

台湾刑事法学精品文丛

新刑诉·新思维

XINXINGSU · XINSIWEI

王兆鹏◎著

中国检察出版社



台湾刑事法学精品文丛

新刑诉·新思维

XINXINGSU · XINSIWEI

王兆鹏◎著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

新刑诉·新思维 / 王兆鹏著. —北京: 中国检察出版社, 2016. 9

ISBN 978 - 7 - 5102 - 1627 - 5

I. ①新… II. ①王… III. ①刑事诉讼法 - 研究 - 台湾省

IV. ①D927. 580. 520. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 099499 号

简体中文版由元照出版有限公司 (Taiwan) 授权中国检察出版社出版发行

新刑诉·新思维, 王兆鹏著,

2005 年 8 月, ISBN 957 - 41 - 2121 - 6

新刑诉·新思维

王兆鹏 著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区香山南路 111 号 (100144)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

编辑电话: (010)88960622

发行电话: (010)88954291 88953175 68686531

(010)68650015 68650016

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市巾画美凯印刷有限公司

开 本: 710 mm × 960 mm 16 开

印 张: 16. 25

字 数: 268 千字

版 次: 2016 年 9 月第一版 2016 年 9 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 1627 - 5

定 价: 56. 00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

作者简介

王兆鹏

学 历

美国芝加哥大学法学博士
美国芝加哥大学法学硕士
美国哥伦比亚大学法学硕士
台湾大学法学士

经 历

日本东京大学访问学者
美国纽约州律师

主要著作

刑事被告的宪法权利（1999）
搜索扣押与刑事被告的宪法权利（2000）
路检、盘查与人权（2001）
当事人进行主义之刑事诉讼（2002）
刑事诉讼讲义（一）（二）（2003）
美国刑事诉讼法（2004）

序

我曾经被法官从法庭中赶出！交互诘问新制实施后，我陪同友人旁听他儿子的刑事案件。听到几个有意思的问题，我拿出纸笔静默着记录，法警看到后趋前与法官交头接耳，随即走向我：“法官要你出去！”我貌虽不至斯文，但绝无凶神恶煞之姿，何以命我离去？即使我相貌凶恶，也不能因为我的长相而不准我旁听。虽然明知法官命令违法，我仍温驯地离开法院，留下错愕惶恐的友人孤坐法庭。我想心态上，他们已经把一个普通的人民当“贼或嫌疑犯”处理了，为何法官会推定一个做笔记的旁听民众为坏人，而忘记法院公开审判的神圣规定？更严重的是，这是一位非常年轻的法官！

司法文化如何形成，一直是我关心但无解的疑惑。在改考试试卷时，发现绝大多数的考生满纸人权保障、无罪推定，我不晓得这些人有多少人考上了司法官。但观察法庭审判及判决书时，又发现有非常多的法官充满有罪推定思想，无视人民权益。我不确信那些畅言人权的考生是否考上了？如果考上了，他们为何变了？而且在这么短的时间就变了！难道以前只是在应付主考官？还是学校教育

彻底脱离现实，他们进入实务界就幡然悔悟？还是司法文化吞噬了他们的正义感？我不解原因为何，只知道这是一个非常严重的问题。

在美国读书时，曾“不小心”成为法院中的当事人，让我得以当事人的身份，而非旁观者的心情，去体察不同的司法文化。1992年从纽约哥伦比亚大学毕业的暑假，我跟着大家参加补习班准备纽约州的律师考试。考试分为专业及伦理测验两个不同阶段，在考完专业测验后，我接到了芝加哥大学的博士班入学许可，兴奋地携家带着迁往芝加哥。在芝加哥大学期间收到了专业考试的及格通知，当时为了博士班的学业正焦头烂额，毫无心思准备律师伦理考试。打了个电话给纽约州的律师考试单位，问他们我的专业考试成绩得保留几年，是否有期限问题，得到的答案是无限期，我可以随时参加律师伦理考试，等考完后再声请律师资格。也因此，我就专心在寒冷的芝加哥城修习博士课程，将律师考试置诸脑后。1995年取得博士学位后，我轻易地通过了律师伦理考试，就正式向纽约州申请律师资格。没想到得到的却是晴天霹雳的答案：我的专业考试有效期限过期了（就在申请前几个月过期），申请驳回，如果不满意此一结果，得向纽约州法院申诉。对于此决定，我愤怒而无法接受，我写了一封信（不是状纸）给纽约州法院，告诉他我的求学及考试经过、我信赖承办单位的电话答复、我没有理由在考试及格后却不能申请律师资格等。信寄出去后，我懊恼自己当了这么久的律师，竟然无凭无据相信电话另一端的陈述，我连他（她）的名字、职称都不知道，我如何打赢这场官司。没想到，不久之后我收到纽约州法院寄来的“裁定”，命令纽约州的律师受理单位必须接受我的律师申请，只要我提交哥伦比亚大学的毕业证书、芝加哥大学的入学许可及就学证明、芝加哥大学博士班的毕业证书。我提交了这些文

件，他们也发通知给我，要我接受口试及宣誓。口试时，口试人员起身与我握手，言他代表纽约州向我致歉，一切的困扰都是纽约州政府造成的。随即移身至另一宽广之室，与众多准律师共同宣誓成为纽约州律师。事实上，我完全不知道纽约州法院是依据何“法源”、何“法条”命令考试单位接受我的申请。而我，只是一个普通的外国人，只是一个刚毕业的法学院学生，美国法院竟然相信我的“片面之词”。

相对于我在美国所得到的快速司法正义，我可以想象同样的事情如果发生在台湾地区，我得到的必定是“败诉”与“缠讼”的轮回。不是我崇洋媚外，而是我过去的诉讼经验让我作此结论。我执业律师期间，一个未成年的当事人被警察局以流氓移送士林地方法院，关在警察局地下室的他牙痛难挨，我请求警察准戒护就医，无人理睬。我写了状纸给法院，再以电话向法官说明，法官说“不关我的事”。我想这位法官可能担心当事人趁机逃亡，也可能担心赐人恩惠而招物议，也可能是找不到法源依据，所以一切不关他的事。不论原因为何，我只知道这位民众得不到法院的照顾或保护。而幸运的我，只是一个外国人，却得到纽约州法院的照顾及保护。

在台湾，有多少法官逢事言“不关我的事，问苍天吧！”朋友的小孩在大学一年级时，被检察官以参与犯罪组织而提起公诉，在地方法院审理4年期间共换了4个法官。前面几位法官把当事人或证人叫来问一下，就把卷宗束诸高阁不闻不问，留下惊悚惶恐的被告^①猜疑不确定的未来，直到承办法官调职，烂摊子就留给下一位倒霉的法官。被告及其亲人长期承受犯罪嫌疑人的污名，如惊弓之鸟自卑自怨度过悲惨的大学生活，大学毕业案件仍未终结。我在律

^① 台湾地区有关规定中的“被告”与国家立法的“被告人”系同一法律概念，下文不再赘述。——编者注

师执业期间，一个当事人受法官的“特别眷顾”，每两三个礼拜叫他来开一次庭，每一次都草草结束，拖久了，当事人因为请假过于频繁，工作也丢了，遗憾的是案件仍未终结。“司法院”及法官都有一大堆正当的理由，面对批评，他们会拿出审判独立甚至“那你来当法官好了”来响应。“人民有受迅速审判的权利”被规定于美国宪法，联合国《公民权利和政治权利国际公约》第14条也作相同规定，我不知道为何我们的刑事被告永远如此悲哀、永远低人一等，宪法及法律皆未规定此为被告的权利，必须等待个别法官的恩赐，但司法文化不改，又有多少被告能受其惠？就此问题，苦思多年，略有所得，终于在2003年完成“速审权”论文。只希望有一天快速审判不再是“司法院”或法官的恩赐，而是被告可以主张、得以实现的权利。在台湾刑事诉讼改革的大趋势中，我认为这个梦想终有实现之日。

过去所写的几篇“冷僻”论文，有幸发挥影响力而成为实定法。1998年我撰文独排众议，指出参与犯罪组织未必是继续犯；检察官对继续犯之构成事实有举证责任，不得以行为人曾“加入”组织成员，即推论被告“参加”组织活动。“司法院”大法官2003年1月24日释字第556号，宣示与我论文完全相同之意旨。1997年我完成有关认罪协商的论文，2004年年初“立法院”三读通过协商程序章节，内容大致与我当时所主张者相同。希望我的“速审权”论文也能为立法略尽绵薄之力。

目前刑事诉讼的改革，最重要者莫过于新的思维。旧法时代打着实体的真实发现主义旗帜，重实体、轻程序，沉郁的思想令人窒息，大部分的学生修完“刑事诉讼法”的课程后，只余令人难解的“案件单一性、同一性”。人民对于司法的信心低落，但人权保障的记录又不光彩，可说是全盘皆输的局面。这几年刑事诉讼修法之频

繁与幅度，远胜过任何一个时代，甚至可以说是空前绝后。台湾地区刑事诉讼的修法采逐年逐步修正，部分章节已全然修正，代表新的思潮；部分条文则不更动，仍为旧思想的产物。也因此现行法新旧杂陈，不兼容之思想并列，冲突矛盾之处，俯拾皆是。法律之形成，源于新的思潮，法律之解释，更待新的思维。以旧思维制定新法，不能革弊；以旧思维诠释新法，非但错误，甚至危险。即令尚未修改的法律，亦应以新的思潮，重新思维。这几年一直努力撰写论文引进新思潮，或以新的思维方式诠释法律，敝帚自珍，乃集成一册。

黄荣坚教授是我刑法学的良师，林明锵教授是我行政法学的启蒙，没有他们的指引，本书的几篇论文必然荒腔走板。我的助理，台湾大学法律研究所学生陈筱屏、陈启豪、蔡羽玄、魏潮宗、刘金玫，聪敏勤奋，远甚于我，协助搜寻数据，帮忙校正，也提供许多宝贵意见。毋庸置疑，文责一切归我。

王北鹏

于台大法律学院研究室

目录 Contents

| | |
|-----------------------|----|
| 序 | 1 |
| 第一章 论新法之证据排除法则 | |
| 一、导 论 | 3 |
| 二、实施刑事诉讼之公务员 | 3 |
| 三、附带承认毒树果实原则及其例外 | 5 |
| 四、排除与否之判断 | 6 |
| 五、供述证据是否适用 | 14 |
| 六、结 论 | 18 |
| 第二章 自白与毒树果实原则 | |
| 一、导 论 | 21 |
| 二、毒树果实原则及例外介绍 | 24 |
| 三、自白为毒果 | 26 |
| 四、自白为毒树 | 33 |
| 五、结 论 | 40 |

第三章 重新定义高科技时代下的搜索

| | |
|---------|----|
| 一、导论 | 45 |
| 二、理论基础 | 47 |
| 三、不同样态 | 48 |
| 四、分析与结论 | 62 |

第四章 论新法之证人不自证己罪

| | |
|--------------|----|
| 一、导论 | 71 |
| 二、证人不自证己罪之限制 | 72 |
| 三、权利告知 | 77 |
| 四、共犯与共同被告 | 80 |
| 五、侦查中之特殊问题 | 88 |
| 六、结论 | 92 |

第五章 论共同被告之合并及分离审判

| | |
|---------------|-----|
| 一、导论 | 97 |
| 二、共同被告合并审判之目的 | 98 |
| 三、合并审判之证据法则适用 | 104 |
| 四、分离审判 | 113 |
| 五、结论 | 124 |

第六章 论新法之协商程序

| | |
|------------|-----|
| 一、协商程序之意义 | 127 |
| 二、美国协商程序介绍 | 128 |
| 三、协商之正当性争议 | 130 |
| 四、协商案件 | 132 |
| 五、协商主体 | 133 |
| 六、协商事项 | 135 |
| 七、先认罪或先协商 | 137 |
| 八、协商阶段 | 138 |
| 九、协商之发动 | 138 |

| | |
|------------------------------|-----|
| 十、违反协议之效力 | 140 |
| 十一、受律师协助的权利 | 141 |
| 十二、法院应践行之程序 | 143 |
| 十三、协商之撤销或撤回 | 145 |
| 十四、法院接受协商与否 | 147 |
| 十五、协商过程中陈述之效力 | 149 |
| 十六、上诉审理 | 152 |
| 附 录 | 155 |
| | |
| 第七章 建构台湾地区“速审法”之刍议 | |
| ——以美国法为参考 | |
| 一、导 论 | 167 |
| 二、理论基础与利益 | 169 |
| 三、美国宪法规范之速审权 | 172 |
| 四、美国法律规范之速审权 | 185 |
| 五、台湾地区“速审法”之拟议 | 192 |
| 六、结 论 | 219 |
| | |
| 第八章 大法官释字第 556 号解释之评释 | |
| 一、导 论 | 223 |
| 二、本号解释前之实务见解 | 226 |
| 三、本号解释宣示参与犯罪组织未必为继续犯 | 228 |
| 四、本号解释厘清犯罪要件之举证责任 | 231 |
| 五、结 论 | 233 |
| | |
| 索 引 | 235 |
| | |
| 作者主要论著 | 240 |

第一章

论新法之证据排除法则*

目次

- | | |
|--------------------------|------------------|
| 一、导论 | (二) 犯罪之危险或实害 |
| 二、实施刑事诉讼之公务员 | (三) 违背法定程序时之主观意图 |
| 三、附带承认毒树果实原则及其例外 | (四) 预防将来违法取证之效果 |
| 四、排除与否之判断 | (五) 发现证据之必然性 |
| (一) 侵害权益之种类、轻重及违背法定程序之情节 | 五、供述证据是否适用 |
| | 六、结论 |

① 本文原载于《司法周刊》2003年第2~3版第1150期,《司法周刊》2003年第2版第1151期,部分内容在刊载后修改。

一、导 论

所谓“证据排除法则”，乃将一具证据价值，甚或为真实的证据，因取得程序违法而排除不作为证据，即令该证据为关键性的证据，亦同。台湾地区过去无“证据排除法则”，台湾“最高法院”1998年台上字第4025号（1998年11月26日）判决，首先承认证据排除法则。^①2001年以后新修正的法律，也陆续承认证据排除法则，2001年7月1日生效之“刑事诉讼法”第416条第2项规定：“前项之搜索、扣押经撤销者，审判时法院得宣告所扣得之物，不得作为证据。”2002年2月8日公布之第131条第4项规定：“第一项、第二项之搜索执行后未陈报该管法院或经法院撤销者，审判时法院得宣告所扣得之物，不得作为证据。”2003年9月1日生效之第158条之4（以下简称2003年新法^②）规定：“除法律另有规定外，实施刑事诉讼程序之公务员因违背法定程序取得之证据，其有无证据能力之认定，应审酌人权保障及公共利益之均衡维护。”自上立法，足见台湾地区已明确承认证据排除法则，但将有无证据能力的认定，交由法官审酌人权保障与公共利益后决定。

有关违法取得之证据应否排除，论述极繁，本文无欲重复。^③本文将针对证据排除法则适用上可能产生之疑义，提出拙见供各界参考。

二、实施刑事诉讼之公务员

依2003年新法规定，只有“实施刑事诉讼程序之公务员”违背法定程序，始有证据排除法则之适用。新法厘清过去的一项重大争议，宣示私人非法取证，不适用证据排除法则。盖证据排除法则在针对“政府行为”

① 判决主旨为：“刑事诉讼之目的，固在发现真实，借以维护社会安全，其手段则应合法纯洁、公平公正，以保障人权；倘证据之取得非依法定程序，而法院若容许该项证据作为认定犯罪事实之依据有害于公平正义时，因已违背‘宪法’第八条、第十六条所示应依正当法律程序保障人身自由、贯彻诉讼基本权之行使及受公平审判权利之保障等旨意（‘司法院’大法官会议释字第384、396、418号等解释部分释示参考），自应排除其证据能力。”

② 本书的“新法”都是指2003年修改的台湾“刑事诉讼法”，“旧法”是指2003年修改之前的“刑事诉讼法”。——编者注

③ 有关证据排除法则之理论，参见法治斌：《论违法搜索扣押证据之排除》，载《刑事诉讼法论文选集》，第237页；黄朝义：《论证据排除法则》，载《黄东熊教授六秩晋五华诞祝寿论文集》，第122页；王兆鹏：《刑事被告的宪法权利》，台湾元照出版有限公司2004年版。

而创设，因为过去政府机关非法取证的情形非常普遍，却无有效的法律机制得钳制政府机关的非法行为，证据排除法则为不得已的救济措施，目的在吓阻政府机关非法取证。但私人非法取证的情形则不同，其无公权力的介入，且无普遍性，最重要者，有许多法律的机制制裁遏阻私人的非法行为。例如，被害人请求民事损害赔偿、刑事追诉，无须借助证据排除法则的极端救济方式，即能达到吓阻的效果。

惟何谓“实施刑事诉讼程序之公务员”，本文认为应从广义解释。如私人在公务员的教唆、指示或帮助下违背法定程序，应视该私人为公务员手足的延长，仍适用证据排除法则，否则不能达到新法之立法目的。例如司法警察知悉未取得搜索票进入人民宅搜索，将遭证据排除之命运，为逃避法律规范与证据排除，教唆、指示或帮助私人侵入住宅取得证据，应视为公务员之违背法令，否则等于广开后门供公务员规避法律，对人民权利之保障亦流于空言。

有疑问者，如违背法定程序取得证据者，虽系公务员，但非“实施刑事诉讼程序之公务员”，是否应适用证据排除法则？例如警察临检违背法定程序取得证据（例如枪弹或毒品），其系在实施“警察职权行使法”，而非“刑事诉讼法”，是否应适用证据排除法则？本文持肯定见解。盖台湾地区证据排除法则同时受“宪法”及“法律”之规范。2001年以前无证据排除法则的“法律”规定时，台湾“最高法院”即已依据宪法诠释，明白宣示：凡证据之取得非依法定程序，而法院若容许该项证据作为认定犯罪事实之依据有害于公平正义时，依宪法解释（包括“宪法”第8、16条；大法官会议释字第384、396、418号解释），应否定证据之证据能力。台湾“最高法院”未区分违反法定程序者为“实施刑事诉讼程序之公务员”或非“实施刑事诉讼程序之公务员”而产生不同之法律效果。2001年后陆续修正之“刑事诉讼法”（含2003年新法），为“法律”明文承认证据排除法则，在法的位阶上，新修法律不能改变宪法之既有解释。

所以，台湾“最高法院”过去自宪法诠释之证据排除法则，在法位阶上高于2003年新法。将来遇有“实施刑事诉讼程序之公务员”违背法定程序取得证据，应适用2003年新法之“法律”规定，排除证据；如为实施其他法律之公务员违背法定程序取得证据，则应适用台湾“最高法院”已诠释之“宪法”判决，排除证据。

三、附带承认毒树果实原则及其例外

有证据排除法则后，必须同时附带承认“毒树果实原则”，否则不足以贯彻证据排除法则的目的。所谓的“毒树果实原则”，指非法取得之证据为毒树，由该非法证据所衍生之证据，即令系合法取得，仍为具毒性之毒果，不得使用。例如司法警察非法搜索取得账簿（第一个行为），依证据排除法则该账簿应予排除。司法警察隐瞒前有非法搜索之事实，报请检察官向法院声请搜索票，经法院核发搜索票后执行搜索（第二个行为），又取得账簿。此时因为第二个行为完全合乎法定要件，无法依证据排除法则排除账簿，必须借助毒树果实原则，否则无法贯彻证据排除法则的目的。如同美国联邦最高法院所言：对于非法取得之证据，若仅禁止直接使用，不禁止间接使用，等于邀请执法人员以违反法律及侵害人权的方式取得证据。^①

惟过度适用毒树果实原则，会造成有警察之非法行为，证据即永绝于世，有承认例外的必要。在上述账簿案例情形，若司法警察向法院声请^②搜索票所依据之证据，系源自于独立、合法的来源，而非先前非法搜索的产物，应适用“独立来源”（independent source）的例外规定，不适用毒树果实原则。例如会计人员自行主动向警察揭发账簿之存在与内容，司法警察虽有非法搜索在先，但仍得依会计人员之证词向法院声请搜索票，合法取得账簿。其他毒树果实原则之例外，尚包括：（1）必然发现（inevitable discovery）。警察虽然因为不法行为而发现证据，但即令无警察的不法行为，该证据亦必然终将发现，亦为毒树果实原则之例外。^③（2）稀释原则（purged taint exception）。在第一次违法行为之后、第二次合法取得证据之前，有其他因素的介入，而稀释或消除原来的违法性，亦为毒树果实原则的例外。^④

有关美国毒树果实原则的论文，台湾地区论述甚繁，本文无欲重复。本文只强调毒树果实原则在过去仅为“学说见解”，但在2003年新法规定

① *Nardon v. U. S.*, 308 U. S. 338 (1939) .

② 台湾地区有关规定中的“声请”与国家立法的“申请”系同一法律概念，下文不再赘述。——编者注

③ *Nix v. Williams*, 467 U. S. 431 (1984) .

④ 有关以上判决之理论与意义，参见王兆鹏：《刑事诉讼讲义》，台湾元照出版有限公司2003年版，第45~48页。