

D915.301/5

2002

國立臺灣大學法學叢書 136

當事人進行主義 之刑事訴訟

王兆鵬 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

當事人進行主義之刑事訴訟 / 王兆鵬著

--初版-- [臺北市]: 王兆鵬 出版:

元照總經銷, 2002 [民 91]

面; 公分,

ISBN 957-41-0617-9 (精裝) ISBN 957-41-0548-2 (平裝)

1. 刑事訴訟法

586.2

91016565

當事人進行主義之刑事訴訟

5D16GA

5D16PA

2002 年 10 月 初版第 1 刷

作 者 王兆鵬

出 版 者 王兆鵬

總 經 銷 元照出版有限公司

100 台北市館前路 18 號 5 樓

網 址 www.angle.com.tw

定 價 新臺幣 500 元 (精裝)

新臺幣 400 元 (平裝)

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 957-41-0617-9 (精裝)

ISBN 957-41-0548-2 (平裝)

序

二〇〇二年二月十二日，我國刑事訴訟改採「改良式」的英美當事人進行主義，我稱之為「刑事訴訟法的第二次革命」。

第一次革命係清末「禮」、「法」之爭，當時主張維持舊律倫理綱常的禮教派，與主張繼受西方立法的變法派，爭辯激烈迄清室滅亡仍未息。法制史學者黃源盛認為晚清十年的法制改革，超越之前的任何一個朝代，為數千年所未有。

百年後的臺灣，發生「職權主義」與「當事人進行主義」之論戰，報載司法院與法務部面臨對決，最後甚至必須勞動總統出面協調。刑事訴訟歷年修法以此次意見最分歧、爭執最激烈，造成的影響既深且遠，刑事訴訟法幾乎要全部改寫，我因此稱之為第二次革命。

由於是革命性的改變，大多數的實務人士不熟悉新法之運作與精神。因此，司法院及法務部邀請了學者專家（包括本人、臺北大學法律系崔汴生教授、臺灣高等法院法官林俊益、臺北地方法院檢察署公訴組主任檢察官張熙懷）在全國各地共舉辦十一場巡迴講習，聽講的法官、檢察官、律師人數高達二千五百多人，臺北地方法院得容納五百多人的大禮堂更是座無虛席。此種盛況空前的現象，顯示實務人士對此方面知識的渴求。本書論文有關當事人進行主義的配套措施，也因此應運而生。

許多人對英美審判制度有非常嚴重的誤解，將電視影集「洛城法網」與當事人進行主義劃上等號，直如誤認戲劇為真實。不論喜歡或厭惡「洛城法網」的人，都應該知道戲與人生不同，演

染與誇大是戲劇吸引觀眾的必要元素。一九九六年我回臺灣尋覓教職，在一所知名大學面試，記得有一位老師向我提出以下的問題：「我們是歐陸法系國家，你在英美法系國家取得博士學位，體系不同，你如何能教刑事訴訟法呢？」這是一個非常值得深思的問題。

英美刑事訴訟最值得借鏡的，應該不是什麼「主義」或體系，而是在刑事訴訟中，他們對人性有比較深刻的透視。只要是人，就可能濫權，就可能怠惰，就可能麻痺，就可能犯錯，上述任何一種情形，只要在刑事程序中發生過一次，對卑微的人民或平和的社會，都會造成無法彌補的傷痛。警察、檢察官、法官都有可能濫權犯錯，不相信任何一個「有權」的人，是英美刑事訴訟制度的上位概念。甚至對「無權」的「證人」，他們也處處防範，所以有「傳聞法則」，而且與證人「對質詰問」是刑事被告「憲法」上的基本人權（遲至民國八十四年，我國大法官會議始宣告「秘密證人」的法律違憲，對質詰問權為憲法上基本人權）。但在另一方面，有學者謂「全世界最公正客觀的公署」云云，在辭藻的堆砌與排列上是有可能的，然猶如晉惠帝不解「何不食肉糜」，是完全脫離刑事訴訟的現實世界。立基不同，對問題的看法即不可能相同，對於制度的設計，自然會有極大的差異。

本書收集的論文，多是基於以上的思想寫成，可幫助國人了解真正的當事人進行主義。首先，必須感謝前輩與好友驅逐我的怠惰，「逼」出我的論文。蔡墩銘老師囑我寫「法律審之上訴審理」、最高法院學術研討會邀我介紹美國法「共犯之陳述」、陳運財教授指定我寫「告訴乃論案件與強制處分」、林俊益教授給我「夜間搜索之准許」的靈感、顧立雄律師要我交出「刑事被告

取證權」的報告、其他如「起訴審查制」等大部分是被雜誌社擠出來的。「逾越搜索權之拘提」，構思甚久，一直想寫，是在教學與他人催稿的夾縫中，偷出時間完成的，是我最喜歡的一篇文章。

沒有助理，我的工作立即陷於停頓，也不會有這些文章。臺灣大學法律研究所學生謝宜雯、蘇夏曦、陳誌泓、謝煜偉、徐立信，聰敏勤奮，協助蒐尋資料，幫忙校正，也提供許多寶貴意見，特此致謝。無庸置疑，文責歸我。

王兆鵬

二〇〇二年九月二十三日

於臺大法律學院研究室

目 錄

序

第一章 臺灣刑事訴訟法制之回顧與前瞻

壹、前 言	1
貳、第二次革命—改職權主義為當事人進行主義	4
參、司法對人權保護之消極與積極	7
肆、檢察官的削權與重新定位	14
伍、證據排除法則之承認	16
陸、被告權利之新增與重視	18
柒、自白法律的精緻與不足	22
捌、屈服於司法資源的刑事訴訟	25
玖、被害者運動	26
拾、前瞻與結論	27

第二章 告訴乃論案件與強制處分 ——以經濟分析論

壹、導 論	31
貳、告訴乃論罪之性質及型態	34
參、分析模式	38
肆、傳喚及提出命令	41
伍、拘提逮捕	42

II 當事人進行主義之刑事訴訟

陸、搜索扣押.....	46
柒、羈押.....	50
捌、結論.....	53

第三章 逾越搜索權之拘提

壹、導論.....	57
貳、美國法之借鏡.....	62
一、住宅內逮捕.....	62
二、住宅與公共場所的區別.....	65
三、在第三人住宅逮捕.....	67
四、小結.....	70
參、我國法之檢討.....	72
一、理論基礎.....	72
二、依修法之沿革與精神解釋.....	75
三、對新法之詮釋與疑慮.....	78
四、在第三人住宅拘提.....	82
肆、結論.....	85

第四章 論夜間搜索之准許

壹、問題提出.....	87
貳、憲法解釋.....	88
參、法律解釋.....	91
肆、結論.....	94

第五章 臨檢法制

——從美國法論釋字第五三五號解釋

壹、臨檢與憲法.....	98
貳、臨檢權之發動門檻.....	100
參、臨檢得實施之行爲.....	106

第六章 臨檢與行政搜索

壹、導 論.....	113
貳、理論基礎.....	117
參、住宅檢查.....	123
一、衛生及安全檢查.....	123
二、火災檢查.....	124
三、福利檢查.....	127
四、保護管束.....	127
五、分析評論.....	128
肆、商業檢查.....	133
一、美國法參考.....	133
二、分析評論.....	137
伍、結 論.....	141

第七章 起訴審查

——與美國相關制度之比較研究

壹、導 論.....	145
貳、意義及性質.....	147

IV 當事人進行主義之刑事訴訟

一、美國法.....	147
二、我國法.....	155
參、審查標準.....	160
一、美國法.....	160
二、我國法.....	163
肆、審理程序.....	166
一、美國法.....	166
二、我國法.....	171
伍、駁回及救濟.....	175
一、美國法.....	175
二、我國法.....	177
陸、結 論.....	179

第八章 共犯之陳述 ——以美國法為借鏡

壹、導 論.....	183
貳、對質詰問權.....	187
參、審判中陳述.....	190
肆、審判外陳述.....	192
一、實體證據與彈劾證據.....	192
二、傳聞法則.....	194
三、先前不一致的陳述.....	195
四、先前的證詞.....	198
五、共謀者陳述.....	201
六、與對質詰問權關係.....	206

伍、合併審判與共犯之自白	210
一、合併審判與分別審判	210
二、合併審判之危險與救濟	212
三、自白之編寫	216
陸、結 論	218

第九章 刑事被告之取證權

——以美國法為借鏡

壹、導 論	226
貳、自行取得之證據	228
參、取得檢察官及政府機關之證據	232
一、檢察官揭示證據的憲法義務	232
二、證據開示	235
三、依法律保密之資料	237
四、秘密線民	238
肆、藉法院取得證據	240
一、證據保全與供述錄取	240
二、傳喚及命提出證物的權利	242
三、請求被指證	243
伍、妨礙被告取得證據	244
一、證人遣送出境	244
二、恐嚇辯方證人	244
三、政府疏於保全證據	245
陸、結 論	247

第十章 法律審之上訴審理

壹、導 論.....	251
貳、未提出視為放棄法則	257
一、明顯錯誤.....	260
二、分析評論.....	263
參、無害錯誤法則.....	265
一、判斷標準.....	269
二、分析評論.....	277
肆、憲法錯誤.....	282
一、無害或有害錯誤	282
二、當然發回的憲法錯誤	289
三、分析評論.....	295
伍、結 論.....	299
陸、圖示分析.....	303
 中文索引.....	 305
外文索引.....	311

第一章 刑事訴訟法之 回顧與前瞻

目 次

- 壹、導 論
- 貳、第二次革命——改職權主義為當事人進行主義
- 參、司法對人權保護之消極與積極
- 肆、檢察官的削權與重新定位
- 伍、證據排除法則之承認
- 陸、被告權利之新增與重視
- 柒、自白法律的精緻與不足
- 捌、屈服於司法資源的刑事訴訟
- 玖、被害者運動
- 拾、前瞻與結論

壹、導 論

臺灣刑事訴訟法應自何時起回顧？有認為應祖溯至清末之變法革新，有認為應自日本殖民臺灣期間起算。傳統上，學者皆認為光緒三十二年（一九〇六年）之「刑事民事訴訟法」草案，為中國法律史上第一個單行訴訟法，而宣統二年（一九一〇年）十二月之「刑事訴訟律」草案則為中國第一部刑事訴訟法草案，其後清室滅亡，民國二十四年（一九三五年）制訂之「中華民國刑

2 當事人進行主義之刑事訴訟

事訴訟法」為現行臺灣刑事訴訟法之前身。¹ 惟臺灣法律史學者則認為，第一部在臺灣施行的刑事訴訟法法典，是日本於一八九〇年制訂的「刑事訴訟法」，於一八九九年起透過律令形式於臺灣施行，² 至於上述一九三五年之「中華民國刑事訴訟法」，係二次大戰後於一九四五年十月二十五日起始在臺灣實施。³ 姑不論源起為何，一九三五年之「中華民國刑事訴訟法」為現行刑事訴訟法之前身，則為上述二學派的共同見解。上開「中華民國刑事訴訟法」於一九六七年全文修正，並更名為「刑事訴訟法」，臺灣法制史學者稱此為惟一在臺灣制訂的刑事訴訟法典。⁴

就法律之修改變動而言，早期之刑事訴訟法為十餘年不動之「沉寂」期，近年則為每年修訂之「活躍」期，最近一兩年甚至發生基本架構改變之「革命」期。在一九六七年後，除了於翌年修改兩個條文外，至一九八二年為止，刑事訴訟法十五年未作任何修正，非常沉寂。惟自一九九七年迄今，刑事訴訟法每年皆修，於一九九九年及二〇〇〇年甚至一年修法兩次，修法頻仍居各法之冠。二〇〇二年修改第一六三條，確定我國自「職權主義」改採「改良式當事人進行主義」，訴訟之架構發生徹底的改變，整部刑事訴訟法可能因此完全改寫，可稱為「革命」期的始端。

刑事訴訟法演化之動力，有源自於社會重大事件，也與「立

¹ 詳黃源盛，民國初期近代刑事訴訟的生成與開展——大理院關於刑事訴訟程序判決箋釋（一九一二至一九一四），第四七至四八頁（政大法學評論八十八年六月，第六十一期）；蔡墩銘，刑事訴訟法論，第一六至一七頁（八十八年，五南）

² 王泰升，臺灣法律史概論，頁二九〇（元照出版，二〇〇一年七月）。

³ 王泰升，同前註書，頁二九三。

⁴ 王泰升，同前註書，頁二九六。

法」及「司法」機關在民主化後，改扮積極角色有重大關聯。以社會事件言，震驚全國的王迎先命案，造成一九八二年修法，使犯罪嫌疑人於偵查中得選任辯護人、辯護人並得於訊問時在場。檢察官於二〇〇〇年搜索國會、媒體，立法委員自行提案修法，檢察官的搜索權因而喪失，展現「立法」機關之積極態度與社會重大事件之密切關聯。在一九九五年以後，則為「司法」機關秉持人權保障精神，積極審查刑事訴訟的新紀元，大法官會議於該年七月之第三八四號解釋，宣告對質詰問權為憲法上之基本人權，檢肅流氓條例違憲；同年十二月之第三九二號解釋，宣告刑事訴訟法之檢察官羈押權違憲。最高法院亦於一九九八年起，在判決中引用憲法條文，並先於立法機關承認「證據排除法則」（立法院遲至二〇〇一年始立法承認此一法則）。

回顧刑事訴訟之發展，本文擬採「紀事」體裁，而不採「編年」式。⁵ 本文論述之方式，以法律變動之「重要性」為主軸，而不依修法之先後。既然以「重要性」為主臬，主觀之偏私在所難免，以下論述乃依重要性之順序排列。

⁵ 其他刑事訴訟法回顧與前瞻之論文，請詳陳運財，刑事訴訟之回顧與展望，月旦法學雜誌第四十五期，第二〇至三三頁（一九九九年二月）；張麗卿，刑事訴訟百年回顧與前瞻，月旦法學雜誌第七十五期，第四一至五九頁（二〇〇一年八月）。

貳、第二次革命——改職權主義 為當事人進行主義

本文界定的第一次刑事訴訟法革命，係於清光緒三十二年（一九〇六年），由「刑事民事訴訟法」草案揭開序幕。當時主張維持舊律倫理綱常的禮教派，與主張繼受西方立法的變法派，爭辯激烈迄清室滅亡仍未息。法制史學界認為晚清十年的法制改革，超越之前的任何一個帝國，為數千年所未有。⁶

第二次革命則為「職權主義」與「當事人進行主義」之論戰，⁷ 發生在「禮」「法」之爭約百年後。此次亦是兩派人士相持不下，迄二〇〇二年二月修法確定改採當事人進行主義後，⁸ 始稍告歇息。因為意見之分歧、爭執之激烈，係晚清以後所未有，且所造成的影響極為深遠，超越之前任何一次的法律變動，本文因此稱之為第二次革命。⁹

⁶ 黃源盛，大清新刑律禮法爭議的歷史與時代意義，刊於「中國法制現代化的回顧與前瞻」，中國法制史學會編輯，第二三至三五頁（臺灣大學法學院出版，一九九三年六月）。

⁷ 相關爭辯，請詳王兆鵬，搜索扣押與刑事被告的憲法權利，第十二章「當事人進行主義爭辯之評議」（臺大法學叢書第一二四號，二〇〇〇年九月，翰蘆）（以下簡稱「搜索扣押書」）。

⁸ 新法第一六三條第二項：「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」粗黑部分為新增條文。

⁹ 司法院與法務部對是否應採取「當事人進行主義」，有不同見解，報載已到對決的程度（如中國時報九十年十二月十九日，第二版「刑訴法修正案，面臨朝野對決」），最後甚至必須勞動總統出面協調二院解決（中國時報九十

事實上，遠在光緒三十二年（一九〇六年），當事人進行主義與職權主義之戰即已開啓。沈家本及伍庭芳等當時所擬之「刑事民事訴訟法」草案爲中國第一個單行訴訟法，所採用的審判方式即爲英美之當事人進行主義和交互詢問。但因爲以張之洞爲首的禮教派人士反對，未予公布即宣告作廢。四年後（宣統二年，一九一〇年）之「大清刑事訴訟律」草案爲中國第一部刑事訴訟法草案，轉而改採大陸法系之職權主義，法官就有罪與否，應調查一切必要事證，奠定了之後法律與大陸法系密不可分的關係，影響後世百年¹⁰。

一九六七年修法，雖曾引進如檢察官舉證責任（第一六一條）、交互詰問（第一六六條）等「當事人進行主義精神」，但對實務並未產生太大的影響或改變。除立法機關外，司法機關亦有意改採當事人進行主義，自民國八十年（一九九一年）起不斷實驗，如該年於基隆地方法院試辦「起訴狀一本主義」制度、八十七（一九九八）年七月一日在板橋地方法院試辦「當事人進行主義精神」之刑事訴訟，但成效有限，無法突破重重難關。至一九九九年，最高法院學術研究會仍批評我國審判實務爲「糾問化、

年十二月二十五日，第六版「化解刑訴修法爭議，張俊雄翁岳生將會商」）。反對當事人進行主義聲浪極大，如報載高雄地檢署連署反對（臺灣時報九十年十二月二十六日，第一版）。

¹⁰ 詳陳光中主編，刑事訴訟法學（新編），頁二二（中國政法大學出版，一九九六年）。

在本文完成後，法律史學者王泰升指正：沈家本等當時對當事人進行主義或職權主義，並沒有認真的思考。只因爲主事者伍庭芳本身是英國律師，因爲其「留英」背景才會擬議當事人進行主義。而沈家本與禮教派間的爭議，是「無夫姦」應否處罰等問題，不及於此兩主義之爭。