

⑩ 輯選文論學法

輯選文論法訟訴事刑

編主 生 樸 陳

法學論文選輯 ⑩
刑事訴訟法論文選輯

中華民國73年 7月初版

總主編 鄭 玉 波
主 編 陳 樸 生
發行人 楊 榮 川

發行所 五南圖書出版公司
局 版 臺 業 字 第 0598 號
臺 北 市 銅 山 街 1~1 號
電 話：3916542 號
郵政劃撥：106895 號
印刷所 茂 榮 印 刷 廠

基本定價：精裝 6.67 元
平裝 5.56 元

(本書如有缺頁或倒裝，本公司負責換新)

法學論文選輯

凡 例

一、本選輯旨在提供司法界、律師界以及從事法學研究者，進一步深入研究參考之用。尤可作為各大學法律系、所學生研修各法之補充教材。

二、本選輯收錄之論文，始自民國三十八年，以迄民國七十二年止。舉凡發表於國內著名之法學期刊中之法學論著，富於學術參考價值者，均在蒐羅之列。至於非法學期刊中之法學論著，若其內容翔實、見解精闢，確有參考價值者，亦予輯入，以免遺珠之憾。

三、本選輯係依下列標準，選其重要而有價值之法學論文，加以輯成：

1. 對向來之法學論爭點，提出精闢獨到之見解者。
 2. 發掘法律新問題，加以探討分析而有創見者。
 3. 分析闡述現行法之規定，而內容新穎，鞭辟入裏，深得法律真義者。
 4. 介紹外國立法例或判解、學說，而有助於本國法律問題之解決者。
- 四、本選輯依法律別編輯成冊，共計十一種，每種書名如下：

1. 民法總則論文選輯（上、下）；
2. 民法債編論文選輯（上、下）；

3. 民法物權論文選輯（上、下）；
 4. 民法親屬·繼承論文選輯；
 5. 商事法論文選輯（上、下）；
 6. 民事訴訟法論文選輯（上、下）；
 7. 強制執行法·破產法論文選輯；
 8. 刑法總則論文選輯（上、下）；
 9. 刑法分則論文選輯（上、下）；
 10. 刑事訴訟法論文選輯；
 11. 國際私法論文選輯。
- 五、本選輯論文之編排，按其探討主題，依各法之編章次第、法條順序，列其先後，不考慮論文發表時間，以利讀者之研究，並便理論系統之建構。
- 六、本選輯所收論文中，其所引用之法令條文，間或已有修正者，爲了保存原文面貌，在編排時一仍其舊，不加更動。
- 七、本選輯於每篇論文文末，均註明該論文出處，發表之年、月以及期刊之卷、期，俾便讀者查考，並示不敢掠美之意。
- 八、本選輯所收之論文作者中，有現任司法院大法官，有在各大學法律系、所擔任教席，有從事司法審判工作，亦有從事律師業務者，均爲研究斯學之學者專家，爲使讀者讀其文而得識其人起見，

遂於每篇論文之後附上「作者簡介」，對該文作者之學經歷及現職，略作介紹，藉此可知各學者專家之學術有所專精，或可供讀者進一步研究之參考。

九、本選輯所收論文，除已故及旅居國外者外，均已獲得原作者之同意准予刊載，部分作者甚至就原論文再作潤飾或修訂，在此謹誌謝忱。至於少數作者或用筆名發表，或因地址異動等因素以致無法取得連繫，在此深表歉意。

十、本選輯各冊之後附錄各該法重要論文索引，舉凡登載於法學專業期刊之論文均在網羅之列，編成索引，以供參考。

刑事訴訟法論文選輯

編輯說明

刑事訴訟之目的，在於發現實體的真實，使刑法得以正確適用，以維護社會之安全；但為達成此項目的，應否循法定程序，遵守其程序的公正，以保障個人之自由，立法例因其重點之不同而異其基礎。大陸法系，係採糾問制度，重在實體的真實。適法國革命後，改採訴訟制度，德國學者稱之為改革刑事訴訟，與彈劾制度同，亦以訴之存在為前提；惟其審判程序，仍本職權主義之理論，採糾問模式，與英美法之基於當事人主義，採彈劾（論事）模式者有別，前者重其目的，而後者則重其手段，難免各有所偏。乃近今立法例莫不趨向於求其調和，此觀之戰後日本刑事訴訟法，亦受英美法之影響，改採論事模式，但仍以職權主義為其背景，我國修正後之刑事訴訟法，亦仍以糾問模式為其基礎，亦兼採當事人主義之精神可見。

刑事訴訟法論其本質言，係屬程序法之一種，固貴在實用；惟我現行法之規定，仍偏向

於實體的真實，如何使其程序益臻公正，自有待於推求。我國學者似亦本此趨向，加以深刻研究，不乏獨到之見解，於法律之運用貢獻甚大。惟訴訟程序宜為如何之訂正，益及適合時代之需求，如何本刑事法理論之趨向，奠定其基本原則，使程序法之實用更見合理、適正，均有賴於學者之探討。三十年來我國學者關於本法之研究，已極具成果。本編因限於篇幅，僅能就其全面，本其數篇為例，以提高深入研究之興趣。

主編人 陳樸生 謹識

刑事訴訟法論文選輯 目錄

總序

凡例

編輯說明

1 刑事訴訟法應予改變之規定	蔡墩銘	〇〇一
2 刑事訴訟程序之基本原則	林山田	〇一四
3 論刑事訴訟之當事人能力與當事人地位	楊大器	〇四七
4 論刑事訴訟法偵查中得選任辯護人及司法警察約談與緊急拘提權之修訂	褚劍鴻	〇五五
5 刑事訴訟行為之基礎理論	曹鴻蘭	〇七九
I 刑事訴訟行為之效力	曹鴻蘭	〇七九
II 判決以外之訴訟行為之效力	曹鴻蘭	一一八
III 判決以外訴訟行為的無效之型態與其治療	曹鴻蘭	一四七
6 刑事訴訟法上有關期間之實用問題	孫繼新	一七〇

7 羈押與羈押期間·····	陳懷生·····	一八〇
8 刑事訴訟法新增的證據法則之理論與實用·····	李學燈·····	二〇七
9 論違法搜索扣押證據之排除·····	法治斌·····	二三六
10 論告訴人爲證人時應否具結·····	孫德耕·····	二九〇
11 論刑事判決之無效·····	史尙寬·····	二九七
12 配偶告訴權·····	陳樸生·····	三一〇
13 論刑事訴訟法上不利變更禁止之原則·····	李聖隆·····	三一九
14 上訴於第三審法院之理由·····	胡開誠·····	三三八
15 刑事再審證據之特性·····	劉紹猷·····	三五〇
16 刑事判決聲請再審之期間·····	胡開誠·····	三六六
17 刑事再審之理論·····	劉紹猷·····	三七七
18 附帶民事訴訟案件之處理·····	林榮耀·····	三九八
論文索引		

1 刑事訴訟法應予改變之規定

蔡墩銘

壹、前言

時至今日，刑罰權之行使已完全歸於國家，是以法院代表國家向犯人諭知刑罰時，必須依據法定程序，以免害及人權，而規定此項程序之法規即係刑事訴訟法。由於刑事訴訟法之規定與人民是否受國家之處罰關係重大，是以國家要求實現刑事訴訟程序之公務員嚴格遵守刑事訴訟法，否則法院非依法定程序所為之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之（憲法第八條第一項後段）。刑事訴訟法既須絕對予以遵守，則其規定自應力求完備合理，但事實不然，在現行之刑事訴訟法條文仍不免出現若干缺失，有待改正。

按刑事訴訟法所規定之條文必須符合實用，如在適用時頗感窒碍難行、有欠明確、有失周詳或極其不公平時，則允宜予以改變。尤其於刑事訴訟法修正之際，應趁機予以變更，使其成為理想之法律。

即最高法院指定管轄，除該案件合於不能依刑事訴訟法第五條之規定定其管轄法院外，仍須以具有第九條第一項所列各款情形之一，爲其要件（最高法院三一年聲字第二九號裁定）。是項見解似頗符合法律之規定，但却使國外犯罪之管轄法院，無法經由最高法院之指定予以解決。

鑒於國外犯罪有愈來愈增加之趨勢，而對其審判不能無初審管轄法院，是以吾人認爲有必要改變第九條第二項之規定，即將其前段改爲：「案件不能依前項或第五條之規定」以應需要，使最高法院有權就國外犯罪案件指定管轄法院，以避免無法院可以管轄之困難。至最高法院對於管轄爭議，本有權予以裁定，毋庸法律特別規定（註一）。

叁、推事迴避規定

刑事訴訟法第十七條所規定之推事自行迴避事由，乃避免國家機關之法院，因與其所裁判之案件具有特殊關係，而爲不公平之裁判。因之，法院如與一定刑事案件有特殊關係存在時，應自行迴避審判職務之執行，以維持法院之公平性。

惟茲所謂特殊關係，就第十七條所列八款事由以觀，實可分爲二類，即（一）爲職務外之特殊關係（第一款至第五款）。（二）爲職務上之特殊關係（第六款至第八款）。職務外之特殊關係乃鑒於推事與被告或被害人存有某種利害關係，如仍由其裁判，可能產生特別有利或不利於被告或被害人之結果，故應使推事迴避。職務上之特殊關係乃因推事曾經處理同一案件，如仍由其裁判，不免固守成見，致其

〔1〕刑事訴訟法應予改變之規定：三。

所爲之裁判，始終如一，是以爲排除成見而避免其再參與審判。

按刑事訴訟法爲推事自行迴避而規定之八款事由，大致上尙屬合理，但如細爲檢討，則其第八款之推事曾參與前審之裁判，其規定之妥當性不無問題。蓋依流行之見解，條文所謂前審，僅指下級審而言，是以祇有在下級審參與審判之推事，始有迴避之必要，倘所參與者爲同一審級之審判，如再審之推事參與本案確定前之裁判，或參與少年刑事案件審判之推事，曾經在少年法庭審理同一案件，而將其移送於有管轄權之法院審判，則因未參與下級審之審判，故均無妨再對於同一案件參與審判，毋庸迴避。

然而站在前述預防偏見之觀點而言，祇要所參與者爲同一案件之裁判，無論其爲下級審或再審之前審抑或少年刑事案件之前審均應促使推事迴避爲宜。關於此點西德刑事訴訟法之規避可供參考。

西德刑事訴訟法第二三條第二項規定：推事對其曾參與之裁判而提起再審之案件，依法不得再參與再審程序之裁判。如再審案件在上級審提起者，其在下級審曾參與裁判之推事，依法不得參與裁判。

爲使推事迴避事由趨於合理，刑事訴訟法第十七條第八款宜規定爲推事曾參與下級審或前審之裁判者，以期周延。

肆、辯護人接見交通規定

不容諱言，辯護人保護被告正當之權利，如非屬於被告正當之權利，則辯護人實無予以保護之必要，此無論其為選任或指定辯護人，皆無不同。例如律師不得代當事人為顯無理由之起訴、上訴或抗告（律師法第三五條），又如辯護人亦不得唆使被告為虛偽之供述或自白（註二）。至於辯護人倘替被告湮滅、偽造或變造證據，抑或教唆共犯或證人偽證，更為法所不許（刑法第一六五條、第一六八條）。

一般而言，大多數之辯護人頗知自愛，具有強烈之社會責任感，是以對於有害於法院發見真實之行爲，當不至於隨便實施或促使被告實施。然而刑事訴訟法為預防辯護人對於被告為不當協助，遂對於辯護人與在押被告之接見交通權，在法律上予以限制，此即見於刑事訴訟法第三四條，曰：「辯護人得接見羈押之被告，並互通書信。但有事實足認其有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞者，得限制之。」

惟辯護人與在押被告之接見交通權，至為重要。易言之，在押被告防禦之準備，有關情報之蒐集或獲得，在在需要與辯護人互相連絡溝通。一旦辯護人與在押被告之接見交通權遭受禁止或次數之限制，將使在押被告與辯護人之連繫斷絕或阻隔，對於被告必引起極其不利之後果，而辯護人自亦無法保護被告正當之權利。

辯護人與在押被告接見交通權，既如此重要，則法律有予以尊重之必要。假如辯護人有濫用其所具有此項權利之虞時，亦祇能採監視、監聽或檢查書信之措施（羈押法第二三條與第二八條），而不應在法律上規定其權利應受限制（註三）。

五、拘提被告寄押之規定

司法警察或司法警察官於必要時，得於管轄區域外執行拘提（刑事訴訟法第八一條）。司法警察官員在管轄區域外拘獲被告者，固應將其解送於指定之處所，惟如指定之處所離拘獲被告之地點，路途遙遠，則應如何處理，依刑事訴訟法第九一條：「拘提或因通緝逮捕之被告，應即解送指定之處所；如三日內不能達到指定之處所者，應先行解送較近之法院，訊問其人有無錯誤。」但法律對於訊問其人已無錯誤時，應如何對待拘提之被告，却未進一步予以規定。依常理而言，如判斷其人爲所要拘提之被告，自應繼續解送至指定之處所，但因距離太遠，一時無法到達，中間必須住宿時，對於拘提被告之處遇，因其涉及被告身體之自由，實應在法律上予以規定，以資遵循。

關於此點，日本刑事訴訟法第七四條規定：「護送受拘票或押票執行之被告，有必要時，得將其留置於最近之監獄。」依此規定，遇應解送之指定處所，路途遙遠，即可在途中，將被告寄押於最近之監獄，以免被告趁隙逃逸，實不失爲妥適之規定。

我國刑事訴訟法對於拘提被告之寄押却別無規定，於是遇拘提或借提而路遠時，司法警察人員

將被告帶進一般旅館住宿或休息，以致被告脫逃事件時有所聞。倘能在刑事訴訟法設與日本刑事訴訟法第七四條相類似之條文，以供拘提或借提執行之依據對於脫逃事件之防止，不無效用。果爾，則刑事訴訟法第九一條似應作如下之修正：「拘提或因通緝逮捕之被告，應即解送指定之處所；如三日內不能達到指定之處所者，應先行解送較近之法院訊問其人有無錯誤。如其人無誤者，途中得將其寄押於法院之看守所。」

陸、保釋被告限制住居之規定

具保乃命被告提出保證書，並指定相當之保證金額，以促被告獲得釋放後，隨傳隨到，如逃匿即徵收保證金，或已繳之保證金被沒入，即以有能遭受保證金喪失之危險，以強制被告到案之制度。然而保釋僅使逃匿之被告失去金錢，其不注重金錢而注重自由之被告，每於具保停止羈押後，即告逃匿，對於刑事程序之進行，頗有妨礙。

爲防止保釋被告隨便逃匿，僅以喪失保證金，促使被告到案實有不足，即除此之外，似可再對其行動自由予以限制，在雙管齊下之情況，方可確保被告到案。基此考慮，對於保釋之被告似應再對其限制住居，以便就地監視，防止其離開原來之住居所在地逃亡。

刑事訴訟法第一一六條規定，對於限制住居之規定，僅用以代替具保，即在具保不能時，始命爲限制住居。事實上限制住居亦可與具保並用，即一方面爲具保，另一方面命爲限制住居，以彌補具保

促使被告到案效力之不足。倘認為有此必要，則刑事訴訟法第一一六條即可作以下之修正：「羈押之被告得不命具保而限制住居，但有必要時，亦得命具保及限制住居，停止羈押。」

柒、命令扣押物緊急處分規定

為保全證據物件或沒收物執行之目的，以取得物之占有而實施之處分，稱為扣押。雖扣押物之中亦有可以沒收者，但在尚未宣告沒收之前，國家尚未取得其所有權，是以扣押物之所有權，無論其為證據物或得沒收物，均屬於私人。

然而屬於私人所有之扣押物，一旦由國家機關取得占有之後，可否對之再作進一步之處分。關於此點，我國刑事訴訟法規定可為下列五種處分：(一)為防其喪失或毀損而為適當之處置（第一四〇條第一項）。(二)命為看守或保管（第一四〇條第二項）。(三)毀棄（第一四〇條第三項）。(四)拍賣保管其價金（第一四一條）。(五)發還或暫行發還（第一四二條）。

對於我國刑事訴訟法所規定之處分，值得注意者，除對於發還有命令者之規定外，即扣押物若無留存之必要者，不待案件終結，應以法院之裁定或檢察官命令發還之（刑事訴訟法第一四二條第一項前段），對於其他處分，別無命令者之規定。鑒於毀棄或拍賣，影響扣押物所有人之權益至鉅，以明示命令者為何人較妥（註四）。吾人認為仍與發還處分之情形同，規定上述之處分應由法院之裁定或檢察官命令為之，司法警察官員不得為處分之命令（註五）。

判決處刑。但有必要時，應於處刑前訊問被告。」此為我國刑事訴訟法就簡易程序而為之規定，而依此規定，此一程序可以不經言詞審理而為判決。

對於罪證確鑿，被告對之不再予以爭執之案件，雖可不經言詞辯論，但必須限於輕微案件，且仍訊問到場被告，使其獲得答辯之機會。職此，簡易程序之訊問被告，不應祇限於必要時，即任何情形，苟非經過訊問被告，不可處刑，但被告經合法傳喚，無正當理由不到場者，始可不經訊問而予以處刑。何以被告必須經訊問之後，方得予以處刑，乃在於避免被告在毫無所知之情形下受處刑判決。蓋此吾人認為刑事訴訟法第四四九條但書所示「有必要時」之用語應屬。

拾貳、結語

在法治主義國家，刑事訴訟程序之運作，必須依法律為依據，然而刑事訴訟法對於刑事訴訟程序而為之規定，要非絕對正確，萬無一失，其中亦有不少屬於矛盾、不合理或有問題之規定，有待改正。本文所檢討之各項問題，祇不過是其中之一部分而已，相信仍有其他不當規定，有待在刑事訴訟法修正時予以變更。希望我國刑事訴訟法學者多多指出此種規定，提供刑事訴訟法修正時之參考，以期此次刑事訴訟法之修正，盡善盡美。

【附註】