

台湾刑事法学精品文丛

# 刑事诉讼制度 与刑事证据

XINGSHI SUSONG ZHIDU YU XINGSHI ZHENGJU

张丽卿◎著

中国检察出版社



台湾刑事法学精品文丛

# 刑事诉讼制度 与刑事证据

XINGSHI SUSONG ZHIDU YU XINGSHI ZHENGJU

张丽卿◎著

中国检察出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

刑事诉讼制度与刑事证据 / 张丽卿著. —北京: 中国检察出版社, 2016. 9  
ISBN 978 - 7 - 5102 - 1628 - 2

I. ①刑… II. ①张… III. ①刑事诉讼 - 司法制度 - 研究②刑事诉讼 - 证据 - 研究 IV. ①D915. 3. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 060218 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  
刑事诉讼制度与刑事证据 (第二版), 张丽卿著,  
2003 年 5 月, ISBN 986 - 7787 - 29 - 3

## 刑事诉讼制度与刑事证据

张丽卿 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)88685314

发行电话: (010)88954291 88953175 68686531

(010)68650015 68650016

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市中国画美凯印刷有限公司

开 本: 710 mm × 960 mm 16 开

印 张: 12. 75

字 数: 209 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 - 1628 - 2

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

## 张丽卿

### 现 职

台湾刑事法学会理事长

台湾高雄大学特聘教授

台湾高雄大学财经法律学系教授

台湾高雄大学生医法律科技研究中心主任

台湾东海大学法律学系合聘教授

### 学 历

台湾大学法学博士

德国慕尼黑大学法学博士

### 经 历

台湾“公平交易委员会”委员

台湾高雄大学法学院院长

台湾高雄大学财经法律学系教授兼系主任

台湾东海大学法律学系教授兼系主任

美国史丹福大学法学院、比较文学系访问教授

## 主 授

刑法、刑事诉讼法、司法精神医学、医疗刑法、法律与文学

## 著 作

《交通刑法》《新刑法探索》《司法精神医学》《验证刑诉改革脉动》  
《刑法总则理论与运用》《医疗人权与刑法正义》《刑事诉讼法理论与运用》  
《刑事诉讼制度与刑事证据》《食品安全的最后防线：刑事制裁》  
《法律与文学：文学视野中的法律正义》

## 二版序

本书在不长的时间内已无存书，可见读者对于刑事诉讼制度与刑事证据有高度兴趣，也可能是读者对于我的厚爱，无论如何我都感到欣慰与感激。

近年来“刑事诉讼法”修正频繁，而且幅度极大，作者与读者都觉得疲于应付。本书各篇文章虽然讨论原则性的问题，内容基本上不受新修法律的影响，不过，也有必须对新法加以回应之处。本书第二版，在各章节当中凡涉及2002年与2003年新修正规定者，也都在相应的地方将条文及内容更新。

希望本书的局部更新，可以让读者跟上新修法的脚步，也希望读者继续给我指教。第二版的更新烦劳我的学生刘清彬律师与陈俊成同学，在此并致由衷谢忱。

张丽卿

于东海大度山

2003年3月

# 目录 Contents

二版序	1
上篇 刑事诉讼制度	
第一章 温和渐进之刑事司法制度改革	3
第一节 前言	3
第二节 近程之改革	5
第三节 中程之改革	6
第四节 远程之改革	8
第五节 结语	10
第二章 参审制度之研究	11
第一节 前言	11
第二节 德国刑事诉讼参审制度之现状	12
第三节 我国台湾地区 1994 年 3 月“刑事参审试行条例草案” 评析	32

第四节	我国台湾地区 1999 年 11 月“专家参与审判咨询试行要点草案”评估	37
第五节	结    语	42
<b>第三章</b>	<b>起诉便宜原则之比较研究</b>	<b>50</b>
第一节	前    言	50
第二节	起诉法定原则与起诉便宜原则	51
第三节	我国台湾地区之起诉便宜原则	56
第四节	立法例之选择与建议	60
第五节	结    论	63
<b>第四章</b>	<b>德国刑事诉讼之简易审判程序</b>	<b>65</b>
第一节	前    言	65
第二节	速审程序	66
第三节	德国之处刑命令程序	69
第四节	认罪协商程序	77
第五节	认罪协商之隐忧	80
第六节	德国简易审判程序与我国台湾地区刑事程序的设计 （代结语）	82
<b>第五章</b>	<b>非常上诉制度</b>	<b>85</b>
第一节	前    言	85
第二节	非常上诉之沿革	85
第三节	非常上诉之特点	88
第四节	非常上诉之理由	90
第五节	试论释字第 146 号及第 181 号解释	93
第六节	结    语	100



## 下篇 刑事证据

<b>第六章 违法取得证据之排除</b>	103
第一节 序 言	103
第二节 证据排除法则之发展与建立	104
第三节 比较法上之检讨	110
第四节 违法取得供述证据之排除	114
第五节 违法取得物的证据（非供述证据）之排除	126
第六节 结 论	134
<b>第七章 侦查方法及其取得证据之适格性</b>	136
第一节 序 言	136
第二节 相片与录像带之应用	136
第三节 通讯窃听之应用	148
第四节 结 论	156
<b>第八章 鉴定证据之研究</b>	
——以精神鉴定为主	158
第一节 前 言	158
第二节 鉴定证据之沿革与鉴定人角色之争议	158
第三节 司法上对于精神鉴定之依赖及其批评	164
第四节 对过分依赖精神鉴定之解决方案	169
第五节 我国台湾地区之精神鉴定	177
第六节 结 语	181

<b>第九章 心神丧失与精神鉴定</b>	182
第一节 案例事实	182
第二节 裁判要旨	182
第三节 判决评析	183
第四节 建 议	186

上 篇

## 刑事诉讼制度



# 第一章 温和渐进之刑事司法制度改革

## 第一节 前言

实体刑法的实践，有赖刑事司法制度的完善。实体法不管如何精致、如何富于理想色彩，假若没有完好的刑事司法制度，都必然不能使理想成真。不仅如此，由于刑事司法制度与人民的权利关系至大，如果制度不完善，将使人民权益受损，甚至带给当事人（尤其被告）极大的不幸。

刑事司法制度的根本精神，应该与刑事程序法相同：“保障人权、实现正义。”法律制度必定受“思想气候”的影响。这个思想气候没有国界，不受政党轮替的影响。思想气候和人类文明的进程有关系，和人类事事追求合理化有关系。我国台湾地区近年来的政治与司法改革等，是思想气候带出来的。

根源性地追求合理化的思想气候，形成于西方社会，比较精微的法律制度也源自西方社会。因此，我国台湾地区司法改革也处处以西方为榜样。在大方向上，师法西方应该不会有错。不过，法律制度、思想气候，都与文化土壤息息相关。一个制度不会像制造一部机器那么容易。制度的形成与实践，都必须经漫漫长路的演化，脚步要坚毅，但步调不能仓促。<sup>①</sup>因为，激烈与冒进的改革比较危险，这违反大多数人的处事态度与价值信念，会遭遇较大的困难或抵抗。比较可行的，应该是温和渐进的改革。把比较容易实践的，列为近程的改革计划，工程比较浩大的改革，列为中程及远程计划。

根据1999年3月30日“司法院”公布的“司法改革具体革新措施”，其中与刑事司法制度相关的大致有：

---

<sup>①</sup> 学习西方，必须熟知西方制度长成的文化土壤。这需要我们自己有丰厚的学术气候与土壤，才能精确而且全面地了解西方制度，才不会东拼西凑、即兴地修补自己的法律与制度。

1. “刑事诉讼法”增订无罪推定原则；
2. 检察官席位与被告席位对等；
3. 建立专业咨询管道；
4. 加强检察官的举证责任；
5. 要求严谨的证据法则；
6. 检讨自诉制度；
7. 刑事诉讼审理集中化；
8. 采取当事人进行主义及缓起诉制度；
9. 采第二审为事后审查制；
10. 确立第三审为严格法律审。

前述十项的改革工程似乎已经势在必行，而且无可转圜。刑事制度的诸多弊端，早就必须改革，然而，对于积弊已久的问题，在改革的过程中也必须深思熟虑。我认为应将改革时间分为“近程”、“中程”及“远程”的顺序，这个分法纯粹是我个人的一些心得与意见，并不代表我的看法就是正确，只是希望在这项浩大的改革过程中，提出一些浅见，因为，刑事司法制度的改革，不可忽略我们自己的文化背景，一味剪裁域外的制度，<sup>①</sup>也要考虑我们自己的负载与容量。<sup>②</sup>

---

① 因为，肥沃的学术土壤，不是热闹的学术研讨会或短期外出考察可以速成取代的，这需要长时间的栽培与灌溉。尤其，制度的完善与健全的修法需要集合众人的智能，没有深厚基础学术的立法，可能导致法律应用上的极大困难。例如，最近通过（3月30日）新增订的“刑法”第185条之4的“驾驶动力交通工具肇事逃逸罪”，由于解释学上所出现的许多问题，可能形成无法达到立法目的的结果，有关于此，详细内容，可参照拙著“论刑法公共危险罪章的新增订”一文。

② 我们可以观察日本实施当事人进行主义的结果当作借镜。在诉讼实务的运作上，由于民众特性的缘故，仅形式上有当事人进行主义的躯壳，实质上却缺乏当事人进行主义的辩论精神，大多数的案件仍以书面证据作为审判的对象，辩论只是行礼如仪，尤其，检察官高达99.8%的起诉有罪维持率，更是所谓可以防止法官先入为主判断的“起诉状一本主义”的最大问题，在清楚得知日本实施起诉状一本主义的实情后，我们真的不明白，为何有些学界及实务界人士，仍然将当事人进行主义或起诉状一本主义奉为圣典？相同意见可参照蔡碧玉，当事人进行主义不应该奉作信仰，载 <http://www.chinatimes.com.tw/news/papers/cfocus/88040803.htm>。

## 第二节 近程之改革

### 一、确立无罪推定原则

无罪推定原则是刑事诉讼法的铁则，也是落实保障人权的最根本原则。在无罪推定的原则下，法官才可能细心推敲案情，特别是对于被告有利的事实加以注意。虽然，我们的“刑事诉讼法”有“证据裁判原则”（“刑事诉讼法”第154条参照）的规定，但是，若能增订“被告未经审判证明有罪前，推定其为无罪”的大原则于“刑事诉讼法”中，<sup>①</sup>法官的办案态度将更需要加以调整，如此，更可以保障被告的基本人权，实行法治国刑事程序的大原则。

### 二、检察官与被告之席位对等

此项改革只涉及简单的法庭布置，以及检察官的工作习惯与态度，所以可以列为近程的改革措施。之所以必须如此改革，是因为依照“刑事诉讼法”的规定，当事人是指检察官、自诉人与被告（“刑事诉讼法”第3条参照）。在公诉程序上，检察官与被告既然同为当事人，就没有位置上下之分，也可以去除被告的疑虑，认为法院与检察官是一体的，法院会偏袒检察官。<sup>②</sup>

### 三、自诉制度之改革

自诉制度的改革，可能影响的层面不会太广，所以也可以当作近程的改革措施。自诉人在自诉程序上必须扮演检察官的角色，自行搜证，出庭

<sup>①</sup> 无罪推定原则是世界人权宣言第11条第1项及联合国公民及政治权利公约第14条第2项所揭示的重要基本权之一，必须将之落实于法规范与实务。

<sup>②</sup> 将检察官同列为当事人的意义，应仅指侦查起诉后在审判程序中的地位而言，否则，为了达到刑事司法的功能，检察官被赋予传唤、拘提、搜索、扣押等权限，检察官与被告虽同属诉讼上之主体，但其所处的法律地位迥然不同。其实，关于刑事被告地位的过于低劣，应该在刑事程序中另谋解决之道，并非只在法律文字上将检察官与被告同称为当事人或将席位改为对等即可解决。参照林山田，别迷失在主义的丛林中，台湾本土法学杂志创刊号，1999年4月，6页。

陈述意见，这需要一些法律专业素养，所以自诉程序最好有律师的参与<sup>①</sup>。这会有助于法院真实的发现，并且加速诉讼程序的进行。其次，为了避免被害人滥行自诉，应该限制得提出自诉的犯罪，这可以仿效德国刑事诉讼法的规定，原则上只对于轻罪才能自诉。<sup>②</sup>

#### 四、法院的判决尽快上网

法官代表全民的意思，对于案件加以审判。刑事案件多与社会公益有关，判决结果也常引起社会关怀。将判决书上网，可以让有兴趣的民众随时查阅，了解法院的判决意见。这不仅有助于法律教育的推广，法院的判决意见也因而成为可受公评的事项，法官的判决书也会更趋谨慎。

### 第三节 中程之改革

#### 一、加强检察官之举证责任

为了保障嫌疑犯的人权及正确行使刑罚权，“刑事诉讼法”第161条规定，检察官负有举证责任。但是，长久以来都被认为只是形式上的举证，无法落实真正的举证精神。所以，加强检察官的举证责任，使检察官的举证责任具体化，<sup>③</sup>才能落实公平正义的诉讼制度。

落实检察官的具体举证责任，与1997年底增订的“检察官退案权”<sup>④</sup>

<sup>①</sup> 强行规定律师的参与，也必须有义务律师制度的配合，否则可能会造成剥夺无资力人的自诉权。

<sup>②</sup> 依照德国刑事诉讼法第374条的规定，得毋庸先向检察官请求，由被害人提起自诉的案件限于侵入住宅罪、侮辱罪、妨害书信秘密罪、伤害罪、恐吓罪、毁损罪等轻微犯罪。参照 Roxin, Strafverfahren - recht, 25. Aufl., 1998, § 61, Rn. 5f.

<sup>③</sup> 本项制度可仿德国刑事诉讼法第202条的立法例，将之规定于我国台湾地区“刑事诉讼法”第161条第2项：“检察官应就被告之犯罪事实，指出证明之方法，如证明方法不足认被告显有成立犯罪之可能时，应定期补提，逾期未补提者，法院得径行谕知不受理判决。”

<sup>④</sup> “刑事诉讼法”第231条之1规定：“检察官对于司法警察或司法警察官移送或报告之案件认为调查未完备者，得将卷证发回，命其补足，或发交其他司法警察或司法警察官调查。司法警察或司法警察官应于补足或调查后，再行移送或报告。检察官对该补足或调查并得限定期间。”从上述规定得知，赋予检察官退案权后，也会使司法警察对真实的发现更加谨慎。



有相互呼应的作用。有了检察官的“退案制度”<sup>①</sup>，再加上检察官的具体举证责任（其实就是法院的退案权），应该能使真实的发现过程更符合程序正义。

## 二、严谨证据法则之遵守

检察官对于非任意性的自白负举证责任、法院对于违法取得的证据应加以排除、出于不正态度讯问所得的证据不具证据能力，<sup>②</sup>都是“刑事诉讼法”第156条所规定精神的具体实践，司法制度上必须严加遵守。只是，我们要特别注意的是，严谨证据法则的遵守与订立，与是否实行当事人进行主义根本是两回事。换言之，在实行职权原则的德国或我国台湾地区，这些证据法则，虽然有些并未明文规定，却是学界与“部分实务界”<sup>③</sup>所一致认同的铁则。另外，刑求禁止、嫌疑人与被告的律师协助权、缄默权、证据辩论等原则，并不是当事人进行主义的专利制度，其实，这些都是职权主义所采的原则与制度。

## 三、刑事诉讼审理集中化

刑事诉讼审理集中化，集中调查证据及辩论于第一审（如日本所称的“以公判为中心”或德国所称的“主要审判程序”），采取第二审为事后审查制，并确立第三审为严格法律审。依照现行的刑事诉讼制度均属较易实行的中程措施。因为，只有在集中审理的情况下检察官的莅庭才不会流于

---

① 此项新增订的“退案制度”（移送或报告案件之补足）系规定检察机关对司法警察机关移送或报告之案件，认为“侦查未完备”的情形时，有权退案于司法警察机关，要求警察机关对于事实不清楚及证据不够充分的地方继续调查。亦即，将案件退回到原单位，就侦查未完备的事项，继续进行侦查措施。此项做法，与“刑事诉讼法”第258条所规定的法理相同，换言之，上级法院检察署认为告诉人再议声请有理由，且侦查未完备，发回原检察官续行侦查。

② 例如，“刑事诉讼法”第98条没有明白排除以不正态度讯问所得之证据不具证据能力，使得本条的规定可能只成为训示的规范，不具任何法律效果，不能达到立法的目的。因此，最好如“刑事诉讼法”第156条的立法方式，规定为“讯问被告如非出以恳切之态度，或用强暴、胁迫、利诱、诈欺、疲劳讯问或其他不正之方法者，其所获得之证据，不得作为证据”，才能真正保障犯罪嫌疑人在没有压力的环境中接受讯问。

③ 根据最近报载某侦讯社所违法取得的证据（侦讯社窃听某海军舰长的通奸事实），在地方法院引用违法取证排除的法则，判被告无罪。但是，上诉到高等法院时，却采用该“违法取得的证据”将被告判有罪。相同事实，法官的判决出现如此怪异的现象，司法如何得到人民信赖。之所以如此，并非刑事制度未采“违法取证排除的法则”，关键在于有些法官的罔顾不用。因此，我说部分实务界采严格的证据法则。