ 日本刑事訴訟法第 316 條之 7 參照。

¹⁴² 日本刑事訴訟法第 281 條之 5 參照。

¹⁴³ 亞圖·考夫曼 (Arthur Kaufmann) 原著，《法律哲學 (Rechtsphilosophie)》，劉幸義等合譯，五南出版社，2001 年 5 月，初版第 2 刷，第 9311 頁。

其學理及實務上之運作，進而探尋我國刑事司法制度在面臨轉型時，能提供比較法上政策面之參考依據。

參考文獻

- 一、石丸俊彥，《刑事訴訟法》，成文堂，平成 11 年 3 月 10 日，初版第 3 刷。
- 二、田宮裕，《刑事訴訟法》，有斐閣，2003 年 6 月 30 日，新版第 14 刷。
- 三、寺崎嘉博，《刑事訴訟法》，成文堂，2006 年 10 月 1 日，初版第 2 刷。
- 四、柯慶賢，〈訴與訴因制度〉，載於《最高法院學術研究會編》，刑事訴訟可否採行訴因制度研究討論會，民國 83 年 9 月，初版。
- 五、黃東熊，《刑事訴訟法研究（第二冊）》，三民書局，民國 88 年 4 月，第 1 版。
- 六、福井厚，《刑事訴訟法講義》，法律文化社，2004 年 3 月 10 日，第 2 版第 2 刷。
- 七、土本武司，《刑事訴訟法要義》，有斐閣，平成 10 年 5 月 30 日，初版第 2 刷。
- 八、松宮孝明，訴因の明示－覺醒劑の自己使用，載於：《刑事訴訟法判例百選》，ジュリスト，1998 年 8 月，第 148 期。
- 九、三井誠、酒卷匡，《入門刑事手續法》，有斐閣，2002 年 10 月 30 日，第 3 版第 2 刷。
- 十、田口守一，《刑事訴訟法》，弘文堂，平成 18 年 9 月 30 日，第 4 版補正版第 3 刷。
- 十一、庭山英雄、森井暉合編，《法學基本講座刑事訴訟法第一百講》，學陽書局，1992 年 6 月 1 日，第 3 版。
- 十二、安富潔，《演習講義刑事訴訟法》，法學書院，2004 年 1 月 15 日，第 2 版第 2 刷。
- 十三、渥美東洋，《刑事訴訟法》，有斐閣，2004 年 3 月 30 日，新版補訂第 2 刷。
- 十四、坂本武志，《刑事訴訟法》，酒井書店，1999 年 3 月 25 日，初版第 2 刷。
- 十五、林俊益，《刑事訴訟法概論（下冊）》，新學林出版社，2006 年 2 月，第 5 版第 1 刷。
- 十六、白取祐司，《刑事訴訟法》，日本評論社，2004 年 10 月 30 日，第 3 版第 1 刷。
- 十七、鈴木茂嗣，《刑事訴訟法》，青林書院，1999 年 3 月 10 日，改訂版第 8 刷。
- 十八、王兆鵬，〈起訴書與基本人權〉，《檢察新論》，2008 年 1 月，第 3 期。
- 十九、三井誠、井上正仁編，《判例教材刑事訴訟法》，東京大學出版會，2004 年 5 月 18 日，第 2 版第 8 刷。
- 二十、池田修、前田雅英，《刑事訴訟法講義》，東京大學出版會，2006 年 6 月 20 日，第 2 版第 1 刷。
- 二一、庭山英雄、岡部泰昌編，《刑事訴訟法》，青林書院，2006 年 7 月 10 日，第 3 版第 1 刷。
- 二二、青山善充、菅野和夫編，《判例六法》，有斐閣，平成 18 年 10 月 28 日，初版。
- 二三、伊藤榮樹，《刑事訴訟法》，立花書房，平成 8 年 10 月 20 日，新訂版第 9 刷。
- 二四、三井誠，《判例教材刑事訴訟法》，東京大學出版社，2000 年 1 月 14 日，第 2 版第 3 刷。
- 二五、高田卓爾、田宮裕編，《演習刑事訴

訟法》，青林書院，昭和 59 年 5 月 10 日，初版第 1 刷。

二六、高窪貞人，《演習ノート刑事訴訟法》，法學書院，1997 年 8 月 20 日，全訂版第 4 刷。

二七、黃翰義，〈簡析證據開示制度〉，《全國律師雜誌》，2006 年 8 月號。

二八、蔡清遊，〈美、日刑事訴訟之證據開示〉，載於《刑事法學之理想與探索（第 3 卷 刑事程序論）》，學林出版社，2002 年 3 月，初版。

二九、黃翰義，〈從比較法之觀點論我國第二審刑事訴訟程序採取事後審上訴制度之方向〉，《全國律師雜誌》，民國 97 年 1 月號。

三十、高窪貞人，《演習ノート刑事訴訟法》，法學書院，2002 年 12 月 15 日，第 2 版第 1 刷。

三一、亞圖·考夫曼（Arthur Kaufmann）原著，《法律哲學（Rechtsphilosophie）》，劉幸義等合譯，五南出版社，2001 年 5 月，初版第 2 刷。