

程序正義之理念 (二)

學術專論

黃翰義 著



元照

程序正義之

本書編排之方式，係一系列針對刑事訴訟制度之實然與應然，進行提綱挈領之闡述，對於重要之概念，使用簡明之圖例，使讀者更能清楚掌握理論與概念之精髓。本書係闡明偵查程序與審理程序在理論與實務運作之過程，應如何透過程序正義之導向，讓刑事訴訟制度在變革之過程中，真正彰顯其在本然面上應有之意義。

本系列之叢書（二），係以證據法與特別訴訟程序為中心。就證據法部分，重新建構刑事證據體系，針對供述證據與非供述證據之異同進行討論，在「逮捕與權利告知」及「善意例外原則」之議題中，引介美國聯邦最高法院之見解與我國最高法院之判決相互比較，確立證據與事實心證應適用之準則，並就我國近年來實施之交互詰問制度進行理論上之探討；另外，就特別訴訟程序部分，則以簡易訴訟程序、認罪協商程序、事後審之上訴程序為探討之重點，期使讀者更易於理解特別訴訟程序在我國刑事訴訟法上之功能。

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

www.lawdata.com.tw

ISBN 978-966-255-073-1



9 789862 550731



1D170PA

定價：520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

程序正義之理念(二)

黃翰義 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

程序正義之理念／黃翰義著． -- 初版． -- 臺北市：元照， 2010.09-

冊； 公分

ISBN 978-986-255-071-7（第 1 冊：平裝）. --

ISBN 978-986-255-073-1（第 2 冊：平裝）. --

ISBN 978-986-255-083-0（第 3 冊：平裝）

1. 審判 2. 訴訟程序

586.5

99015212

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

程序正義之理念(二)

1D170PA

2010 年 10 月 初版第 1 刷

作 者 黃翰義
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
定 價 新臺幣 520 元
專 線 (02)2375-6688
傳 真 (02)2370-3286
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 978-986-255-073-1

自序

正義向來是一個相當抽象之概念，正義如何落實到程序上，更常為法哲學家所論述之課題。本書使用「程序正義」之用語為名，是一種相當大膽之嘗試，主要之用意在於凸顯刑事訴訟制度中，惟有依循憲法所架構之正義理念，才能讓人民獲得足以保障其訴訟基本權之地位，也惟有藉由程序法定之原則、以程序正義為基礎之刑事訴訟法，始能避免人民受到國家公權力之侵害；因為刑事訴訟法所追求者，並非絕對之真實，而是符合法定程序下所發現之真實，也惟有符合法定程序下所發現之真實，才是訴訟理念之核心。

關於本書之閱讀方法，筆者建議讀者在閱讀前，可將本書劃歸為二大體系——「證據制度」（逮捕與權利告知、證據裁判與證據心證、善意例外原則、證人法則之適用程序、主詰問、反詰問、覆主詰問、覆反詰問）及「特別訴訟程序」（簡易訴訟程序、認罪協商制度、事後審之上訴制度、合併上訴與管轄），就此二大體系應具備如何之要件，始能符合程序正義之理念，進行論理上之思考。事實上，閱讀是一種讀者藉由文字敘述與自我價值體系之內省，而與作者間之對話，如果在閱讀之過程中，發現自己之價值判斷與作者心有靈犀，是一種樂趣；如果在閱讀之過程中，能創設出與作者不同之理念、不同之價值判斷，當然更是一種樂趣。因為價值判斷之取捨，本來就沒有對錯之可言，筆者之思維，當然也只是眾多見解中的其中一種。但是，在閱讀之過程中，若讀者可以藉由自我思維的巡禮——「見山是山、見水是水」；「見山不是山、見水不是

水」，最後再回到「見山是山、見水是水」之境界，那麼，我們可以發現，閱讀不再是為了考試，也不是一種痛苦的過程，而真的可以是一種樂趣。

人生在世，難免有些時候不能盡如人意，甚至，在很多時候，我們根本無法掌握。我們所能盡力做到的，就是在這個虛無飄渺、如夢似幻的世界裡，體會出一些值得堅持的信念，然後，秉持著這樣的信念，執著而且努力地走下去。在撰寫及校對本系列叢書之過程中，感謝內人淑珮悉心照顧士倫及士銘，讓我無後顧之憂；而士倫及士銘的純真笑容，每每在我心思枯竭的時候，帶給我湧泉般的喜樂，讓我覺得人生還有存在之意義。也許，孩子才是我的心靈導師吧！什麼樣的幸福，才能比得上與孩子相處在一起的時光呢？

最後，感謝恩師中正大學法律系柯耀程教授在人生旅途上給我的啟發，我會永遠記得他的教誨；淡江大學日文系蕭碧盞教授，以及我的另一位恩師吉浦幸枝教授，在我的語文造詣上，亦給我許多深刻的體會；沒有他們的協助，就沒有今日的我。

謹以本書，向他們致上最誠摯之謝意。

黃翰義

2010年8月

臺南法官宿舍

目 錄

自 序

第一章 逮捕與權利告知

第一節 前 言	1
第二節 逮捕之要件與權利告知之內涵	2
第三節 比較法上違法逮捕之案例介紹	13
第四節 我國實務上違法逮捕之案例檢討 ——評臺灣高等法院臺南分院九十三年度上訴字 第七〇三號刑事判決	43
第五節 結 語	54

第二章 證據裁判與證據心證

第一節 前 言	57
第二節 自由心證主義之廢止	58
第三節 證據裁判主義下之證據心證	71
第四節 證據裁判與證據心證之立法芻議	119
第五節 結 語	126

第三章 善意例外原則

第一節 前 言	127
第二節 證據排除法則之沿革及其理論	128
第三節 美國法上善意例外原則之介紹	140
第四節 證據排除法則（及其例外）之定性	153

第五節	我國實務上善意例外原則之案例檢討.....	157
-----	-----------------------	-----

第六節	結語.....	165
-----	---------	-----

第四章 簡易訴訟程序

第一節	前言.....	167
-----	---------	-----

第二節	簡易訴訟程序之實務上運作.....	168
-----	-------------------	-----

第三節	簡易訴訟程序理論上之檢討.....	176
-----	-------------------	-----

第五章 認罪協商制度

第一節	前言.....	187
-----	---------	-----

第二節	比較法上之認罪協商——比較研究.....	188
-----	----------------------	-----

第三節	認罪協商制度之內涵.....	191
-----	----------------	-----

第四節	我國法制上關於認罪協商之疑慮.....	197
-----	---------------------	-----

第五節	代結論——認罪協商之解釋及修法.....	204
-----	----------------------	-----

第六章 事後審之上訴制度

第一節	前言.....	209
-----	---------	-----

第二節	我國覆審制之現狀與事後審上訴制度.....	210
-----	-----------------------	-----

第三節	事後審上訴制度之建立.....	229
-----	-----------------	-----

第四節	採行事後審上訴制度之理由.....	233
-----	-------------------	-----

第五節	代結論——事後審上訴之刑事政策參考.....	237
-----	------------------------	-----

第七章 合併上訴與管轄

第一節	前言.....	241
-----	---------	-----

第二節	智慧財產案件之管轄與上訴.....	242
-----	-------------------	-----

第三節	智慧財產案件之管轄與合併上訴之實務探討 ——評臺灣最高法院九十八年智慧財產法律座談會 第三號提案.....	252
-----	---	-----

第四節	結語.....	268
-----	---------	-----

第八章 證人法則之適用程序

第一節	前 言	271
第二節	釋明程序	272
第三節	對質程序	293
第四節	證人具結程序.....	308
第五節	結 語	314

第九章 主詰問程序

第一節	前 言	317
第二節	主詰問之性質.....	318
第三節	主詰問之主體.....	325
第四節	主詰問之範圍.....	334
第五節	發現反向事實之主詰問.....	348
第六節	主詰問之限制.....	352
第七節	主詰問程序之修法建議.....	373
第八節	結 語	376

第十章 反詰問之程序

第一節	前 言	377
第二節	反詰問之性質.....	378
第三節	反詰問之主體.....	385
第四節	反詰問之範圍.....	387
第五節	反詰問之限制.....	407
第六節	詰問之交錯	419
第七節	反詰問程序之修法建議.....	427
第八節	結 語	429

第十一章 論覆主詰問之程序

第一節	前 言	431
第二節	覆主詰問之性質.....	432
第三節	覆主詰問之主體.....	437
第四節	覆主詰問之範圍.....	438
第五節	覆主詰問之限制.....	448
第六節	覆主詰問程序之修法建議.....	450
第七節	結 語	452

第十二章 覆反詰問之程序

第一節	前 言	453
第二節	覆反詰問之性質.....	454
第三節	覆反詰問之主體.....	460
第四節	覆反詰問之範圍.....	461
第五節	覆反詰問之限制.....	472
第六節	覆反詰問程序之修法建議.....	474
第七節	結 語	476

第一章

逮捕與權利告知

第一節 前言

按米蘭達法則原係本於美國憲法第五修正案關於被告不自證己罪之規定，在一九六六年之Miranda v. Arizona案件中，經聯邦最高法院之大法官合議，以五比四票之差，認為警察於詢問被告Miranda時，未告知其憲法上之權利，判決被告Miranda無罪，因而影響美國之判決長達近半個世紀¹。三十一年後，我國刑事訴訟法第九十五條於民國八十六年十二月十二日經立法院修正通過，並於同年月十九日經總統以華總義字第八六〇〇二七二五九〇號令公布²，正式將權利告知之事項，明文制定於刑事訴訟法內。而隨著我國刑事訴訟法逐漸轉形為當事人進行主義，參以實務上在逮捕、搜索等不同偵查作為下所衍生與權利告知義務之問題，亦層出不窮，例如：違法逮捕後為權利告知而自白，該自白是否有證據能力？逮捕後為權利告知而同意搜索，此一「同意搜索」有無「毒樹果實理論」之適用？權利告知有無阻斷「違法逮捕」之效力，而屬於「獨立來源」（independent source）？均值得進一步探討³。本文爰從理論上之觀點，闡述逮捕與權利告知義務之內

¹ 該案多數意見由大法官Warren主筆撰寫共同意見書；而反對多數意見者，為大法官White、Harlan及Stewart，渠等除亦共同提出不同意見書外，大法官Clark則另行提出不同意見書，表達其對於多數意見之質疑，參閱：Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966).

² 總統府公報，一九九六年十二月十九日，第六一九三期。

³ 我國歷史上亦有逮捕之制度，唐捕亡令規定：「有盜賊及被傷殺者，即告

2 程序正義之理念(二)

涵，另外，衡諸比較法上對於「違法逮捕犯罪嫌疑人所取得之衍生證據」與「權利告知義務」之問題，有頗為豐富之具體案例可資比較，本文爰另從美國法及日本法案例之角度，檢討我國實務判決中所闡述「違法取得之衍生證據」與「權利告知義務」間之關係，期收拋磚引玉之效。

第二節 逮捕之要件與權利告知之內涵

一、現行犯逮捕之要件⁴

按「逮捕」(Arrest; Festnahme)，係使用強制力，限制被逮捕人短暫之行動自由，並即解送至有權偵查或審判犯罪職務之輔助偵查機關、偵查機關或司法審判機關之對人的強制處分，為不要式、無預警之行爲。我國刑事訴訟法第八十八條規定：「現行犯，不問何人得逕行逮捕之。犯罪在實施中或實施後即時發覺者，為現行犯。有左列情形之一者，以現行犯論：一、被追呼為

隨近官司、村、坊、屯、驛。聞、告之處，率隨近軍人及夫，從發處追捕」。囚、征人、防人、流人、移鄉人逃亡時，亦同，而追捕，亦移亡者家居所屬及亡處比州、比縣（即協緝、通緝）。唐律就追捕將吏之失職、道路行人及鄰里之不協助，均加以處罰。又被毆折傷以上、盜及強姦，雖傍人皆得捕繫；餘犯則否。將吏追捕，定有期限。清制則以：捕官、捕役及汛兵，負責捕罪人；官司差人持票拘捕。清律亦規定其失職，且規定追捕期限。罪人脫逃管外地方時，即移請鄰州縣協緝；或移請各州縣，又詳明督撫，轉飭各該屬州縣通緝，戴炎輝，中國法制史，三民書局，一九六六年六月初版，第一六六頁。

⁴ 逮捕並非僅限於現行犯，依刑事訴訟法第八十七條第一項及第二項之規定，對於經通緝之被告，亦得予以逮捕。惟通緝犯僅限於檢察官、司法警察（官）或利害關係人始得逮捕之，與現行犯逮捕之人無實施主體的範圍限制不同。另外，刑事訴訟法第八十八條之一，學說上認為與一般拘提及逕行拘提有別，宜稱之為「緊急逮捕」較為妥適，林鈺雄，刑事訴訟法（上冊）——總論編，自版，二〇〇七年九月第五版第一刷，第三二七頁。

犯罪人者。二、因持有兇器、贓物或其他物件、或於身體、衣服等處露有犯罪痕跡，顯可疑為犯罪人者」。茲將現行犯逮捕之要件說明如下：

(一)實施之主體

按本條第一項既規定不問何人得逕行逮捕之，任何人無待任何機關之命令，亦無須經任何人之許可，得用直接強制力逮捕之⁵。因此，關於逮捕現行犯之實施主體，範圍頗為廣泛。

(二)實施之對象

逮捕之對象為廣義之現行犯。所謂廣義之現行犯，包括刑事訴訟法第八十八條第二項之「現行犯」及第三項「以現行犯論」之人⁶。所謂犯罪，不論該罪為告訴乃論或非告訴乃論之罪⁷，亦不論其罪名之輕重，均屬之。學說上有少數反對見解認為，「對僅得科罰金或拘役之輕微犯罪，是否得為此項逮捕，實不無疑問，如考慮對法益侵害之均衡，應限於犯人之身分不明，或有逃亡之虞時，方得為此項逮捕」⁸。然而，本文認為，逮捕當時通常具有急迫性——犯罪在實施中或實施後即時發覺、被迫呼為犯罪人或因持有兇器、贓物或其他物件、或於身體、衣服等處露有犯罪痕跡——，在此一情狀下，猶加諸逮捕人過苛之義務，至為不當；申言之，要求逮捕人應事先判斷「犯人之身分是否不明」、「有無逃亡之虞」，甚至作「是否屬科罰金或拘役之輕微犯罪」之法律上判斷，不僅強人所難，對逮捕人而言，實際上亦顯然欠缺期待可能性，自無待言。稱「實施中」者，係指其犯罪行為尚

⁵ 林國賢、李春福合著，刑事訴訟法上冊，自版，二〇〇二年五月初版，第三〇五頁。

⁶ 司法院大法官會議釋字第九十號解釋參照。

⁷ 司法院三十二年度院字第二五〇五號解釋參照。

⁸ 黃東熊等合著，刑事訴訟法論（上），三民書局，二〇〇四年九月修訂六版第一刷，第一四〇頁。

4 程序正義之理念(二)

在實施狀態之中；至於「實施後即時發覺」者，則指犯罪行為雖已實施完畢即被發覺⁹。「即時」之意，指犯罪實施中或犯罪實施後之當時¹⁰，被實施犯罪者以外之其他第三人發現而言。對於傳喚、自首或自行到場之被告，檢察官於訊問完畢後，認為有羈押之必要者，應依本法第二百二十八條第四項規定，於踐行逮捕及告知手續後，向法院聲請羈押，並適用第二十一點、第二十二點規定。前述逮捕之告知，應以書面記載逮捕之事由、所依據之事實及逮捕時間，交付受逮捕之被告¹¹。

(三)實施之時機

就本法第八十八條第二項之現行犯，其逮捕之時機，應限於犯罪實施中或實施後「即時發覺」之當時；至於同條第三項之準現行犯，第一款須被追呼為犯罪嫌疑人當時，始得逮捕之，而第二款則以犯罪嫌疑人持有兇器、贓物或其他物件、或於身體、衣服等處露有犯罪痕跡，顯可疑為犯罪行為人時，始得逮捕之。所謂「顯可疑為犯罪行為人」，係指依當時之「客觀情狀」及「經驗法則」綜合判斷，一望即知顯然具有犯罪行為人之可能性而言。應予強調者，對於準現行犯之部分，解釋上應認為亦須具備「時間上之限制」；亦即，與犯罪行為之發生具有時間上之緊接性，始得認定為準現行犯而予以逮捕¹²，以免過度擴張準現行犯之概念。

⁹ 陳撲生，刑事訴訟法實務，自版，一九九九年六月再訂二版，第一八七頁。

¹⁰ 司法院三十六年度院字第三三九五號解釋參照。

¹¹ 法務部九十七年九月二十三日修正公布之檢察機關辦理刑事訴訟案件應注意事項第三十二點參照。

¹² 林鈺雄，刑事訴訟法（上冊）——總論編，自版，二〇〇七年九月第五版第一刷，第三三二頁。

四、實施之範圍

逮捕現行犯係因時間緊迫，為防止現行犯或準現行犯逃亡之不得已的手段，故使用強制力逮捕之行爲，以得防止其逃亡爲目的。惟執行逮捕時，仍應注意犯罪嫌疑人之身體及名譽；如遇有抗拒時，得使用強制力逮捕，但不得逾越必要之程度¹³。使用強制力時，應斟酌人數之多寡、抗拒能力之強弱及逃亡之態樣等情，具體認定之¹⁴。

二、權利告知義務與違反之法律效果

（一）權利告知義務

刑事訴訟法第九十五條四款權利告知之義務，乃犯罪嫌疑人及被告在刑事程序上受告知及聽聞權利之一，為行使防禦權之基本前提，屬於人民依憲法第十六條所享有的訴訟權保障內容之一，包括：犯罪嫌疑及所犯之所有罪名、得保持緘默，無須違背自己之意思而為陳述、得選任辯護人及得請求調查有利之證據。

（二）違反告知義務之法律效果

1. 違反告知「犯罪嫌疑及所犯之所有罪名」之法律效果

檢察官、檢察事務官、司法警察官及司法警察違反本款之權利告知時，依同法第一百五十八條之二「明示其一，排除其他」，其因此取得被告或犯罪嫌疑人之自白或其他不利之陳述，仍得作為證據使用。而依刑事訴訟法第一百五十八條之二的反面解釋，事實審法院如未告知本款之權利，因此取得被告或犯罪嫌疑人之自白或其他不利於己之陳述，仍有證據能力；如法院於辯論終結後，始逕行變更起訴書所引之法條而為判決，即已剝奪被

¹³ 此為刑事訴訟法第八十九條、第九十條之明文規定。

¹⁴ 柯慶賢，刑事強制處分，自版，二〇〇二年十一月初版，第四四頁。

6 程序正義之理念(二)

告之正當法律程序之保障，而於判決顯然有影響，其判決當然為違背法令¹⁵。

最高法院認為，刑事訴訟法第九十五條第一款規定：「訊問被告應先告知犯罪嫌疑及所犯所有罪名；罪名經告知後，認為應變更者，應再告知。」乃犯罪嫌疑人及被告在刑事訴訟程序上受告知及聽訟之權利，為行使防禦權之基本前提，旨在使犯罪嫌疑人及被告能充分行使防禦權，以維審判程序之公平。其所謂「犯罪嫌疑及所犯所有罪名」，除起訴書所記載之犯罪事實及所犯法條外，自包含依刑事訴訟法第二百六十七條規定起訴效力所及而擴張之犯罪事實及罪名，暨依同法第三百條規定變更起訴法條後之新罪名。法院就此等新增或變更之罪名，應於審判期日踐行上開告知之程序，使被告知悉而充分行使其防禦權，始能避免突襲性裁判，而確保其權益；否則，如僅就原起訴之犯罪事實及罪名調查、辯論終結後，擅自擴及起訴書所記載者以外之犯罪事實及法條而為判決，就此等未經告知之犯罪事實及新罪名而言，無異剝奪被告之正當法律程序之保障，其判決當然為違背法令¹⁶；倘未踐行此項法定程序所為之訊問，即屬違法，所製作之訊問筆錄，如經提出於審判法院，即屬未經合法調查之證據，依同法第一百五十五條第二項規定，不得作為判斷之依據，即無證據能力可言¹⁷。由此可知，最高法院認為未踐行刑事訴訟法第九十五條之告知義務而訊問被告或犯罪嫌疑人之程序，均屬違法，其法律效果即無證據能力。

惟實務上亦有反對見解主張違反告知義務之效果，並非當然無證據能力，其認為：「被告於九十一年七月十二日十四時三十五分在臺中縣警察局霧峰分局製作筆錄之際，受命訊問被告之員

¹⁵ 最高法院九十六年度台上字第七一一七號刑事判決參照。

¹⁶ 最高法院九十八年度台上字第二五六二號刑事判決參照。

¹⁷ 最高法院九十二年度臺非字第一一四號刑事判決參照。

警並未踐行刑事訴訟法第九十五條第二款、第三款規定之告知義務，……，故依刑事訴訟法第一百五十八條之二第二項之規定，被告於前開偵訊筆錄所為自白，應不得作為證據」¹⁸；實務上另有見解認為，如法院於審判過程中，已就被告所犯罪名，即除起訴書所記載之犯罪事實及所犯法條外，並包含依刑事訴訟法第二百六十七條規定起訴效力所擴張之犯罪事實及罪名暨依同法第三百條規定變更起訴法條後之新罪名，雖未明白告知，然已為實質上之調查，被告已知所防禦而為充分之辯論，對被告防禦權之行使並無妨礙，踐行之訴訟程序雖有瑕疵，惟顯然於判決結果並無影響，仍不得據為適法之第三審上訴理由¹⁹。質言之，形式上縱未告知犯罪嫌疑及所犯罪名，而於訊問被告過程中，已就被告之犯罪嫌疑及所犯罪名之構成要件，為實質之調查，並賦予被告辯解之機會，被告防禦權之行使已獲確保，踐行之訴訟程序雖有瑕疵，然於判決本旨並無影響²⁰。故亦有主張如未告知罪名，或罪名之變更係於事實審言詞辯論終結後者，該訴訟程序固屬違法，但如該部分經過實質上之調查，顯然於判決結果並無影響，即不得遽指判決違背法令。

¹⁸ 臺灣高等法院臺中分院九十三年度上訴字第七八五號刑事判決參照。

¹⁹ 最高法院九十四年度台上字第一五一二號刑事判決參照。最高法院九十四年度台上字第二五一號刑事判決並將刑事訴訟法第九十五條第一款之罪名告知事項，稱為「辨明罪嫌程序權」，認為：「法院就此等新增或變更之罪名，均應於其認為有新增或變更之情形時，隨時但至遲於審判期日前踐行上開告知之程序，使被告知悉而充分行使其防禦權，始能避免突襲性裁判，而確保其權益；否則，如僅就原起訴之犯罪事實罪名調查、辯論終結後，擅自擴及起訴書所記載者以外之犯罪事實或變更起訴書所引適用之法條而為判決，就此等未經告知犯罪事實及新罪名而言，無異剝奪被告依同法第九十六條、第二百八十九條等規定所應享有之『辨明罪嫌程序權』，難謂於判決無影響，自屬於法不合」。

²⁰ 最高法院九十九年度台上字第三二四五號判決參照。