

# 刑事訴訟制度與刑事證據

張麗卿 著

學術論文集



元照出版

## 內容簡介

本書主要有兩個部分，刑事訴訟制度與刑事證據。刑事訴訟制度的根本精神，應該與刑事證據法則相同，那就是：「發現真實、保障人權、實現正義」。發現真實、保障人權與正義的實踐，有賴刑事訴訟制度與刑事證據法則的完善。維護人權與正義的理念不管如何精緻、如何富於理想色彩，假若沒有完好的訴訟制度與證據法則的信守，都必然不能使理想成真。不僅如此，如果制度不完善或認證不嚴謹，將使人民權益受損，帶給當事人（尤其被告）極大的不幸。對於關心我國未來司法改革走向及人權正義維護的人，本書是不可或缺的參考著作。

ISBN 986-7787-29-3



9 789867 787293



1D56GB

定價：500元



元照出版公司

地址：臺北市館前路18號5樓

電話：(02)2375-6688

網址：[www.angle.com.tw](http://www.angle.com.tw)

D927.585.2/3

2003

# 刑事訴訟制度與刑事證據

張麗卿 著

元照出版公司

# 刑事訴訟制度與刑事證據

1D56GB

2000年10月 初版第1刷

2003年05月 二版第1刷

作者 張麗卿

出版者 元照出版有限公司

100 臺北市館前路 18 號 5 樓

網址 [www.angle.com.tw](http://www.angle.com.tw)

定價 新臺幣 500 元

訂閱專線 (02)2375-6688 轉 166 (02)2370-7890

訂閱傳真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

---

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 986-7787-29-3

ISBN: 9789867787293

人民幣價: 312.5

## 二版序

這本論文集在不長的時間內已無存書，可見讀者對於刑事訴訟制度與刑事證據有高度興趣，也可能是讀者對於我的厚愛，無論如何我都感到欣慰與感激。

近年來刑事訴訟法修正頻繁，而且幅度極大，作者與讀者都覺得疲於應付。本書各篇文章雖然討論原則性的問題，內容基本上不受新修法律的影響，不過，也有必須對新法加以回應之處。本書第二版，在各章節當中凡涉及二〇〇二年與二〇〇三年新修正規定者，也都在相應的地方將條文及內容更新。

希望本書的局部更新，可以讓讀者跟上新修法的腳步，也希望讀者繼續給我指教。第二版的更新煩勞我的學生劉清彬律師與陳俊成同學，在此並致由衷謝忱。

張麗卿

於東海大度山 2003年3月

## 自序

我在大學法律系授刑事訴訟法與刑事證據法課程，始於一九八七年，當時還在台大法研所博士班進修。由於進修與教學的雙重緣故，我陸續寫了一些刑事證據法有關的文章。近年來，也發表了不少關於與刑事訴訟制度的論述。我將這些前後發表的文章經過慎重篩選後，擇出與本書主題相關的部分文章集結成書，一方面做為自己學術工作上的一個記錄，另一方面竊願有助於對本書主題有興趣的讀者。

刑事訴訟制度的根本精神，應該與刑事證據法則相同，那就是：「發現真實、保障人權、實現正義」。人權的保障與正義的實踐，有賴刑事訴訟制度與刑事證據法則的完善。維護人權與正義的理念不管如何精緻、如何富於理想色彩，假若沒有完好的訴訟制度與證據法則的信守，都必然不能使理想成真。不僅如此，如果制度不完善或認證不嚴謹，將使人民權益受損，帶給當事人（尤其被告）極大的不幸。因此，本書探究這兩個主題的相關內容，期望能對我國的司法改革與人權正義的維護略盡棉薄之力。

「刑事訴訟制度」的相關內容是：從「溫和漸進的刑事司法制度改革」開始，探討我國司法改革過程的步驟，應循序漸進不要倉促。因為，激烈與冒進的改革比較危險，這違反大多數人的處事態度與價值信念，會遭遇較大的困難或抵抗。「參審制度之研究」與將來是否採行專家參審有關；「起訴便宜原則的比較研究」攸關緩起訴制度的設計；如何減輕

司法機關的負擔，關係到「刑事訴訟簡易審判程序」的設計及是否引進認罪協商；爲了糾正法律上已確定判決的司法錯誤，有必要掌握「非常上訴」的立法本旨，「我國一九九七年及二〇〇〇年的刑事訴訟法新修正」和「大陸一九九六年的刑事訴訟法修正」，介紹刑事訴訟制度變革的新趨勢。

「刑事證據」的內容是：先從刑事證據法的實質內涵，剖析「違法取得之證據應予排除」，爲了發現真實的「偵查方法及其取得之證據必須具備適格性」；尤其，「鑑定證據的採酌」，更攸關法律是否正確裁判的關鍵。最後，以「心神喪失與精神鑑定」的實務見解更迭，說明刑事訴訟制度設計與刑事證據認定間所呈現的重要關連。

在準備出書的階段，我用掉很多時間，認真修改較早發表的論文，使之符合實證法的新規定，並引述最新的文獻。我在教學研究之餘，耗掉極大的氣力心思與正直青春叛逆期的兒女周旋，常常累得可以倒地就睡，修改舊稿其實是偷取殘存的精力。幸虧有庭院中夏日藤蔓下的蟲鳴、蟬嘶伴我度過每個趕稿的深夜，寧靜幽雅的校園，可以讓我幾乎枯竭的軀體有稍事生養的機會。這是我眷念東海的重要原因，在這裡我可以擁有屬於自己的層層寧靜。

我的學生上鈞與躍中爲本書付出許多辛勞，宛珍、泰均、彥鋒、東益都曾分擔校稿，元照出版公司容忍我的延宕，一併在此說聲「感謝」。

張麗卿

於大度山 2000年7月

# 目 錄

第壹篇	刑事訴訟制度·····	1
第一章	溫和漸進的刑事司法制度改革／3	
第二章	參審制度之研究／17	
第三章	起訴便宜原則的比較研究／79	
第四章	德國刑事訴訟的簡易審判程序／143	
第五章	非常上訴制度／175	
第六章	一九九七年刑事訴訟法的新修正／201	
第七章	二〇〇〇年刑事訴訟法的新修正／245	
第八章	一九九六年大陸刑事訴訟法的新修正／263	
第貳篇	刑事證據·····	287
第一章	違法取得證據之排除／289	
第二章	偵查方法及其取得證據之適格性／341	
第三章	鑑定證據之研究—以精神鑑定為主 ／377	
第四章	心神喪失與精神鑑定—評高等法院 八十七年上字第三六〇五號判決／417	



# 第壹篇 刑事訴訟制度



## 第一章 溫和漸進的刑事司法制度改革

---

### 壹、前 言

### 貳、近程的改革

- 一、確立無罪推定原則
- 二、檢察官與被告之席位對等
- 三、自訴制度的改革
- 四、法院的判決儘快上網

### 參、中程的改革

- 一、加強檢察官的舉證責任
- 二、嚴謹證據法則之遵守
- 三、刑事訴訟審理集中化

### 肆、遠程的改革

- 一、當事人進行主義及緩起訴制度
- 二、專業諮詢管道的建立

### 伍、結 語



## 壹、前言

實體刑法的實踐，有賴刑事司法制度的完善。實體法不管如何精緻、如何富於理想色彩，假若沒有完好的刑事司法制度，都必然不能使理想成真。不僅如此，由於刑事司法制度與人民的權利關係至大，如果制度不完善，將使人民權益受損，甚至帶給當事人（尤其被告）極大的不幸。

刑事司法制度的根本精神，應該與刑事程序法相同：「保障人權、實現正義」。法律制度必定受「思想氣候」的影響。這個思想氣候沒有國界，不受政黨輪替的影響。思想氣候和人類文明的進程有關係，和人類事事追求合理化有關係。我國近年來的政治與司法改革等等，是思想氣候帶出來的。

根源性的追求合理化的思想氣候，形成於西方社會，比較精微的法律制度也源自西方社會。因此，我國的司法改革也處處以西方為榜樣。在大方向上，師法西方應該不會有錯。不過，法律制度、思想氣候，都與文化土壤息息相關。一個制度不會像製造一部機器那麼容易。制度的形成與實踐，都必須漫漫長路的演化，腳步要堅毅，但步調不能倉促<sup>1</sup>。因為，激烈與冒進的改革比較危險，這違反大多數人的處事態度與價值信念，會遭遇較大的困難或抵抗。比較可行的，應該是溫和漸進的改革。把比較容易實踐的，列為近程的改革計畫，工程比較

---

<sup>1</sup> 學習西方，必須熟知西方制度長成的文化土壤。這需要我們自己有豐厚的學術氣候與土壤，才能精確而且全面的瞭解西方制度，才不會東拼西湊、即興的修補自己的法律與制度。

浩大的改革，列為中程及遠程計畫。

根據一九九九年三月三十日，司法院公布「司法改革具體革新措施」中與刑事司法制度相關的大致有：

1. 刑事訴訟法增訂無罪推定原則
2. 檢察官席位與被告席位對等
3. 建立專業諮詢管道
4. 加強檢察官的舉證責任
5. 要求嚴謹的證據法則
6. 檢討自訴制度
7. 刑事訴訟審理集中化
8. 採取當事人進行主義及緩起訴制度
9. 採第二審為事後審查制
10. 確立第三審為嚴格法律審

前述十項的改革工程似乎已經勢在必行，而且無可轉圜。刑事制度的諸多弊端，早就必須改革，然而，對於積弊已久的問題，在改革的過程中也必須深思熟慮。我認為應將改革時間分為「近程」、「中程」及「遠程」的順序，這個分法純粹是我個人的一些心得與意見，並不代表我的看法就是正確，只是希望在這項浩大的改革過程中，提出一些淺見，因為，刑事司法制度的改革，不可忽略我們自己的文化背景，一味剪裁他國的制度<sup>2</sup>，也要考慮我們自己的負載與容量<sup>3</sup>。

---

<sup>2</sup> 因為，肥沃的學術土壤，不是熱鬧的學術研討會或短期出國考察可以速成取代，這需要長期時間的栽培與灌溉。尤其，制度的完善與健全的修法需要集合眾人的智慧，沒有深厚基礎學術的立法，可能導致法律應用上的極

## 貳、近程的改革

### 一、確立無罪推定原則

無罪推定原則是刑事訴訟法的鐵則，也是落實保障人權的最根本原則。在無罪推定的原則下，法官才可能細心推敲案情，特別是對於被告有利的事實加以注意。雖然，我們的刑訴法有「證據裁判原則」（刑事訴訟法第一百五十四條參照）的規定，但是，若能增訂「被告未經審判證明有罪前，推定其為無罪」的大原則於刑事訴訟法中<sup>4</sup>，法官的辦案態度將更需要

---

大困難。例如，最近通過（三月三十日）新增訂的刑法第一百八十五條之四的「駕駛動力交通工具肇事逃逸罪」，由於解釋學上所出現的許多問題，可能形成無法達到立法目的的結果，有關於此，詳細內容，可參照拙著「論刑法公共危險罪章的新增訂」一文。

<sup>3</sup> 我們可以觀察鄰國的日本實施當事人進行主義的結果當作借鏡。在訴訟實務的運作上，由於國民特性的緣故，僅形式上有當事人進行主義的軀殼，實質上卻缺乏當事人進行主義的辯論精神，大多數的案件仍以書面證據作為審判的對象，辯論只是行禮如儀，尤其，檢察官高達百分之九十九點八的起訴有罪維持率，更是所謂可以防止法官先入為主判斷的「起訴狀一本主義」的最大問題，在清楚得知日本實施起訴狀一本主義的實情後，我們真的不明白，為何有些學界及實務界人士，仍然將當事人進行主義或起訴狀一本主義奉為聖典？相同意見，可參照蔡碧玉著，「當事人進行主義不應該奉作信仰」。參照，<http://www.chinatimes.com.tw/news/papers/ctimes/cfocus/88040803.htm>。

<sup>4</sup> 無罪推定原則是「世界人權宣言第十一條第一項」及「聯合國公民及政治權利公約第十四條第二項」所揭示的重要基本權之一，必須將之落實於法規範與實務。

加以調整，如此，更可以保障被告的基本人權，實行法治國刑事程序的大原則。

## 二、檢察官與被告之席位對等

此項改革只涉及簡單的法庭布置，以及檢察官的工作習慣與態度，所以可以列為近程的改革措施。之所以必須如此改革，是因為依照刑事訴訟法的規定，當事人是指檢察官、自訴人與被告（刑事訴訟法第三條參照）。在公訴程序上，檢察官與被告既然同為當事人，就沒有位置上下之分，也可以去除被告的疑慮，認為法院與檢察官是一體的，法院會偏袒檢察官<sup>5</sup>。

## 三、自訴制度的改革

自訴制度的改革，可能影響的層面不會太廣，所以也可以當做近程的改革措施。自訴人在自訴程序上必須扮演檢察官的角色，自行蒐證，出庭陳述意見，這需要一些法律專業素養，所以自訴程序最好有律師的參與<sup>6</sup>。這會有助於法院真實的發

---

<sup>5</sup> 將檢察官同列為當事人的意義，應僅指偵查起訴後在審判程序中的地位而言，否則，檢察官代表國家行使刑罰權，國家為了達到刑事司法的功能，賦予檢察官傳喚、拘提、搜索、扣押等權限，檢察官與被告雖同屬訴訟上之主體，但其所處的法律地位迥然不同。其實，關於刑事被告地位的過於低劣，應該是在刑事程序中另謀解決之道，並非只在法律文字上將檢察官與被告同稱為當事人或將席位改為對等即可解決。參照林山田著，「別迷失在主義的叢林中」，台灣本土法學雜誌創刊號，一九九九年四月，六頁。

<sup>6</sup> 強行規定律師的參與，也必須有國家義務律師制度的配合，否則可能會又



現，並且加速訴訟程序的進行。其次，爲了避免被害人濫行自訴，應該限制得提出自訴的犯罪，這可以仿效德國刑事訴訟法的規定，原則上只對於輕罪才能自訴<sup>7</sup>。

#### 四、法院的判決儘快上網

法官代表全民的意思，對於案件加以審判。刑事案件多與社會公益有關，判決結果也常引起社會關懷。將判決書上網，可以讓有興趣的民眾隨時查閱，瞭解法院的判決意見。這不僅有助於法律教育的推廣，法院的判決意見也因而成爲可受公評的事項，法官的判決書也會更趨謹慎。

### 參、中程的改革

#### 一、加強檢察官的舉證責任

爲了保障嫌疑犯的人權及正確行使刑罰權，刑事訴訟法第一百六十一條規定，檢察官負有舉證責任。但是，長久以來都被認爲只是形式上的舉證，無法落實真正的舉證精神。所以，加強檢察官的舉證責任，使檢察官的舉證責任具體化<sup>8</sup>，才能

---

造成剝奪無資力人的自訴權。

<sup>7</sup> 依照德國刑事訴訟法第三百七十四條規定：得毋庸先向檢察官請求，由被害人提起自訴的案件限於：侵入住宅罪、侮辱罪、妨害書信秘密罪、傷害罪、恐嚇罪、毀損罪等輕微犯罪。參照，Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., 1998, § 61, Rn.5f.

<sup>8</sup> 本項制度可仿德國刑事訴訟法第二百零二條的立法例，將之規定於刑事訴訟法第一百六十一條第二項：「檢察官應就被告之犯罪事實，指出證明之